ANDREAE FACHINEI

Iurisconsulti Foroliuiensis,

EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS,

IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO

Iuris Cæsaræi Professoris Ordinarij,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBRI DECEM:

In quibus omnes ferè Quæstiones præcipuæ; vt sunt, Iudiciales, Contractuum, Vltimarum Voluntatum, Feudales, Criminales, & aliæ miscellaneæ, mira breuitate, & perspicuitate discutiuntur.

NVNC PRIMVM IN ITALIA EXCVSI, cum additionibus & emendationibus:

ADIECTO LIBRO DECIMO NVNQVAM ANTEHAC EDITO.

AD SERENISS. CHRISTINAM A LOTHARINGIA MAGNAM HETRVRIAE DVCEM.

Permissu Superiorum, & Priuilegijs.



VENETIIS, M DC IX.

Apud Societatem Venetam.



SERENISSIMAE

CHRISTINAE A LOTHARINGIA MAGNAE DVCI HETRVRIAE.



ANDREAS FACHINEVS S. D.



T libri huius frontem Serenissimi nominis tui splendore illustrarem complures causæ effecerunt: Beneficia accepta; Dignitas & amplitudo tua; Operis argumentum. Ex innumeris autem beneficijs, quæ in me contulisti, nullum animo meo insidet altiùs, aut obuersatur crebriùs, quàm cum me ex Germania honorificè euocasti, ac inter iuris professores ordinarios Pisanæ Academiæ benignè cooptasti, nouaque in dies beneficentia auxisti. Erat igitur æquum, vt tibi publicè gratias agerem, & meam erga te obseruantiam omnibus depiædicarem, atque istud qualecunque grati animi testimonium exhiberem. Amplitudinis tuæ tanta est Maiestas, quantam verbis exprimere nequeo. Tu non fœmina, sed vero verbo Heroina es, Caroli Lotharingiæ Ducis filia Henrici II. Galliarum Regis neptis; & quæ inter maiores tuos Carolum Imperatorem cognomento Magnum, Goffredumque Hierosolymæ liberatorem, ac Regem summo annalium censensu numerare potes. Tu magni Ducis FERDINANDI vxor es: quæ omnia & singula, quàm excelsam atque Augustam præseferant Celsitudinem, omnes facile intelligunt, nemo facile explicare valet. Operis denique argumentum est iustitiæ & æquitatis; quæ illustria sunt sydera in amplissimo præclarissimarum virtutum choro qui te circundat: quod si ars vlla fauore tuo digna est, hæc certè dignissima videtur, quæ ad iustitiæ cultum pertinet. Præclarè Agapetus, qui postea Romanus Pontifex, Imperatorem Iustinianum allocutus, Regna, inquit, atque Imperia fato dantur, & qui ea obtinent, plus ipsi Deo debent, quia plus acceperunt, cum honore super cæteros homines præcellenti ab eo sunt ornati. Hoc autem modo gratiam Deo referent, si ad regni cœlestis similitudinem subiectos regnant; tradidit enim (inquiebat ille) tibi Deus

humanæ poteſtatis ſceptra, ut homines iuſtitiæ cultum edoceas, vt & legibus obtemperent, & ſecundum ius regantur: ita ſummus ille & Sanctiſſimus Pontifex.

Cum igitur hęc omnia tibi curæ ſint, quis non fateatur auream eſſe in Hetruria ætatem, quam philoſophi regunt, & in qua magni Principes philoſophantur? Sed vt ad tua in me beneficia reuertar, etſi facile intelligo, longè maiora eſſe, quàm vt ſtudijs ac obſequijs meis compenſari valeant, ſolatur tamen me, quòd ſocium habeo eiſdem obſtrictum beneficijs Mercurialem ſocerum meum, qui tanquam parens longè plura pro me, ac maiora ſemper præſtabit. Sic & munus hoc Celſitudini tuæ impar, tua ſubleuabit benignitas: tuarumque virtutum pulchritudo ac magnitudo, quam elucubratio hæc Scholaſtica vix adumbrare poteſt, ſanctis & perfectis cordibus nota erit, cum quibus tu illa ineffabili pulchritudine perfrueris, cuius viſio eſt ſumma fęlicitas. Piſis. 1601.

GLi Eccellentißimi Signori capi dell'Eccelſo Conſeglio di X. infraſcritti, hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoa, per relation delli tre à ciò deputati, cioè del Reuerendo P. Inquiſitor, del Circ. Secretario del Senato Zuane Marauegia, & de D. Lucio Scarano Lettor publico, che nel libro intitolato il Decimo libro delle Controuerſie del Sig. Andrea Fachineo, non ſi troua coſa contra le leggi, & ſono degno di ſtampa, concedono licentia, che poßi eſſere ſtampato in queſta Città.

Dat. Die iiij. Februarij 1601.

D. Bertucci Bondumier.
D. Piero Moreſini. } *Capi dell'Illuſtrißimo Conſeglio di X.*
D. Anzolo Bragadin.

Excelſi Conſ. X. Secret.
Bonifacius Anſelmi.

CARMEN
IN NOBILIS, MAGNIFICI,
ET CLAR. VIRI, D. ANDREAE FACHINEI I. V. D.
Et in celeberrima Academia Ingolstadiensi Iuris Cæsarei professoris ordinarij, Librum Controuers. Iuris.



AVCTORE GASPARO HELL I. V. D.
Et in eadem Academia legum professore ordinario.



NCipites si quando logos, distortaque sensa
Passa MINERVA fuit, vel adhuc discrimine aperto
Fluctuat: aut quando terras ASTRAEA reuisens
Discordi rapitur mente in contraria; sursum
Auctores multi vertunt, multiq; deorsum
Dogmata quæ quondam sunt vestigata peritis
Contra extollentes præsentis temporis acta;
Sic opus hoc auro plenum gemmisq; refertum
Forsan Mome putas, alienum ætatum, nec esse
Alterius studio corradere parta, laboris;
Hincq; carere suo fructu, nec digna videri
Nocturnis quæ versentur manibusve diurnis,
Auctori decus hinc nullum nec cedere honorem.
Falleris Aegypti tenebris confusus, & erras
Toto, Mome, polo; ratio diuersa prioris
Est aui: non illa Sophis industria quondam
Quæ nostris, vbi tanta viget discordia Patrum:
Sufficiebat ijs, legum si sensa tenerent,
Quarum pensabant facili dictamine causas;
Iure secus nostro: rimari cuncta sequaces
Scrutariq; solent aditus, indagine quorum
Iuit in immensum diuina scientia legum,
Atque inuenta Patrum dociles auxere nepotes,
Hinc legum primos veluti cognoscere fontes
Non satis est: Pollet grauium censura virorum,
Ardua dum dubio pendet sub iudice rixa:
Euoluisse igitur fas est monumenta priorum
Consilioq; acri falsis discernere verum.
Ventos ergo feris solertem siue laborem,
Vtraque siue fort variantia tempora species
Iudiciumq; noua pereant quo Iudice lites,
FACHINAEI amplectēda recēs mirādaq; proles
Nobilis ingenij; obscuras quæ lumine miro
Ambages legum, & fidis simul abdita iuris
Irradiat dubios nodos, agitataq; soluit
Acta foro ancipiti (quæ vera atque vnica Virtus
Consulti) facili plano & sermone diserto:
Materies vsuq; frequens iactataq; Rostris
Hactenus innumeris, rutilat modo sydere claro
Et discussa patet Titane micantior ipso.
Perge animi pars magna mei collega, proculq;
Nubila pelle; recens surgentesq; excute nubes:
Es potis. Ingenij dotes mihi prodidit vsus
Quo fruimur: tua me dudum facundia cœpit
Attonitumq; dedit grauis experientia rerum.
Ergo legalis si cui sapientia cordi
Qui cupit elucere foro, qui lubrica fata
Causarum facili studio vult esse dirempta,
Hosce legat versetq; libros, hos somniet, alto
Pectore rimetur, limam grauitate seueram,
Iudiciumq; viri secum mirando, fruatur.

CARMEN ALIVD
AVTHORE PHILIPPO MENZELIO D.
Et in Academia Ingolstad. professore Medico.



Omanis rerum dominis, quum sceptra subacti
Orbis, & Imperium longè, lateq; tenerent
Terrarum, immensiq; maris, sapientia Legum
Bissenas intra tabulas fuit omnis: & inde
Dicere ius populis; & ad hanc reuocare staterani
Pondera causarum, dextra librante, solebant.
At dum secla, malis crescentibus, altera semper
Deteriora ineunt, scelerumq; licentia gliscit,
Inq; dies varium grassans caput altius effert:
Emersere bona, prauis de moribus orta,
Iuridicæ leges, sapienteq; pectore prompta
Tot responsa patrum, noua tot consulta Senatus,
Tortilia in sensus dubios, & eerea flecti,
Ter centum quot non spatiosa fronte patentes
Comprendant tabulæ: ac tantùm lustrare legendo,
Sit labor, ærumnas indefessi Herculis æquans.
Vsque adeò iuris, tenui qui fonte cadebat,
Riuus in Oceanum, superantem littora, creuit.
Ergò summa tuis debetur gratia Musis,
Ausonij, FACHINAEE, decus, Boijq; Lycei,
MERCVRIALE gener socero dignißime magno

 Morbo-

Morborum domitore, & nostri Hippocrate secli.
Namque procellosum, ventis pugnātibus, aequor
Legiferae Themidos multumq́, diuq́, remensus,
Dulcis aquae puras salso de gurgite venas
Elici, inq́, bonum totus commune laboras.
Scilicet illa dies, noctesq́, terenda, nec vnquam
Assidua sat trita manu, memoriq́, cerebro,
Vestra interpretibus stipata volumina mille
Codicibus, tenuem dudum rimatus ad vnguem,
Versasti: & succi, quod inest, vescaeq́, medullae
Expromptum in media ponis iam luce fruendum.
Quis rabulas nescit, quibus ars, vberrima quaestus,
Per fora, praetextu, & ficta sub imagine legum,
Tutari fas atque nefas, in vtrunque paratis,
Venali lingua, & calamo complere tribunal:
Et contestatas in secula ducere lites?
A te; inconcussi quò vis adamantina ueri
Pressa diu, & victrix tandem bona causa triumphet;
Te decuit tantis, FACHINAEE, occurrere monstris,
Pandentem latebras, geminiq́, sacraria iuris,
Omnibus ingenij numeris, atque omnibus artis
Perfectum: & serie concinna, & luce docendi
Illustrem: & Latio decorantem dicta lepore.
O studij felix, o fortunate laborum,
Atque operum; cuius candentibus aurea bigis,
Non moritura, fores, dudum iam gloria pulsat,
Illa manu palmamq; ferens, Laurumq; perennem.

BALTHAZARI ROERII
LOTHARINGI I. C.
ET SACRAE THEOLOGIAE
BACCALAVREI.

Ad Auctorem Controuersiarum Iuris.

IAMBICI TRIMETRI
ET DIMETRI.


Rcana plures Iuris ausi tradere
Docta manu nepotibus.
Legumq́, sacra interpretari oracula
Tentare multi antiquitus.
Aetate nostra nobiles scientia
Viri fuere plurimi,
Qui digna cedro, digna magno nomine,
His sunt locuti in artibus.
Magis secundis ausus est conatibus,
Sed nullus his te saeculis.
Aequas supremos, vt prais minoribus,
Scientia par omnibus.
Polles lepore, verba fundis mellea:
Sermonis elegantia
Pulchrè venustus: rebus elegantior:
Vtroque laudatissimus.
Sed quis stupebit? cui nouum videbitur.
MERCVRIVS est tibi pater:
Magis disertum quem solum audit Italum,
Ipso DEORVM nuncio.
Quo sol renascens non videt, vel occidens
Excultiorem in artibus
PHOEBI? Quis ergo posse te mirabitur
Auctore tanto maxima
Nam pulchra doctè, docta promis pulchrius:
Tuiq́, cote roboris,
Subtile si quid, difficile, vel arduum,
Hoc efficis facillimum.
Nodosa soluis, & facem obscuris geris,
Nil te moratur abditum.
In alta ducis, quae fuere voragini
Immersa inextricabili
Quacunque dubia erroribus demerserat
Opinio, multiplici:
Interpretum sensu, tenebris vindicas,
Claroq́, donas lumine.
Contentiosus, luce controuersa
Contentiosa liberas.
Obscura, clara reddis, inuia peruia,
Iuri polo missum iubar.
Pergas, labore fac tuo ne posteri
Optent. deest quod nomini.
Plenum ingeni des hoc opus, quod secula
Tollant futura laudibus.
Iniuriosa nulla quod silentio
Obuoluat aetas: vel petat
Liuor maligno dente: pulchrum viuere
Aeuo perenni gloria.
ASTRAEA meritam grata tanti muneris
Soluet ministro lauream.
Reddetq́, nomen post sepulchra cognitum,
Honore casus nescio.
Gaudebit ITALA te superba filio,
Gens maximo BOARIA
Doctore: quicquid clauditur laboribus
Telluris ambobus polis.
Doctore tanto Iura quod percurrerim
Apud meos superbiam.
Frequens magistri nomen usurpabitur
Tuum mihi: leporibus
Cum par scientijs vel esse non queam
Potero fide esse mutua,

INDEX LIBRORVM ET CAPITVM, QVO MATERIA

& ordo totius operis una serie demonstrantur.

LIBRI PRIMI.

De

LIBRI SECVNDI.

Vtrum

LIBRI TERTII.

expressum

LIBRI QVARTI.

Quo-

LIBRI QVINTI.

LIBRI SEXTI.

Vtrum

LIBRI SEPTIMI.



minis

Sitne

LIBRI OCTAVI.

Ædifi-

Emphy-

LIBRI NONI.

LIBRI DECIMI.





INDEX RERVM
ET SENTENTIARVM
QVAE IN HIS DECEM CONTROVERSIARVM Iuris libris continentur.

A

Adiu-

B

C

D

E

Eman.

æquo

F

Filius.

Fructus

I

Inter-

L

M

Ma-

N

O

Obli-

P

Posthu-

Q

R

S

V

V

I N D E X.





INDEX
CANONVM ET LEGVM
QVAS AD GENVINAM QVAESTIONVM AC TRACTATVVM INTELLIGENTIAM,

Author Controuersiarum Iuris vel accuratiùs enodat, vel ingeniosa interpretatione passim illustrat.

Ex Iure Canonico.

Ex ff. Veteri.

L. Quod

Ex ff. Infortiato.

Ex ff. nouo.

L. si

Ex Codice,

Ex Authenticis.

Ex Nouellis.

Nouel.

Ex Constitutionibus Feudalibus.

Ex Institutionibus.

ANDR.



ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER PRIMVS.



CAPVT PRIMVM.
Vtrum venatio prohiberi à Principibus possit eorum subditis, & de iustis causis, & pœnis.



ENATIONEM à Principibus prohiberi non posse, multa eaque præclara argumenta demonstrant. Quorum illud primum est, quod ipsa venandi potestas iure diuino data sit hominibus, vt habetur Genes. 1. *Faciamus hominem ad imaginem & similitudinem nostram, & præsit piscibus maris, & volatilibus cœli, & bestijs vniuersis*, &c. & Genes. 9. *Crescite, & multiplicamini*, &c. *Terror vester, ac tremor sit super cuncta animalia terræ, & super omnes volucres cœli*, &c.

Secundum argumentum, quia, vt Arist. in Politic. tradit, homini naturaliter concessus est dominatus in belluas, ideoque eas venãdo capere potest. Et Caius noster in l. 1. ff. de acquiren. rer. dom. *Quarundam rerum*, inquit, *dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes gentes peræquè seruatur*. & post pauca. *Omnia igitur animalia, quæ terra, mari, cœlo capiuntur, idest, feræ, bestiæ, volucres, pisces, capientium fiunt*, & in l. 3 ff. eod. tit. *Quod enim nullius est*, inquit, *id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest, quod ad feras, bestias, & volucres, vtrum in suo quisque fundo capiat, an in alieno?* Idem docet Imperator Iustinianus in §. feræ igitur. in Instit. de rer. diu. & Isidor. in c. ius naturale. 1. distin.

Tertium argumentum est ex l. iniuriarum 13. §. vlt. ff. de iniurijs. Vlp. *Et sæpissimè* (inquit) *rescriptum est, non posse quem piscari prohiberi; sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest*.

Atque ita responderunt Anton. Butr. Hostien. & Io. Andr. in capit. non est, de decimis. Dec. in consilio 197. num. 1. & 271. num. 1. Ias. in consi. 119. lib. 4. August. Berous in cons. 81. nu. 30. lib. 1. Thom. Grammat. decis. 67. num. 9. Bartol. Cassan. in consuet. Burgundiæ, rubr. 13. §. 7. numero 4. Gul. de Benedict. in cap. Raynu. de test.

A In verbo, *Vxorem nomine Adelasiam*, in quinta decisio. num. 313. Bossi. in titu. de regal. numero 42. Purp. in consil. 535. & 392. lib. 1. Francisc. Marc. decis. 530. num. 16. in 1. par. Tiraquel. de nobil. capit. 37. num. 149. Natta in consil. 375. Rolan. à Valle in consil. 9. lib. 2. Hieronym. Schurph. consil. 1. cent. 1. Kirchou. commu. opin. cent. 4. c. 99. Iacob. Menoch. in cons. 298. num. 18. lib. 3. Crauetta in consi. 643. lib. 4. & 945. lib. 5. Iacob. Cuiac. libro 4. obseru. cap. 4.

Quibus tamen non obstantibus, eorum sententiã magis probo, qui existimant, Principes, iusta causa subsistẽte, venationes prohibere posse, quę sanè sententia non

B paucos, neque obscuri nominis authores habet. In primis tredecim, quos refert, & sequitur Didac. Couar. in relectione cap. peccatum. de reg. iur. par. 2. §. 8. & pręterea Nattam in consi 604. Hyppolitum Riminal. consi. 35. num. 15. lib. 1. & in consi. 68. nu. 25. eod. lib. Francis. Zoanet. ad l. 2. C. de pact. int. emptor. & uendit. nu. 145. vsque ad numer. 192. & nouissimè Sebastianum Mediceum in tractatu de Venatio. Piscatio. & Aucupio. in 5. quæst. 1. partis.

Probatur autem hæc sententia, primum ex cap. nemo retia. in tit. de pace tenenda, & eius uiolatoribus, in usibus feudorum. *Nemo retia*, inquit Federicus Imperator,

C *aut laqueos, aut alia qualibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad vrsos, apros, vel lupos capiendos*. Quibus uerbis patet, uenationem à Federico prohibitam fuisse, pacis seruandæ gratia: sicuti adnotarunt ibi, Mar. Landensis, & cæteri Doctores.

Secundo probatur ex argumẽto, quo usus est Couar. loco superius annotato. *Licet iure naturæ*, inquit, *omnia sint communia, possunt tamen à Republ. & Principibus, qui eorum, quæ in nullius bonis sunt, dispensationem habent, quædam priuatis ita concedi, vt in posteram, ea priuata, non communia sint*. §. *singulorum. instit. de rer. diu. l. 1. ff. de acquir. rer. dom.* & *sicut occupatio rerum, quæ nullius sunt*

priuatim, iure naturali efficit illud, quod prius commune erat, proprium ipsius occupantis: ita ipse Respub. eiusve Rector poterit, quæ communia prius erant, nullisque in bonis habebantur, in priuatum iure dominij, transferre. Iure siquidem naturali omnia fuere ab initio communia, & tamen humana lege facta est rerum distinctio inter priuatos: post quam distinctionem non licet cuiquam occupare distinctam rem, & alicui priuatim lege humana addictam, sicut eleganter tradit Corrad. de contract. quæst. 10. & seq. His accedit, quòd humana lex vel Princeps facere potest, vt dominium rei priuatæ, absque traditione transferatur in alterum, &c. ergo earum rerum, quæ nullius sunt, & Principis dispensationi subiacent, poterit Princeps dominium absque apprehensione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam cõstat Principem posse harum rerum, quæ communes sunt, ex causa, occupationem priuatis interdicere, & sic venationem prohibere. Hactenus Couar.

Qui eodem in loco respondet ad illud argumentum, quo dicitur, venandi potestatem iure naturali, vel gentium, hominibus esse concessam, ac proinde à Principibus prohiberi non posse. *Respondetur*, inquit, *feras, volucres, & cætera animalia iure naturæ non esse communia positiuè, & affirmatiuè, quia omnium propria sint, communis dominij causa, sed negatiuè, quia nullius sunt, & iure naturali nulli sint applicata; secundùm D. Thomam 1. 2. quæst. 94. art. 5. Idcirco lex humana potest vni potius quàm alteri, ex causa concedere. Ex quibus infertur, venationem iure naturali omnibus permissam, ex varijs causis posse per Principes prohiberi. Hæc denique collectio, seu argumentatio parum valida est. Hoc iure naturali permissum est: ergo per legem humanam prohiberi non potest: cum multa sint iure naturæ licita, quæ inspecta Reipub. vtilitate, & iuxta æquissimum communitatis regimen per legem humanam prohiberi possunt. Quod si ita argumentemur. Hoc est iure naturæ prohibitum, ergo lege humana permitti non potest; valida omnino est, & firmissima probatio.* Hæc ferè Couaruuias. Ex cuius dictis, clara patet responsio ad omnia argumenta prioris sententiæ. Etsi enim Deus animalia subiecerit hominum potestati ac imperio, eosdem tamen homines, Regum & Principum potestati subiecit: quibus cum iustè imperantibus obedire cogantur, sequitur eisdem obtemperandum esse venationes prohibentibus, iustas & legitimas ob causas.

Sunt autem ex communi omnium sententia iustæ causæ septem potissimum. Prima, cum ex consuetudine antiqua potestas ipsa venandi solis Principibus concessa est. Nam tunc meritò alijs interdicere possunt venationes, quemadmodum in Germania obseruatur. Vide Guidonem Papam, decis. 514. Francis. Marcum, decis. 530. num. 14. vers. Veruntamen in talibus. Purpuratum in consil. 534. num. 8. lib. 2. Hippol. Riminal. in cons. 35. num. 17. lib. 1. Zoanet. in d. l. 2. C. de pact. int. emptor. & vend. num. 174.

Secunda est causa. Vbi ea potestas Principi ab Imperatore concessa est in inuestitura ipsa Ducatus, Comitatus, vel Marchionatus. Vide Iacob. de S. Georg. in trac. Feudor. in verbo, Et cum venatio. nu. 9. & Zoanet. loco proximè citato, ante num. 70.

Tertia est causa, cum subditorum consensus adest, qui prohibitioni à Principe factæ acquiescunt, & longum tempus præterlabitur. Vide Iacob. loco annot. proximè, & vide text. in l. si quisquam, ff. de diuers. præscription. Francis. Marcum, & Cassaneum locis superiùs allegatis.

Quarta est causa, si temporis vetustas adsit, cuius initij memoria non extet, ex quo Principes venationem subditis suis prohibuerint. Tanta enim temporis diuturnitas pro iure, & causa sufficeret, tametsi ius non probaretur, argument. l. 2. & l. vlt. ff. de aqua pluuia arcen. Vide Zoanet. loco citato, nu. 165. Decium in cons. 271. Ruyn. cons. 28. lib. 1. & Balb. de præscript. 4. par. 5. part. princ. quæst. 6.

A Quinta est causa. Si Principes quædam loca sibi eligant, in quibus venationes exerceant, cæteris eam interdicendo, hanc esse causam iustam, vt se Principes recreare possint, quibus maximæ curæ circa Reipub. administrationem incumbunt: tradunt Tiraquell. de Nobil. cap. 37. num. 139. Dominic. Sot. de iust. & iu. lib. 4. quæstio 6. artic. 4. Sebast. Medice. in d. tract. de Venatione, in 1. part. quæst. 5.

Sexta est causa, si prohibeatur venatio à Principe, ne Agricolæ, Artifices, Mercatores, Operarij, & Mercenarij, venandi studio nimis dediti, Agriculturam, & cætera officia, & ministeria deserant, quibus ciuitates, populi magnoperè iuuantur, & conseruantur. Tale immoderatum venandi studium olim in Germanis extitisse ex Tacito, & Suetonio constat. Et huic sententiæ suffragatur, quòd iure nostro videmus interdici quibusdam officia, & exercitia, alioquin iusta, & honesta, quò magis proprio officio, & artificio vacare possint, vt

B in titul. C. ne rustici ad vllum obsequium deuocentur, & in titul. C. negotiatores ne militent. & in l. penultima, & vltima, C. de cohortalibus, libro 12. Vnde Tiraquell. loco annotato, numero 150. & Gul. de Benedict. in cap. Raynut. in verbo, *Et Vxorem nomine Adelasiam*, decis. 5. num. 338.

Septima est causa, ne prætextu venationis arma subditi ferant, rixæ excitentur, homicidia & latrocinia committantur, atque ideo publica pax turbetur. Vide tex. in d. c. nemo tenta, in tit. de pace tenenda, & eius violatoribus. Gulielmum Benedictum loco proximè citato, vbi multa in hanc sententiam affert.

Superest, vt de pœnis, quibus affici contra Principis edictum operam venationi dantes iure possunt, breuiter differamus. Etenim variè hac de re prudentes respondisse constat. Iacob. Aluarot. in d. c. nemo tenta, eos esse puniendos, tanquam pacis violatores, dicit Guido Papa decis. 218. pœnis corporalibus affici consueuisse testatur.

C Dominicus Sotus lib. 4. de iust. & iu. quæstio 6. artic. 4. pœnas esse moderandas, docet. Mart. Nauarr. non esse mulctandos morte, aut membri abscissione, semel delinquentes respondit, in Manual. Confessor. capit. 17. §. 11. num. 221. Alfon. à Castro, libro 1. de potest. legis pœnalis, capit. 6. Tyrannos appellat Principes eos, qui morte mulctari iubent quenquam ex leuissima causa, vt puta, quia ceruum in sylua sua inclusum occidit; pluris ceruum, quàm hominem æstimantes. Varias denique constitutas fuisse pœnas contra venatores à Regibus, & Principibus Galliarum, testis est Gulielmus de Benedictis, in d. capit. Raynutius, verbo, & vxorem, decis. 5. numero 355. Et author est Valer. Max. lib. 6. tit. de seueritate. Domitium Prætorem Romanum olim Siciliæ Rectorem, cùm ad eum eximiæ magnitudinis aper allatus esset, duci ad se pastorem iussisse, à quo esset interfectus, & posteaquàm inuenit eum venabulo vsum esse, mandasse eum crucifigi: quia ipse ad exturbanda latrocinia,

D quibus prouincia vastabatur, ne quis telum haberet, edixerat.

Ego hanc disputationem quinque conclusionibus expediri posse commodè existimo. Quarum prima hæc est. Venantes semel aduersus Principis edictum, morte mulctari non possunt. Hæc conclusio est Dominici Soti, & Nauarri, necnon Alfonsi à Castro, locis proximè citatis: & probatur, quia licet scriptum sit libro primo Regum, capit. 14. & in capit. 2. de maioritate & obedientia, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur*: & idem ferè in l. vniuersæ, C. de veteris numismat. potestate, libro 11. hæc tamen est ab omnibus recepta sententia, illud esse accipiendum, cum in re magni momenti, ac præiudicii, vnde scilicet, & Deus, & Respub. magnoperè offendatur, mandatum Principis negligitur. Cæterùm si de leuioribus causis agatur, pœna mortis locum non habet, sed alia mitior iudicis arbitrio, personarum, & rerum circumstantijs consi-

consideràtis, statuenda est: vt declarant optimè Menoch. de Arbitr. Iud. Casu 365. Prosper Farinatius, commu. concl. & quæst. criminal. titu. de delict. & pœnis. quæst. 19. nu. 22.

Secunda est conclusio. Semel venantes contra Principis edictum membri abscissione mulctandi non sunt. Hæc conclusio est Nauarri, & Soti, locis proximè citatis: confirmari potest ex eo, quod pœna abscissionis membri grauissima reputatur. Vide Alexandr. consil. 13. numer. 18. & in consil. 55. numer. 4. libr. 7. & in l. transigere, C. de transactio & Alciat. ibidem numer. 42. quare huic delicto, quod non adeo graue est, & Reipubl. perniciosum, haudquaquam conuenire videtur tam grauis pœna.

Tertia conclusio. Venantibus primo contra Principis edictum inducenda est pœna carceris, vel pecuniaria, aut alia similis. Hæc conclusio est ex mente Nauarri, & Soti, locis supradictis, & probatur eo argumēto, quod cum pœna matris, aut abscissionis membri locum habere non possit, necesse est, vt aliqua alia leuior ac mitior adhibeatur ex his quæ dicta sunt. Vnde Esdræ capit. 7. in fine dicitur: *Omnis qui non fecerit legem Regis diligenter, erit iudicium in eo, siue in mortem, siue in exilium, siue in condemnationem substantia eius, vel certe in carcereem.*

Quarta conclusio. Venantibus contra Principis edictum non solum semel, sed etiam iterum, & sæpius, pœna grauior est infligenda, non solum pecuniaria, aut relegationis, sed etiam corporalis, si ita facti, & personarum qualitas exigat. Hæc conclusio non repugnat traditis à Martino Nauarro loco superiùs annotato. Dum enim negat semel peccantem ea pœna coerceri debere; satis affirmare videtur, coercendum eum, qui sæpius peccauerit. Ab eadem sententia facit, quod tradit Sebastian Mediceus d. tract. part. 1. q. 5. num. 7. & quod legibus nostris passim constitutum est: nempe crimina iterātem, ac frequentantem grauiori animaduersione dignum esse, l. 3. C. de episcopali audientia. l. capitalium, §. solent, & §. grassatores ff. de pœnis l. 3. versic. si plures, ff. de re militari, l. seruos, C. ad l. Iul. de ui.

Cæterum illud in quæstionem vocari potest, sitne necesse eum qui semel deliquit, punitum fuisse, vt si iterum delinquat, atque iterum, grauius ac seuerius puniri possit. Et quidem Franciscus Herculanus in tractat. de cautione de non offendendo, cap. 39. num. 10. illud exigere videtur, vt semel sit punitus authoritate Decij, & Cagnoli in l. bona fides, ff. de reg. iur. qui hoc non dicunt. Quamobrem contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quia leges, quæ ob frequentiam & consuetudinem delinquendi, seueriores pœnas inducunt, hanc circumstantiam non requirunt, vt reus semel pœna affectus sit; Atque ita docent Anton. Gomes. comment. iur. ciuil. tom. 3. cap. 6. tit. de furto, nume. 9. & Prosper Farinatius commun. opin. & quæst. crim. q. 23. nu. 9. & 10. Quibus adstipulantur, qui docuerunt seuariori animaduersioni locum esse ob delicti frequentiam & iterationem, vbi is, qui primo delictum perpetrauit, eius a Principe indulgentiam obtinuerit. Vide Cass. in consuet. Burgund. in rubr. 1. § 5. vers. Simplex, nu. 20. Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 10. nu. 2. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 295. num. 19.

Quinta & postrema conclusio. Venantes contra Principis edictum, non solùm semel, verum etiam sæpius, ita vt Principem contemnere videantur, & incorrigibiles, vt vulgo loquimur, facti sint, pœna capitali plecti possunt. Hæc conclusio probatur ex alia communi ab omnibus appprobata sententia, cum scilicet, qui sæpissimè delictum aliquod committit, capitali pœna afficiendum, licet delictum per se capitale non sit, scilicet propter maximum contemptum Principis. Vnde locum habet hoc in casu, quod dicitur, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* Facit ab hac sententia text. in l. prima, C. de superexactoribus, libro 10. in illis ver-

A bis: *Capitali periculo cupiditas eius amouenda & prohibenda est, si in iisdem sceleribus perseueret.* Vide Grammat. in consi. 17. nume. 16. Marsil. sing. 378. Ioseph. Mascard. de probatio. vol. 2. conclu. 838. num. 4. Prosper. Farinat. commun. opin. & quæst. crim. quæst. 23. num. 2. & ad rem nostram Nauar. loco suprá citato, quatenus dicit, pœnam mortis & mutilationis membri non esse pro prima vice, vt ipse loquitur, statuendam; quia huiusmodi seueritas inquit, non est exercenda nisi in solitos id facere, & contumaces.

CAPVT II.

Quomodo sit accipiendum quod dicitur, Principem legibus solutum esse; ad interpretationem l. princeps, ff. de legibus.

B QVatuor hac de re Doctorum sententias animadto. Prima est Ioannis Corasij lib. 2. Miscell. c. 25. & Ferdinandi Vasquij controuers. illustr. lib. 1. c. 26. num. 15. Principem ijs legibus solutum esse, quæ ad iuris solennia pertinent, puta in contractibus, testamentis, & similibus. Cæterùm, ijs legibus, quæ bonum publicum respiciunt, & ex iure naturali, vel gentium proficiscuntur, veluti fidem esse obseruandam, contractus obligationes parere ac similes, nequaquam solutum esse. Huius rei argumento est l. ex imperfecto, C. de testam. ibi. *Licet enim lex imperij solemnibus iuris Imperatorem soluerit*, & cæt. Neque enim Populus Romanus, qui in Imperatorem omnem contulit potestatem, eundem soluere legibus naturalibus ac iuris gentium potuit.

Secunda est interpretatio ac sententia, Iacobi Cuiacij lib. 15. Obseru. cap. 30. hoc, quod dicitur, Principem legibus esse solutum, non generaliter accipiendum esse,
C se, sed referendum ad leges caducarias, nempe Iuliam & Papiam. Cuius rei argumento est inscriptio ipsius legis. Sic enim habet Vlpianus lib. 14. ad legem Iuliam & Papiam. *Nam & lege Falcidia solutum non esse Principem, demonstrat l. 4. C. ad legem Falcid.* & lege Glicia non esse solutum, patet ex l. Papinianus, §. si imperator, ff. de inoffic. testam.

Tertia est sententia Gulielmi Budæi, in annotatio. ad Pandect. quem & Zasius secutus est in Commen. huius legis. Is ex Arist. lib. 3. Polit. docet, in Rep. bene constituta, ciues quadam æqualitate teneri, & ut regant, & ut regantur. Cæterum, si unus sit, vel plures, qui virtutis præstantia alios antecellant, Heroasque æquare, aut debeant, aut credantur, manifestum est, legibus in ciues, hoc est, in populum latis, sacrosanctos homines non teneri, angusta illa dignatione eximios. Ad hæc cum inter patrem & liberos, dominumque & familiam, nullum ius ciuile intercedat, & earum ratio sit inter Prin-
D cipem & populum, sequitur Principem legibus non teneri.

Quarta & postrema est sententia D. Thomæ, q. 96. artic. 5. in 1. parte Soti, de Iust. & iure, lib. 1. q. 6. art. 7. & Didaci Couar. in Relect. c. alma mater, par. 1. §. 1. nu. 4. Principem legibus esse solutum, quoad vim coactiuam, quia videlicet eum nemo cogere potest ad leges obseruandas; sed non quantum ad vim directiuam, quia tenetur eas seruare. Hanc eandem sententiam nouissimè secutus est R. P. Gregorius de Valentia, huius Vniuersitatis Ingolstadianæ, immo totius Catholicæ ecclesiæ splendor maximus, quem honoris causa nomino in 2. Tomo Comment. Theol. Disput. 7. quæstio. 5. par. 4. Et hæc quoque mihi videtur probabilior expositio & sententia.

Probatur primò ex l. digna vox, C. de legib. vbi Theodosius, *Digna vox Maiestate regnantis, legibus alligatum se profiteri, & reuera maius Imperio est, submittere legibus*

Principatum. Vide hic vim directiuam. Vim autem coa A ctiuam habes ex d. l. princeps. ff. de legib.

Secundo ex l. ex imperfecto, ff. de legat. 3. ibi. *Decet enim tanta Maiestatis, eas seruare leges, quibus ipse solutus uidetur.*

Tertio ex l. 3. C. de testam. ibi. *Nihil tamen magis proprium est Imperij, quam legibus uiuere.*

Quarto ex §. vlt. in Instit. quib. mod. testam. infirmen tur. *licet*, inquit, *legibus soluti simus, legibus tamen uiuimus.* hic habes vim utramque.

Quinto probatur ex cap. 3. D. Matthæi, vbi reprehen duntur a Christo illi, qui dicunt, & non faciunt, & imponunt alijs onera grauia, ipsi autem nec digito volunt ea mouere.

Sexto probatur authoritate Platonis, lib. 4. de legibus, ita dicentis: *Paratum exitium illi ciuitati video, in qua non lex Magistratibus, sed legi Magistratus præsunt: salutem uero pro illis, ubi lex seruientibus Magistratibus domi natur.* Probatur & alijs argumentis, quæ diligentissimè B affert R. P. Gregorius loco annotato. Cæteræ expositiones videntur mihi magnopere incommodæ: nam prima docet Principem solutum esse legibus, quantum ad solẽnia iuris: non rectè, quia solutus est quoad omnia, si spectes vim coactiuam. Secunda verò sententia, leges claras & generales, quibus dicitur, Principem legibus non teneri, ad leges caducarias, non rectè restringit. Tertia nimis liberum & solutum Principem facit, cùm tamen ipse lubens se subijciat, & maius Imperio existimet, subijcere legibus Principatum. Vide hac de re etiam Connanum lib. 1. Comment. Iuris, cap. 16.

CAPVT III.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur, æquitatem præferendam esse rigori, ad interpretationem l. Placuit. C. de iudicijs. C

PLacuit in omnibus rebus præcipuam esse æquitatis, quam stricti iuris rationem. Ita scriptum reliquit Cõstantinus, in l. 8. C. de iudicijs. Neque enim illud verbum, *æquitatis scriptæ* quod in plerisque codicibus habetur agnoscũt amplius viri docti, vt patet ex Antonino August. li. 4. Emend. c. 8. ex Connano, li. 1. Comm. Iuris, capit. 11. & alijs plerisque, quos sciens prætereo. Cæterum hæc sententia legis in dubium reuocatur, nec immeritò. Nam imprimis pugnare videtur cum l. 1. C. de legib. vbi idem Constantinus: *Inter æquitatem*, inquit, *& Ius scriptum interpositam interpretationem, nobis solis & oportet, & licet inspicere.* Deinde contrarium respondit Vlpianus, in l. prospexit, ff. qui & à quibus, ibi, *Per quam durum est*, inquit, *sed ita lex scripta est.* Tertio aduersatur Sanctus Augustin. distinct. quarta, cap. 3. dum respondet: *Postquam leges constituta sunt, non de ipsis iudicari oportere, sed secundum ipsas.* Quarto D Aristot. libro 1. Rhetor. capit. decimotertio, vbi hanc inter arbitrum, & iudicem differentiam esse statuit, quod Iudex legem scriptam sequi debeat, arbiter vero æquitatem. Postremò & Cicero in Oratione pro Ligario, vbi dicit, Populo, & Senatui permissum esse, non autem iudicibus, a verbis legis recedere. Contra vero, æquitatem esse amplectendam, & sequendam, præter Constantinũ, hoc in loco responsa extant Iurisconsultorum frequentissima, vt in l. in omnibus, ff. eodem titulo, in l. & si quis, §. idem Labeo, ff. de religiosis, & sumpt. fun. in l. quod Ephesi, §. interdum, ff. de eo quod certo loco in. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. in l. si me, & Titium, ff. si certum petatur, & alijs sexcentis locis. Tractant hanc quæstionem ac controuersiam præter interpretes classicos, Sanctus Thomas, 2. 2. quæst. 120. art. 1. Franciscus Connan. libr. 1. Comment. Iur. cap. 7. & Illustrissimus Cardinalis Bolognettus, in suis doctissimis ac elegantissimis Commentarijs, de Lege, iure, & æquitate, cap. 34.

Ego hanc rem explicare soleo tribus Conclusionibus quarum prima hæc est. Vbi verba legis adeò clara sunt, vt salua ratione recti sermonis recipere nequeant interpretationem, quæ ex bono & æquo adhiberi potest, seruanda est lex, quantumuis dura esse, & æquitati repugnare videatur. Atque huc Vlpiani responsum pertinet in d. l. prospexit: nam in ea specie verba legis erant satis clara, vt perpendit ibi Vlpianus, dicens: *Quia ita verba faciunt, ut ne eum quidem seruum, qui extra ministerium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in prouincia, possit manumittere, uel alienare.*

Secunda Conclusio. Vbi verba legis non sunt adeò clara, atque adeo generalia, vt excludant interpretationem ex bono & æquo, tunc ea interpretatio valere debet, ac stricto iuri præferenda est. Ita sunt accipiendæ leges superius commemoratæ, quibus potiorem æquitatis, quam stricti iuris rationem habendam esse demonstratur. Sanè, exemplis ab Aristotele & D. Thoma allatis, hanc sententiam illustrare possem, sed supersedeo, cum libri sint vulgares, & omnibus in promptu est se possint.

Tertia est Conclusio. Quoties verba legis tam clara & præcisa non sunt, vt interpretationem ex æquo & bono respuant, veruntamen non adeo certum & expeditum est, quid bonum, quid æquum existat, tunc Princeps consulendus, & adeundus est, atque ita accipienda est l. 1. & vlt. C. de legibus, & si quæ aliæ sunt, vel leges, vel authoritates, quibus est Iudicibus prohibitum, ne a verbis legis recedant. Neque enim Iudicibus recedere permissum est absque Principis rescripto & cõsilio. Non ignoro, aliter hanc rem interpretatum fuisse Illustrissimum Cardinalem Bolognettum, sed mihi magis probatur quod dixi, & nisi fallor, magis communiter receptum est.

CAPVT IV.

De petitione hæreditatis, contra titulo possidentem intentanda, Controuersia una.

INter omnes conuenit, eum regulariter petitione hæreditatis teneri, qui pro hærede, vel pro possessore possidet, l. regulariter, ff. de petit. hæred. Quare, si quis bona fide, & iusto titulo rẽ possideat, nequaquã tenetur. Cæterum, si titulum consecutus sit ab eo qui a petitione hæreditatis conueniri poterat, vtrum eo in casu conueniri possit, non est eadem omnium sententia. Sunt enim qui affirmant conueniri posse, eo argumento, quod absurdum esse videtur, eum, qui in alterius ius succedit, plus Iuris habere, quam authorem suum, ut in l. si mulier, §. 1. ff. ad Velleianum. Ita responderunt Bartol. in l. cogi, C. de petitio. hæredit. & in l. Neratius, ff. eod. tit. Angel. & Imola, in l. si is, qui bonis, ff. de acquirend. hæredit. Castr. in l. vlt. ad fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo. & ibid. Iacobi. de S. Georgio, idem Castr. in consil. 138. num. 4. libr. 2. Alex. in consil. 184. colu. 2. lib. 5. Iason. in l. 1. nu. 10. C. de inoffic. testam. O fascus decis. Pedemont. 55. vbi alios citat: quibus accedunt Ruin. in consil. 54. col. vlt. libro 4. Dominus meus Cephal. in consil. 386. libro 3. Pancirola, in consil. 119. Matzar. de fideicommiss. quæst. 60. Vrsill. ad Afflictum, Decis. 218. Angel. Aret. in consil. 93. in fine, Corne. in consil. 207. lib. 1 D. Menoch. de adipiscenda possess. remed. 1. nu. 62.

Alij vero docuerunt, eum teneri petitione hæreditatis, qui titulum consecutus est ab eo, qui conueniri ea actione poterat, si lite pendente titulum consecutus fuerit, alias secus. Talis enim titulus lite pendente acquisitus, videtur esse iniustus, l. 5. ff. de petit. hære-

hæreditat.l.alienationes,ff.familiæ herciscundæ. & tradii opimè Bart. in l.3.§. opus,ff.de alienatio. iudicij mutandi causa facta. Ita docuerunt Alexan.ad l.vlt.col. penult.C.de edict. D.Hadri.toll. Francisc. Aret.in l.Is, qui bonis,colum.vlt.ff.de Acquir.hæred.Corn.in consi. 201.lib.1.Ias.in §.actionum, nu.220. in Instit.de actio. Vbertinus Zuchaedus,in d.l.vlt.num.21 & Couuar.practic.quæst.cap.12.Natta in consil.15. Hierony.Gabriel. consi.31.nu.45. Rota Bononiens. apud Petrum Benintendium decil.35. A

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, authoritate. l.etiamsi putauit, 35.§.1. ff.de petit. hæredit. vbi Iurisconsultus respondit de hac ipsa facti specie,cùm scilicet titulum quis habet ab eo,qui petitione hæreditatis tenebatur,& ait,eum,qui titulum acquisiuit, duobus casibus posse conueniri,si videlicet hæreditatis venditor non extet, vel modico pretio vendiderit;ex quo argumentum sumimus,in alijs casibus secus esse statuendum. Reddam ipsius Iurisconsulti verba: *Quod si quis* inquit, *hæreditatem emerit, an vtilis in eum petitio hæreditatis debeat dari, ne singulis iudicijs vexetur? Venditorem enim teneri certum est* (hic ergo titulus acquiritur ab eo, qui tenebatur) *sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse,an porrigi manus ad emptorem debeant? & putat Caius Cassius dandam vtilem actionem*, &c. B

Solidius mihi videtur hoc argumentum, quam contrariæ sententiæ, ex ea regula desumptum. Successorem melioris conditionis esse non posse, quam authorem, vt in l. Si mulier,vlt. §.1. ff.de petit. hæredit. quoniam argumenta ex huiusmodi regulis generalibus valde sunt periculosa. In specie quidem d.l. Si mulier, regula sibi locum vendicat summa ratione, nempe,mulierem pignora repetere posse per intercessionem data, nó solùm ab ipso creditore, verum etiam ab emptore. Meritò: nam plus iuris emptor non habet, quam creditor habeter. Nec ex eo,quòd pignora vendita fuerint, mulier actionem amittit. An in specie,de qua nostra est disputatio, is, qui titulum iustum & bonam fidem habet ante litem institutam, plus iuris habet, quam Author eius, neque enim titulum is habuit,& cum nec pro hærede, nec pro possessore possideat, conuenitri hæreditatis petitione non potest. C

CAPVT V.

De tertio ad Iudicium veniente, Controuersia vna.

CVm inter duos litigatur de rei alicuius dominio, vel possessione, si tertius ad Iudicium veniat, ac petat sibi rem adiudicari, atque ita se litigatoribus opponat, constat inter omnes, eum admittendum esse, & audiendum, ex l.Bona fides, ff. Depositi, & ea alis legibus permultis. Cæterum, illud est controuersum, An Iudicium inter priores litigatores inchoatum, impedire ac retardare possit, ita ut Iudex debeat vna sententia omnium trium personarum controuersiam ac litem dirimere. Etenim Alciat. in d. l. Bona fides, respondit, vna sententia omne negotium terminandum, authoritate Baldi, in cap.1.§. si duo, De pace tenenda, & eius violatoribus, vbi Baldus ita docet, authoritate Innocentij,in cap. Veniens, 2.de testib. & sequuntur Alexand.ad Bartol. in l.Is, a quo, ff. de rei vendic. Felyn.in cap. Cum super, num.11.in 3. limitat.de sententia & re iudicata, & ibi etiam Imola, necnon Afflict. in d.§.si duo, Vrsillus ad Afflictum, Decis. 235. Nouissime D.Iacob.Menoch.in consi.488.lib.5.vbi eiusdem sententiæ alios authores commemorat,nempe Bar. in l.si quis liberatem,nu.1.ff.de petit. hæredit. Petrum Anton. Angustiolam,in consi.62. & Vincentium de Anna Neapolitanum, in Allegat.76.num.6.lib.2.affirman D

tem,sic obseruatum fuisse in causa Illustrissimorum fratrum de Gonzaga.& ibid. Menoch. multa præclare,& erudite disputat, ad consultationem suam pertinentia; in qua quidem causa ego aliquando iudex fui Placentiæ. Versabatur enim coram Placentino Consilio, cui & ipse vnà cum alijs assidebam; Sed quod attinet ad punctum quæstionis,eo vtitur potissimum argumento,quòd cum tertius, qui se opponit, impediat eum, qui primo egit, quò minus rem, seu possessionem consequatur, meritò impedire quoque processum causæ debet: Sed non est mihi animus ea confutare, quæ vir præstantissimus deducit, præsertim, cum mihi constet, eam causam & litem, nondum esse definitam. Illud duntaxat hic admonendum putaui, nec mihi, nec alijs Consiliariis supradictam Doctorum sententiam probari potuisse:existimo enim, tertium comparentem, ac se opponentem, audiendum quidem, & admittendum esse, & si meliorem causam habuerit, rem illi adiudicandam fore. Cæterùm,si post inchoatum iam iudicium sit admissus, nihil proponi video,cur processum iam inchoatum retardare possit, & expectare iudex debeat,vt & ipse causam instruat, antequam sententiam inter priores litigantes proferat. Etenim, quid in tali specie Iudicem seruare oporteat, præclare docet Iurisconsultus, in l. 3 ia quo,ff. de rei vendic.& in l.penult.ff.de petit.hæred. nempe, vt priori, qui actionem instituit, per sententiam res adiudicetur,ea cautione præstita, vt si alter fundum euincat, illum restituat. Legis verba hæc sunt: *Is, à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est: Quærebatur. si alteri eorum fundum iudicis iussu restituisset, & postea secundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi, vt priori Iudex adiudicaret, eum oportere ita petitori fundum restitui iubere, vt possessori caueret,vel satisdaret,si alter fundum euicisset, eum præstare.*

Respondet D.Menoch. loco annotato, hanc legem loqui, quando agitur de sententiæ executione, ex And. Gel.lib.1.Obseru.capit.70.num.15. Sed tanti viri pace, non rectè, quia repugnant legis verba, ibi: *Quærebatur, si alteri eorum fundum iudicis iussu restituisset*, &cæt. *Respondi, vt priori iudex adiudicaret*, &cæt. Hæc verba indicant sententiam proferendam, non autem executionem sententiæ latæ, prout & sequentia. *Eum oportere ita petitori fundum restitui iubere*, &c. quæ quidem verba conueniunt sententiæ dictioni, non autem executioni.

Atque ita hanc rem interpretati sunt repudiata priore sententia, Anton. Butr.Belamera. Felyn. & Angel. quos refert, & sequitur Couuar. practicar.quæst.cap.14. nu.4. Rota, Decis.4.nt.de Iudiciis,in antiquis,incipiente: *Tres venerunt ad causam.* Iosephus Ludouicus, Decis. Perusina 26.numero 26. Ioann. Marc. Aquilin. in l. Naturaliter, §. Nihil commune, nu.84. in 1.parte, ff. de acquiren.possess.

Quæ verò afferuntur pro contraria opinione, facile confutari possunt, quia etsi tertius admittendus sit, & audiendus, non tamen sequitur,eum impedire ac retardare posse causæ prius institutæ exitum. at impedit restitutionem rei ipsius. Concedo, si de iure suo doceerit, antequam sententia a Iudice proferatur inter priores litigatores: nam si tarde ad Iudicium venerit, non eum expectare, donec causam instruat, Iudex iubetur, sed petitori rem adiudicare cautione præstita. Alia hic argumenta contrariæ opinionis non commemoro, neque refello, quia nullum animaduerti, quod speciem probabilitatis præferat, nititur enim ea sententia, sola Innocentij authoritate, ita docentis, ea quadam textus Canonici interpretatione, quam nec ipse secutus est, nec alij.

C A P V T VI.

Vtrum compenſatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera verò quantitas debetur, quæ ſe habet ad inſtar ſpeciei.

CVm certum corpus nummorum deſignatur, veluti centum, quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tanquam ſpecies quædam, vnde in controuerſiam venit, An ſi talis quantitas ex vna parte debeatur, compenſatio locum habeat cum quantitate ſimpliciter debita ex altera parte; & locum habere, affirmarunt Vltramontani Doctores, quos Bartol. Alexand. Corn. Iacopin. Socin. Iaſ. & quidam alij ſecuti ſunt, in Commentar. ad l. cum fundus, §. ſeruum tuum imprudens, ff. ſi certum petatur. Quorum illud eſt argumentum, quod compenſationi hoc in caſu obſtare non poſſit, quòd ex vna parte quantitas debeatur, ex altera vero quodammodo ſpecies, ſicuti aliàs regulariter obſtat, vt in l. ſi conuenerit, ff. de pignoratitia actio. nam ideo obſtat ſpeciei, quòd in eam cadit affectio, propter quam creditor ad compenſandum compelli non poteſt. Cæterum in nummis affectio conſiderari non poteſt, l. nummis, ff. de in litem iurando. Conſequenter, nullum eſt impedimentum, quò minus compenſationi ſit locus. Huc accedat, quòd in depoſito ſpecialiter conſtitutum eſt, vt compenſatio locum non habeat, l. vlt. C. de compenſat. & tamen pecunia depoſiti nomine reſtituenda, videtur conſideranda, non ut ſimplex quantitas, ſed vt ſpecies, quia idem corpus nummorum reddi debet. Hoc igitur argumentum eſt in cæteris caſibus, in quibus hoc modo quantitas vtrinque debetur, compenſationi locum eſſe, alioquin iure conſtituto in depoſiti cauſis opus non erat.

Secunda eſt ſententia: Compenſationi locum eſſe, ſi quantitas ſit deſignata & expreſſa, quamuis ſub certo nummorum corpore, ſi vero expreſſa non ſit, locum non eſſe authores huius ſententię commemorantur ab Alex. & Aret. in d. §. ſeruum tuum. Pro cuius ſententiæ confirmatione nihil allatum inueni.

Tertia eſt ſententia Tyndari, in tract. de compenſationibus, colum. 5. Vt ſiquidem pecunia, quæ debetur vt ſpecies, extet, locus compenſationi non ſit, quia debitor præciſè cogitur ad eam ſoluendam, ſi vero non extet, ſecus.

Quarta & poſtrema eſt ſententia, quæ mihi omnium veriſſima videtur, compenſationem non admitti in propoſito caſu. Authores ſunt Accurſius, Aretinus, Ludouicus Romanus, & Decius, in d. §. ſeruum tuum imprudens.

Affertur pro hac ſententia text. in d. §. ſeruum tuum, quatenus ibi Iuriſconſultus docet, peculiares nummos vendicari poſſe, licet is, qui vendicat, deberet quantitatem, quaſi peculiares nummi certam ſpeciem conſtituere videantur, quæ proinde cauſa ſit impediendæ compenſationis. Sed mihi magis hanc ſententiam probat text. in l. ſed ſi certos, de legat. 1. vbi Iuriſconſultus: *Sed ſi certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legauerit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum, vel res legata continentur, neq; permutationem accipiunt, & exemplo cuiuslibet corporis æſtimanda ſunt.* Hactenus Iuriſconſultus. Si permutationem non accipiunt tales nummi, & vt certum corpus æſtimandi ſunt, ergo compenſatio locum habere non poteſt.

Reſpondet Alexander, id non eſſe generaliter accipiendum, ſed in illis tantum caſibus locum habere, de quibus in præcedenti lege, non recte, quia Iuriſconſulti reſponſum generale eſt, nec verba adeò generalia, ita ſunt coarctanda contra eorum proprietatem & naturam.

A Nec prioris ſententiæ fundamẽtum eſt ſatis ſolidum, quia in nummis affectio non conſideratur, quantum ad hoc, vt iuramentum in litem deferatur, pro eo quod intereſt, certa eſt enim nummorum æſtimatio, vt inquit Iuriſconſultus in d. l. Nummis; Sed quoad alios effectus, ad excludendam ſcilicet compenſationem, ſeu permutationem, quin affectio conſiderari queat, negari non poteſt, vt patet ex d. l. Sed ſi certos.

Quod verò dicitur, in depoſito ceſſare compenſationem quodam iure conſtituto, & ſpeciali, & conſequenter in alijs ſecus eſſe ſtatuendum, nihil obſtat: quia in depoſito ceſſat compenſatio, quomodocunque fiat, ſiue nummi deponantur vt certum corpus, ſiue vt certa quãtitas: cum tamen alias regulariter debita quantitas, compenſationem cum alia debita quantitate ſimili recipiat.

Porro illa diſtinctio, vtrum certa deſignetur quantitas, nec ne: confutatur ex l. planè, 34. §. 7. de legatis. 1. ibi: B *Si non certum nummorum corpus ſit ſæpius relictum, vt puta centum, quæ in arca habet, ſæpius legauit. Tunc enim ſummo legato eſſe comparandum credo.*

C A P V T VII.

Vtrum debitor, qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere compenſationem poſſit.

IVratus debitor compenſationem obijcere an poſſit, vulgaris eſt controuerſia. Sunt enim qui affirment, ſunt qui negent, nec deſunt, qui diſtinctione vtantur. Affirmant Bart. in l. amplius, ff. rem ratam haberi. Bal. & Panormitan. in cap. ad noſtram, de iureiuran. & alij, quos refert Olaſcus, Deciſ. Pedemont. 92. Couuarr. in capit. Quamuis, de pact. lib. 6. in 2. parte, § 4. numero 9. Negant vero Innocent. Ioan. Andr. Hoſtien. & Imol. C in dicto capit. ad noſtram, & alij quos commemorant Couuar. & Olaſc. locis annotatis. Et latius Seraphinus Senenſ. de priuilegijs Iuramenti, priuil. 74. numero 36. Denique hac diſtinctione vtuntur Panormita. in dicto cap. ad noſtram, numero 3. & alij a Seraphino & Olaſco citati, vt ſiquidem ante iuratam obligationem illud debitum contractum fuerit, quod in compenſationem deducitur, tunc nequaquam locus ſit compenſationi, ſi vero poſtea contractum ſit, compenſatio locum habeat.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, ex l. 4. §. ſoluiſſe, ff. de re iudic. vbi Iuriſconſultus: *Soluiſſe*, inquit, *accipere debemus, non tantum eum, qui ſoluit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus eſt.* Sed is, qui compenſat, liberatur, l. ſi ambo, ff. de compenſat. Ergo is, qui compenſat, ſoluit. Exceptio autem ſolutionis proculdubio opponi poteſt, ergo & exceptio compenſationis.

D Secundum argumentum eſt ex l. 2. C. de compenſatio. vbi is, qui iudicati conuenitur, pecuniæ ſibi debitæ compenſationem implorare poteſt. Si locum habet compenſatio, vbi debitum eſt ex re iudicata, ergo locum etiam habere debet, vbi deſcendit ex obligatione iurata, quia res iudicata, & iuramentum æquiparantur, l. 2. ff. de iureiuran. l. poſt rem iudicatam, ff. de re iudic.

Tertium eſt ex l. ſi debitor, ff. qui potiores in pignor. habeant. ibi: *Nec enim intereſſe, ſoluerit, an penſauerit.*

Quartum argumentum eſt huiuſmodi: Inutilis eſt actio eius, qui in cauſa eſt, vt quod ſibi debetur, non ſoluatur, l. potior, §. vlt. ff. qui potior. in pignori habeant. Sed creditor hoc in caſu, eſt in cauſa, quia ipſe non ſoluit creditori ſuo, eidemq; debitori, ergo inanis eſt actio, & compenſatio locum habet.

Quintum argumentum eſt ex l. dediſſe, ff. de verborum

borum

bonum ſignific. ibi: *Dediſſe intelligendus eſt, qui compenſauit*. A

Sextum argumentum: Quod ſub conditione debetur, compenſari poteſt, l. ſi peculium, §. de illo, ff. de ſtatu liber. l. Iulianus, ff. de conditio. & demonſtrat. & tamen conditiones in forma impleri debent, l. Mæuius, l. qui hæred. ff. eodem titu. ergo ſimiliter id compenſari poteſt, quod iureiurando intercedente, debetur.

Poſtremum argumentum: Iuramentum ſequitur naturam actus ſuper, quo interponitur, c. quemadmodũ, de iureiuran. Sed compenſatio regulariter locum habet in omni debito, l. 2. ff. de compenſat. ergo locum habet etiam in debito iurato.

Negantis autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex c. ad noſtram, de iureiuran. vbi fructus ex pignore percepti, in ſortem debitam nõ imputantur, quia debitor iureiurando obſtrictus erat.

B Secundum eſt ex c. debitores, eod. tit. vbi patet, debitorem qui iurauit vſuras ſe ſoluturum, ad eas ſoluendas cogi, licet ſolutas repetere poſſit.

Tertium argumentum: Nemo poteſt iuramentum commutare authoritate propria, etiam in melius, capit. peruenit, 2. de Iureiuran. ergo qui iurauit, compenſare non poteſt, quia videretur iuramentum commutare.

Quartum argumentum: Iuramentum ſeruari debet, vbi abſque diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, capit. cum contingat, de Iureiuran. ergo ſeruandum eſt etiam hoc in caſu, & ſic debitori ſoluere debet.

Quintum argumentum: Compenſatio locum non habet in cauſa depoſiti, l. penult. C. Depoſiti, l. vlt. C. de compenſat. Ergo nec locum habere debet in cauſa debiti iurati, quia maior eſt ratio.

Fundamentum autem tertiæ opinionis, quæ diſtinguit, illud eſt: quoniam omnis promiſſio debet intelligi C rebus ſic ſtantibus, capit. quemadmodum, de iureiur. l. quod Seruius, ff. de condict. indeb. ergo is, qui ſe ſoluturum iurauit, intelligitur iuraſſe rebus ita ſtantibus, non autem, ſi poſtea ipſemet etiam creditor efficiatur alterius.

Ego exiſtimo priorem ſententiam æquiorem, & probabiliorem eſſe, authoritate Iuriſconſulti, in l. 2. ff. de compenſat. *Vnuſquiſque*, inquit, *creditorem ſuum, eundemq́; debitorem repellit, ſi paratus eſt compenſare*. Id ratio ipſa æquitatis ſuadet, quia noſtra intereſt potius non ſoluere, quàm ſolutum repetere, l. 3. ff. eodem titu. Iuramentum autem iniquitati fauere non debet, neque ſolet, ſed æquitati, vnde hanc recipere debet interpretationem, quæ ex ipſa lege, & æquitate deducitur, vt ſcilicet is, qui iurauit ſe ſoluturum, compenſare poſſit; & compenſationem implorando, creditorem ſuum, eundemque debitorem repellere. Quod ſi debitum hinc inde ſit liquidum & clarum, nec res altio- D rem indaginem requirat, dolo facere videtur is, qui petit, quod poſtea reſtituturus eſt. l. dolo facit, de regul. iuris.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, in ſpecia d. capit. ad noſtram, non illud quæri, an debitor poſſit compenſare, fructibus in ſortem imputatis, ſed vtrum iuramento non obſtante, res oppignoratas vindicare poſſit, antequam ſoluat. Ratio dubitandi erat: quia creditor ex re pignorata fructus perceperat. Ratio decidendi, quia nondum tot fructus perceperat, qui deductis expenſis ſortem æquarent, id patet ex illis verbis text. *Licet autem de poſſeſſionibus illis & reddutibus, nondũ ſortem deductis expenſis receperit*, &c. Aliam adfert reſponſionem Couuar. loco annotato, ſed mihi hæc planior videtur.

Ad ſecundum ex capit. debitores, reſpondeo: Nil agi eo in loco de compenſatione, ſed debitor iuramen- A tum ſeruare tenetur, nec poteſt illud authoritate propria contemnere, quanquam Eccleſiaſtica authoritate compelli poſſit creditor ad vſuras reſtituendas.

Ad tertium reſpondeo: Authoritate legis id fieri, non propria ipſius debitoris, quia lex compenſationem inducit ex æquitate, ne quis cogatur ſoluere, & poſtea repetere.

Ad quartum reſpondeo: Iuramentum hoc in caſu ſeruari, quia is, qui compenſat, legis interpretatione ſoluere dicitur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, negando conſequentiam; Licet enim in depoſito ſpecialiter conſtitutum ſit, vt locum non habeat compenſatio, ob certas quaſdam cauſas, nempe, propter ſingularem fidem, quam depoſitum requirit, in alijs tamen obligationibus aliter eſt conſtitutum.

B

CAPVT VIII.

Ad interpretationem l. Tranſigere, C. de Tranſact. Controuerſiæ duæ.

T*Ranſigere, vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt, in alijs autem publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem*. Ita Diocletianus & Maximianus, in l. 18. C. de tranſact. Ad cuius legis interpretationem diſcutiendæ ſunt nonnullæ controuerſiæ in hoc & in ſequenti capite. Prima eſt, quomodo verum ſit, quod primo loco dicitur, de crimine capitali prohibitam non eſſe tranſactionem, cùm & publicæ vtilitatis ratio, quæ, vt delicta puniantur, exigit, & Senatuſconſulti Turpiliani authoritas repugnare videantur, quo tranſigentes, & paciſcentes de criminibus, grauiſſimè puniuntur. Secunda, quomodo ab hac C regula crimen adulterij excipiatur, cum inter capitalia recenſeri tempore legis conditæ non potuerit, exceptio autem debeat eſſe pars regulæ? Tertia, quid de criminibus priuatis ſtatuendum ſit, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, an ſit de illis tranſactio permiſſa? Quarta, quis ſit ſenſus verborum illorum textus: *Citra falſi accuſationem*. Poſtrema, vtrum is, qui tranſigit de crimine capitali, accuſari & puniri poſſit, tranſactione non obſtante? Priores duas hoc in capite tractabimus, tres poſteriores in ſequenti.

Quod igitur ad primam attinet, quidam Doctor ita ſe expedit, vt exiſtimet verba textus ſic concepta olim fuiſſe ab Imperatoribus: *Tranſigere, vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt*; ſed nouam legem ille condit, non antiquam interpretatur. Repugnat omnium Codicum fides & teſtimonium, cui vir doctus acquieſcere debuit.

Accurſius, ex parte rei, exiſtimat prohibitam non D eſſe tranſactionem, vt is, quomodocunque poſſit, ſanguinem ſuum redimat, quod permiſſum eſſe patet ex l. 1. ff de bonis eor. qui mor. ſibi conſciue. & ex l. vlt. ff. de præuaricatorib. Cæterum, ex parte actoris, ſecus exiſtimat, propter Senatuſconſulti Turpil. prohibitionem, l. ab accuſatione, l. in Senatuſconſult. ff. ad Turpilian. Quæ ſententia ſatisfacere non poteſt, cùm verba legis conueniant tàm reo, quàm actori: nam ſi actor tranſigere non poſſet, reus autem poſſet, id ſanè reticendum non erat, ſed exprimendum ab Imperatoribus.

Bartolus, Caſtrenſis, & Alexander, ita hanc rem explicant, vt in ſumma velint, reum impunè tranſigere poſſe, actorem verò non adeo impunè, ſed ita tamen, vt pœnam talionis euadat, quæ illi perperam accuſanti imminere ſolet, vt in l. vltim. C. de accuſationib. Quæ ſententia ſimiliter ſatisfacere non poteſt, quia tranſactio ſimul eſſet prohibita, & non prohibita: non prohibita

hibita

hibita quidem, vt in hac lege, prohibita verò propter pœnam in actorem transigentem constitutam, licet capitalis non esset.

Alciatus & Iason in ea sunt sententia, vt existiment, transactionem esse permissam, tàm Reo, quàm Accusatori, nec aliquem ex eis alicui pœnæ obnoxium esse; quæ videtur mihi verissima interpretatio; Nam quod legitimè fit, pœnam non meretur, l. quarta, C. ad legem Iuliam de adulter. & qui permissu Principis ab accusatione desistit, non punitur, l. destitisse, ff. ad Turpilianum. Ergo nec is punitur, qui authoritate legis transigit.

Ad argumentum verò, quod ex Senatusconsulti Turpiliani authoritate sumitur, & ex his legibus, quibus dicitur, Priuatorum pactiones de his tantum valere, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de his, quæ publicam continent læsionem, l. Iurisgentium, §. si paciscar, l. si vnus, §. pacta, ff. de pactis. Respondeo, non obstare: quia Turpiliani authoritas, hoc in casu locum habere non potest, in quo iustas ob causas est transactio permissa; & læsionis publicæ ratio hic habenda non est, cùm omnis ratio honesta sit expediendæ salutis, nec prorsus is, qui delictum admisit, transactione facta liberatur, imò verò & accusari ab alio, & puniri potest à iudice, l. Qui cætu, §. vlt. ff. ad legem Iuliam de vi publica, vt & inferiùs dicetur in postrema Controuersia sequentis capitis.

Venio ad secundam, in qua illud difficultatem facit, quod Diocletiano & Maximiano imperantibus, adulterium non erat capitale, vt patet ex l. Si quis viduam, ff. de quæstionibus, & tradunt Alciat. lib. 5. Paradox. c. 8. Cuiacius, Modernus Doctor Gallus, & Balduinus, in §. Item lex Iulia, in Instit. de publicis Iudicijs. Brissonius libro singulari ad legem Iuliam de Adulterijs, in verbo: *Qui stuprum adulteriumve.* Couuar. in Epitome de spōsalib. par. 2. c. 7. nu. 16. & optimè omnium Cuiac. lib. 21. Obseru. cap. 17.

Respondet Antonius Faber lib. secundo, coniectur. Iuris, capit. 20. illa verba; *Excepto adulterio*, addita fuisse ab imperito interprete, ad id respiciente, Adulterij crimen sanguinis pœnam irrogare, neque tamen de illo transigere, aut pacisci licere, nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus capitale non fuisse.

Verum obstat elegantissimo Doctori, non solùm authoritas omnium Codicum Latinorum, verùm etiam Græcorum, nam & in Basilicis, & apud Constantinum Hermanopulum totidem verbis hæc lex habetur, sicuti testatur præcitatus Modernus Doctor Gallus, d. q. 23.

Mihi hæc interpretatio probatur, quam & Iacobo Cuiacio lib. 6. Obseru. capit. 11. & lib. 19. cap. penult. probari video, nempe Tribonianum ea verba posuisse, ad posteriores leges respicientem, quod & aliàs eum factitasse constat ex traditis à Francisco Duareno, Anniuersariarum disputationum lib. 2. cap. 9. Immò, in hac ipsa specie, de qua agitur, textum habemus in Institutionibus, de publicis Iudicijs, §. Item lex Iulia, de Adulterijs, vbi dicitur, Temeratores alienarum nuptiarum lege Iulia gladio puniri; quod sanè dictum accipi debet, secundum leges posteriores, nempe Cōstātini, l. Quamuis, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs: non autem secundùm legem Iuliam, quæ, vt dictum est, pœnam capitis non imponebat.

Sed & illa interpretatio mihi non improbatur, Adulteros sæpe olim capite plexos fuisse, & idcirco inter capitalia crimina adulterium hic esse relatum. Adulteros, autem capite fuisse non rarò mulctatos, constat ex his, quæ refert Iacobus Cuiacius lib. 20. Obseru. capit. 18. & Iacobus Menoch. de Arbitr. Iudic. casu 419. num. 40. Cuius sententiæ acerrimus propugnator est Ioānes Corasius, lib. 2. Miscellaneor. cap. 1.

At his replicat Antonius Faber, adulterium omnino excipiendum à Triboniano non fuisse, sed potius crimen Raptus, quod eo tempore erat capitale; Nam cùm ex posterioribus legibus adulterium factum sit capitale, ratio postulare videtur, vt etiam de eo, sicut de alijs capitalibus transigere liceat. Ita olim in adulterij crimine abolitioni locus non erat absque permissu Præsidis, l. abolitionem, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs; vbi verò factum est capitale, simul est permissum, vt qui de adulterio accusant, illud, si voluerint, abolitione compescant, l. Quamuis, 30. C. eod. tit.

Respondet Iacobus Cuiacius lib. 6. Obseru. cap. 11. in hæc verba: *Cæterum*, inquit, *adulterio capitali effecto, consequens est, de eo transigi posse, quod tamen nequaquam dicemus. Nouæ enim constitutiones strictius accipiendæ sunt, adeo vt & necessariò ex eis consequentia contra ius vetus admittenda non sint, nisi exprimantur. Cuius rei innumera exempla suppeditant, Nouellæ Iustiniani, & mores singularum Ciuitatum. Olim adulterium capitale non fuit, hoc abrogatum est nominatim. Olim de adulterio transigi non potuit, l. de crimine, C. de adulterijs, hoc abrogatum non est nominatim, manet igitur. Quod intelligens, volensq́; Tribonianus, adiecit rectè, excepto adulterio.* Hactenus ille, qui idem docet, quod scholastici Doctores tradunt in Authent. quas actiones, C. de sacrosanctis Ecclesijs, licet verbis paulò rudioribus, correctionem legis inducendam non esse ex identitate, vel etiam ex maioritate rationis, ita enim ipsi loquuntur, nec ideo sunt ridendi, quia rem ornari negat, contenta doceri.

CAPVT IX.

Tractantur tres aliæ Controuersiæ ad interpretationem eiusdem l. Transigere, C. de Transact.

CONtrouertitur præterea, An de priuatis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere liceat; & licere, docuit olim Ioanes antiquus interpres, Iacob. Butrigatius, & alii, quos commemorat Albericus hoc in loco. Argumenta sunt ista.

Primum est; ex eo, quòd lex dicit, de publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licere, ergo de priuatis secus videtur.

Secundum argumentum illud est; quia publica crimina seuerioribus pœnis vindicantur, & omnibus est permissa accusatio; quæ ratio facit, vt transactio permissa non sit: vnde cùm in criminibus priuatis cesset, videtur etiam transactio permittenda.

Tertium argumentum; Nam in priuatis criminibus, videtur esse in potestate nostra, ne actio oriatur, vt patet in crimine iniuriarum, §. vlt. in Instit. de iniurijs. Ergo, & vbi actio competit, permissum esse videtur, eam transactione auferre & extinguere.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ etiam magis communiter recepta est, vt scilicet de priuatis criminibus prohibita sit transactio, vbi criminaliter agitur, secus autem, si ciuiliter: quæ distinctio ciuilis, & criminalis Iudicii, optimè declaratur à Duareno, lib. 1. Anniuers. disputat. c. 34. atque ita docent Accurs. Bartol. Ias. Alciat. & alii. Quæ sententia probatur ex l. Si quis repetere, ff. ad Turpil. vbi patet, eum, qui desistit ab accusatione in causa furti, stellionatus, & simili, officio Iudicis puniri; & desistere dicitur, qui cum aduersario suo transigit, vt in l. ab accusatione, ff. eod. tit. Quod si ciuiliter agatur, permissam esse transactionem, patet ex l. interdum, §. qui tutelam, ff. de furtis, ex l. post decisionem, C. eod. titu. ex l. si pro fure, ff. de condictione furtiua, & aliis similibus.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo; non rectè colligi ex d. l. transigere, permissam esse transactionem de priuatis criminibus, ex eo, quòd de publi-

publicis prohibita sit, quia publicum & priuatum crimē non ita inuicem opponuntur, ut quod de uno negatur, de altero affirmari uideatur.

Ad secundum, licet maior ratio sit prohibendi transactionem de publicis criminibus, non tamen efficitur, de priuatis transigi posse, quia & in priuatis criminibus publicæ vendictæ ratio postulat, ut legitimis pœnis uindicentur, non autem, ut transactionibus & pactionibus aboleantur.

Ad tertium argumentum, licet in potestate nostra sit, actionem iniuriarum, & similes paciscendo remittere, quatenus ea res priuatum nostrum commodum concernit, non tamen sequitur, id etiam nobis licere, ut criminalem institutam accusationem paciscendo deferamus.

Altera est controuersia; Quis sit sensus uerborum illorum, *Citra falsi accusationem*. Veterum interpretum communis est expositio ac sententia, his uerbis crimen falsi exceptum esse, ita ut sententia legis sit, de crimine falsi transigi posse; Adstipulantur huic interpretationi Iacob. Cuiac. libro 6. obseruat. iur. cap. 11. & Anton. Gouean. lib. 1. uariar. lection. cap. 30. quibus & ipse lubens subscribo, & idem sentit Connanus lib. 5. c. 7.

Probatur autem de crimine falsi transigi posse, ex l. penult. C. de transact. ex l. 7. C. ad legem Corneliam de falsis, & ex l. 2. C. de his, quibus vt indig. Porrò illud verbum (*Citra*) idem aliquando valere, quod præter, satis patet ex l. vlt. ff. de calumniator. & ex l. vnica, §. extraneum C. de rei vxoriæ actione.

Cæterùm, ab hac communi sententia discesserunt Anton. Faber, lib. 2. coniectur. cap. 20. & Alciat. in Comment. huius loci, qui existimant, sensum esse, neminem transigere posse de publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, sine accusatione falsi, quia scilicet de falso accusari poterunt. Illud verbum (*Citra*) idem aliquando significare quod (*Sine*) probat, l. 2. C. sententiam rescindi non posse, l. 6. ff. de curat. furios. & satis notum & certum est. Porrò, calumnia & præuaricatio, quæ ex transactione detegitur, falsi speciem habere videntur, l. 1. §. 1. & §. præuaricatorem, ff. ad Turpil. & lex fallaciter accusantes hos appellat, l. vlt. C. de Abolitionibus.

Pro confirmatione autem huius sententiæ Anto. Fab. affert hæc argumenta.

Primum, quia falsi crimen dicitur esse capitale, l. prima, & l. 5. C. ad legem Corneliam de falsis. Vnde inter crimina non capitalia, hoc in loco recenseretur, si prior expositio valeret, quia videlicet exciperetur crimen falsi ab alijs criminibus non capitalibus, quod cum absurdum sit, nec bona videtur esse illa prior expositio.

Secundum argumentum est ex, l. 1. §. an accusationem, versic. atquin Papinia. ff. ad Turpil. vbi mulier ad falsi accusationem non admittitur, quæ suam, vel suorum iniuriam non persequitur, etsi desistat, non tamen punitur. Ergo, si ad excusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret, iuxta, l. si fœmina, C. eod. tit.

Tertium argumentum ex l. quæsitum, ff. ad Turpil. vbi is, qui minatus est se falsi crimen obiecturum, etsi postea non obiciat, non punitur. Ergo a contrario sensu, si obiciat, & postea desistat, puniendus est.

Ad leges, quæ afferuntur ad probandum de crimine falsi permissam esse transactionem respondet Faber, eas loqui cùm de falso instrumento agitur, hoc est ciuiliter, non autem cum de crimine falsi, scilicet criminaliter. Ad quam responsionem ita Cuiacius loco annotato: *Circumscribor*, inquit, *nisi subueniant synceri Iudices. Quid sit de falsa transigere intelligo. Quid sit de instrumento dubiæ fidei transigere, si hoc non est de falso instrumento transigere, sane non intelligo*. Cui Faber. *Reprehendendi*, inquit, *sunt, qui scribunt se non intelligere,*

A *quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit, quam de falso instrumento transigere*, & paulò post, *aut si hac differentia non sunt, ego plane non intelligo quid sit illud, quod scriptum est in l. de fide, C de falsis, et qui de fide instrumenti quærat, duplicem litigandi viam tribui ant esse, per accusationem, & per priuatam disceptationem*.

Respondeo, hæc argumenta non obstare. In primis enim, vt dicebat Cuiacius, iure non probatur, eum de falso accusari posse, qui de crimine transigit, quòd si accusari posset, cur non & puniri? At puniri tales trāsigentes pœna falsi nullibi cautū videtur. Vnde planior est prior expositio. Nec obstat id, quod dicitur, leges, quibus transactio de crimine falsi permittitur, loqui, cum ciuiliter agitur, quia etiam accusatio criminalis per transactionē tollitur, vt patet ex d. l. 7. C. de falsis, ibi, *Facta igitur trāsactione, difficile est, vt is, qui prouinciam regit, veluti falsum, cui semel acquieuisti, tibi accusare permittat*. Illud verum est, calumniatores, tergiuersatores, &

B præuaricatores, fallaciter agere, nec syncera, vt decet, fide, ac mente crimina tractare, & accusationes instituias. Cæterum, eos de falso accusari posse hanc ob causam, haud facile demonstrari potest.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, falsi crimen capitale non esse, eo sensu, quo capitale accipitur in hac lege, nempe, cum pœna mortis infligitur. Etenim pœna falsi est deportationis, & publicationis bonorum, l. 1. §. pœna falsi, ff. ad legem Corneliam de falsis, nec mortis pœna locum habet, nisi magnitudo rei id exigat, vt in l. vbi crimen, 22. C. eodem titu. & in l. prima, ff. ad legem Cornel. de Sicar. & similibus.

Ad secundum respondeo, non posse illud argumentum a contrario sensu recte sumi, quia repugnat text. in l. 4. ad Turpilianum, vbi expresse dicitur: Mulierem, quæ propriæ iniuriæ causa falsi crimen denunciauit, desistentem, Turpiliano Senatusconsulto non teneri. Ex

C quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimini falsi valere.

Respondet Faber, textum dictæ l. 4. corrigendum esse, deesse enim illi negationem, quia scilicet Papiniani lex est, quę à Martiano in d. l. 1. vers. at quin Papinianus, in eam sententiam citatur, Mulierem desistentem non puniri, si falsi accusationem non iniuriæ propriæ, nec suorum causa instituerit. Verum huic emendationi repugnat fides omnium librorum, & quæ aduersus eam emendationem latè disputat Robertus Aurelianus, Receptæ iuris Ciuilis lection. lib. 1. cap. 25.

Non obstat text. in dicta l. si fœmina, C. ad Turpilian. quia non loquitur de crimine falsi, sed de fœmina, quæ suam, vel suorum iniuriam accusatione prosequitur.

Ad tertiū respondeo, licet textus in l. quæsitum, istud velit, vt qui minatus est se crimen falsi obiecturum, deinde non obiecit, non pertineat ad Senatusconsultum

D Turpilianum, non tamen infertur, istud quoque velle, vt qui illud obiecerit, & postea transegerit, ad illud Senatusconsultum pertineat, quia huic interpretationi & argumento, leges omnes aduersantur, quibus de crimine falsi transigi posse constitutum est.

Tertia est controuersia. Vtrum facta transactione de crimine, reus accusari, & puniri possit pœna sanguinis. Etenim Bartol. in d. l. transigi, numero 7. id negare videtur, necnon Curt. iun num. 29. Sed in contrarium se habet communis Doctorum sententia. Vide Clarum, in §. fin. q. 58. versic. sed pone. Anton. Gomes. de delictis, c. 3. num. 55. & nouissime Farinaceum lib. 1. comm. quæst. criminal. q. 4. nu. 54.

Probatur hæc communis sententia ex l. qui cætu. §. vlt. ff. ad l. Iuliam, de vi publica, ibi. *Et si Pater iniuriam suam precibus exoratus remiserat, tamen extraneus sine quinquennij præscriptione reum postulare poterit*, & ex l. 2. C. de abolition. ibi. *Redemptæ miserationis vox minimà*

me admittatur, ſed aduerſus nocentem reum, inquiſitione facta, competens pœna ingeratur.

Vnum autem hoc afferri poteſt argumentum pro cõtraria ſententia: Cùm tranſactio de crimine capitali ſit permiſſa, eam potiſſimum ob cauſam, vt ſanguinem ſuum quis redimere poſſit, conſequens eſſe videtur, tranſactione facta, pœnam ſanguinis euitari, alioquin fruſtra facta eſſe videbitur.

Reſpondeo, hoc non ſequi ſimpliciter, & abſolute, ſed eo duntaxat in caſu, quo nemo aliux de crimine inquietet & accuſaret: nam, tranſactio facta ad hoc valet, vt primus accuſator, qui tranſegit, nec proſequi ſemel inſtitutam accuſationem, neque nouam inchoare poſſit, obſtat enim ei tranſactio. Cùm itaque non ſemper accuſatores noui reperiantur, nec ſemper ex officio iudex inquirere poſſit maleficia, non rarò accidet, vt ad euadendam ſanguinis pœnam plurimum tranſactio, pro futura ſit, cum ſcilicet nullus alius erit accuſator, nec iudex inquiſierit ex officio.

CAPVT X.

De conciliatione l. cum mota, C. de tranſactionibus, cum l. ſi conſtituta, ff. de inoffic. teſtamen. & an ex tranſactione oriatur actio.

S*I inſtituta de inofficioſo teſtamento accuſatione, de lite pacto tranſactum eſt, nec fides ab hærede tranſactioni præſtatur, inofficioſi cauſam integram eſſe placuit.* Sic Vlpianus. At contra Imp. Alex. *Cum mota inofficioſi querela,* inquit, *Matrem veſtram cum diuerſa parte tranſegiſſe, ita vt partem bonorum ſuſciperet, & à lite diſcederet, proponatis inſtaurari quidem ſemel amiſſam querelam per vos, qui Matri hæredes extitiſtis, iuris ratio non ſinit. Verum ſi fides placitis præſtita non eſt, inid, quod intereſt, diuerſam partem rectè conuenietis.*

Prima eſt ſolutio nonnullorum interpretum; Vlpianum loqui de eo, qui tranſigit, vt nempe querelam inſtaurare poſſit, ſi tranſactionis fides non ſeruetur. Alexandrum verò de tranſigentis hærede. Quæ ſolutio non ſatisfacit, quia ex perſona hæredis conditio non mutatur obligationis, l. 2. §. ex his. ff. de verb. oblig.

Secunda eſt ſolutio, in ſpecie de qua loquitur Vlpianus, tranſactionem factam fuiſſe ſub conditione, ſi ſcilicet id, quod promiſſum erat, ſolueretur: Ideo ſi non præſtetur, integra manet actio. In ſpecie verò Alexandri, non ſub conditione factam fuiſſe, ſed ſub modo, ideo querelam inſtaurari non poſſe, licet quod promiſſum eſt, non detur.

Non mihi probatur hæc ſolutio, quia meram continet diuinationem.

Tertia eſt ſolutio. Vlpiani legem correctam eſſe ab Alexandro, quæ ſolutio minus eſt probabilis; tum quia Vlpianus à conſilijs Alexandri Cæſaris fuit, ſicuti author eſt Lampridius; tum quia non eſt inducenda legum correctio, niſi exprimatur, l. præcipimus, in fine, C. de appellationibus.

Quarta eſt ſolutio Alciati, lib. 5. Parador. c. 6. Vlpianum loqui de tranſactione facta nudo pacto, vt patet ibi, *de lite pacto tranſactum eſt.* Alexandrum verò loqui de tranſactione, quæ renunciationem continet, vt patet ex illis verbis: *Et à lite diſcederet.* Videtur autem efficatior eſſe renunciatio, quam nudum pactum, vt notatur in l. poſtquam liti, C. de pactis.

Hæc ſolutio non videtur mihi ſolida, quia omnis tranſactio, etiam nudo pacto interpoſita, hoc efficit, vt a lite diſcedatur, & ſic renunciationem continere videtur. Quare Angelus a Sancto Ioanne, meritò in antiparadox. hanc ſolutionem impugnat.

Quinta ſolutio deduci poteſt ex diſtinctione Duareni, in Commen. ad tit. C. Si aduerſus venditionem. *Cum*

A *quæritur*, inquit, *qua actione ſubueniatur actori, ſi reus tranſactionem nolit, diſtinctionem ſeruandam eſſe, quæ eſt in l. ſiue apud, & l. vt reſponſum, & in l. Cum mota, C. de tranſact. Aut enim acceptilatione actio ſublata eſt, & tunc ſi aduerſarius nolit conuentis ſtare, non ideo poteſt actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt; ſi verò pactum ſit, ne peteretur ſine acceptilatione, ſi debitor nolit conuentis ſtare, tunc actor poteſt agere prima actione.* Itaq. ſic dicere poſſumus, Vlpianum loqui, cùm nudo pacto facta eſt tranſactio, quod veriſſimum eſt, Alexandrum verò cùm tranſactio facta eſt interueniente acceptilatione.

Cæterum, vt non protſus huic expoſitioni aſſentiar, illud efficit, quòd nullum verbum obſeruare licet apud Alexandrum, quo ſignificetur in ea ſpecie acceptilationem interpoſitam fuiſſe.

Poſtrema igitur ſolutio, quæ mihi cæteris probabilior

B videtur, eſt Hieronymi Tornielli, ad Rubr. de Verbor. oblig. nu. 144. quam & Angelus à S. Ioanne loco annota to excogitaſſe videtur, nempe, in ſpecie Vlpiano propoſita, ita fuiſſe tranſactum & conuentum, ut à querela inofficioſi teſtamenti recederetur, aduerſarius verò aliquid daret; ſed in ſpecie Alexandro propoſita, conuentum fuiſſe, vt certa bonorum pars traderetur, & querelam remitteret, daretur, de quibus agebatur in accuſatione inofficioſi teſtamenti, ideo hoc poſteriori caſu querela inſtaurari non poteſt: Nam querela ipſa inofficioſi teſtamenti, quæ vniuerſa bona vindicabat per tranſactionem factam, reciſſa eſt, ac diuiſa in hunc modum, vt. ſ. pars bonorum debeatur querelam remittenti, altera verò pars poſſeſſori cedat. Quare, ſi accuſatione inſtaurata, omnia bona peterentur, pacti obſtaret exceptio, ex quadam æquitate, quemadmodum in l. ſi maior. 36. C. de tranſact. habetur, Exceptionis æquitatē proficere, vt nil amplius peti poſſit, quam quod tranſactionis placito promiſſum

C eſt; quæ ratio in priore caſu locum non habet. Etenim, vt Torniellus dicebat, in ſpecie iſta, is, contra quem inofficioſi querela fuit inſtituta, promittendo actori partem bonorum, de quibus agebatur, aliquid actori præſtitit, quia iam non amplius exceptionibus ſuis vti quoad illam partem poteſt, & ideo actor debet eum conuenire, vt partem bonorum promiſſam tradat, non autem ipſam tranſactionem infringere. At in ſpecie d. l. ſi inſtituta, nihil reus conuentus præſtitit, ideo dicta ratio ceſſat, & iure tranſactio reſcindi poteſt.

Porrò Alexander dicit, *ad id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis competere, ſi tranſactionis verborum obligatio ſubiecta non eſt,* quod quemadmodum conſiſtere poſſit, ſumma ratione controuertitur, ſiquidem ex tranſactionis placito actionem non competere, proculdubio ſit ex l. cum proponas, 21. C. de pact. & ex l. ſiue apud acta, C. de tranſact.

Reſpondet Bart. in d. l. ſiue apud acta, tranſactionem

D actionem pareret ex parte rei conuenti, vt ſi quid ei promiſſum fuerit, actionem habeat ad illud conſequendum: ex parte verò Actoris, actionem non competere, quia non adimpleuit contractum ex parte ſua, etſi enim tranſigendo promiſerit ſe amplius non acturum, agere tamen ſemper poteſt, ſaltem de facto. Si dicatur: immò ipſi actori datur actio in ſpecie d. l. cum mota, & in l. ſi pro fundo, C. eod. tit. reſpondet Bartol. primo, actionem illam datiuam eſſe, non natiuam; quæ ſolutio nihil valet, vt benè explicat Alciat. in d. l. cum proponas, ad fidem, C. de pactis. Secundo reſpondet, eas leges intelligendas eſſe, cum actor tranſigendo aliquid promittit, quod perfectè adimpleri poteſt, ut puta, ſi promittat reũ liberate, & eum liberet.

Sed nihil valet hæc ſolutio, aut ego fallor, nec enim habenda eſt ratio eius, quod de facto fieri poteſt, & quã tumuis actor reum liberauerit, poteſt ſemper de facto agere, & meram continet diuinationem iſthæc expoſitio.

zio. Quare si ego respondendum iudicarem, ex transactione quidem actionem regulariter non dari, sed excipiendum esse ab hac regula hunc casum, cum scilicet actor ad primam, & veterem actionem redire non potest, vt in specie d. l. cum mota. Ratio euidentissima est; quia si actionem non haberet ad petendum id, quod sibi transactione facta promissum fuit, omni prorsus remedio destitutus esset, ipseq; transactioni stare cogeretur, & aduersarius nil omnino seruaret, nec enim actione veteri conueniri posset, nec actione vlla ex placito transactionis compelli ad standum transactioni, quæ quidẽ esset maxima iniquitas, & iniustitia: iure igitur hoc in casu ex transactione ad id quod interest, agitur.

CAPVT XI.

Controuersia dua ad interpretationem l. si quis maior, C. de transactio.

NOn leuis neque parui momenti controuersia est, an quod in l. si quis maior. C. de transactio. constitutum est, in omni contractu locum habeat.

Affirmant autem locum habere in commẽt. d. l. Bart. Alexan. Ias. Iacob. & Corn. quorum fundamentum est, quia textus non solùm de transactione loquitur, verum etiam de omni alia pactione, vt patet ex illis verbis: *Si quis maior*, &c. *aduersus pacta, vel transactiones*, &c. Item ex illis: *Restituta pœna quæ pactis probetur inserta*. Item ex illis: *Careat emolumento. quod ex pactione, vel transactione fuerit consecutus*. Item ex illis: *Qui nomina nostra placitis inserentes*, &c. Omni autem contractui pactum inesse videtur, quia nihil aliud est, nisi duorum pluriumve in idem placitum & consensus, l. 1. ff. de pact. Huc accedat rationem legis ad omnem alium contractum extendi, illa enim est ratio, quia veniens contra transactionem iureiurando confirmatam, periurus est, atque adeò infamis, & consequenter omnibus pœnis in lege expressis obnoxius. Quæ ratio simili modo obtinere debet in cæteris contractibus, in quibus iurisiurandi religio contemnitur, & violatur.

Sed contrariam sententiam secuti sunt Riminal. Purpurat. & Alciat. in comment. eiusdem loci, sequentibus argumentis.

Primum, quia lex odiosa est, & pœnam continet valdè grauem, vnde ad transactionem, de qua principaliter loquitur, restringenda esse videtur. Odia enim restringi oportet, & fauores ampliari, cap. Odia de reg. iur. libro sexto, & interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt, non autem exasperandæ, l. interpretatione, ff. de pœnis.

Secundum argumentum. Lex intelligenda est ac interpretanda, ita vt titulo congruat sub quo est posita, l. Imperatores, ff. de in diem addictio. Sed hæc lex posita est sub titulo de transactionibus. Ergo de transactione accipienda est, non autem de alijs contractibus.

Tertium argumentum est ex eo, quod inter cæteras pœnas in eum à lege constitutas, qui contra transactionem fecerit, illa connumeratur, vt ea, quæ accepit, restituat. Hæc autem pœna transactioni potissimum conuenire videtur, quæ semper fit aliquo dato, vel retento. l. transactio. C. de transact.

Quartum argumentum est ex l. penultima, C. de dignitatibus, libro duodecimo, vbi pater eum, qui contra iuramentum fecit, in pecuniarijs causis infamiæ pœnam non incurrere, quam tamen incurreret, si locum haberent pœnæ huius legis in omni promissione iurata.

Quintum argumentum est ex eo, quod in transactione quædam specialis ratio suadere videtur, vt locus fit huiusmodi pœnis, vt scilicet pœnarum metu, transactionum placitis stetur. Nullus enim erit litium finis, si à transactionibus bona fide interpositis, cœperit facilè discedi. l. fratris, C. de transact.

Ego hac in re non ignoro, sententiam priore loco relatam frequentioribus doctorum suffragijs receptam esse, vt patet ex notatis à Mathesilano, singul. 50 ab Alexandr. consil. 85. libro primo, Decio 452. Corneo 40. libro quarto, Guido. Papa, consilio trigesimoprimo, & singul. 620. Ruyn. consilio 198. libro primo. Cassiodor. decis. secunda, titu. de iureiurando. Roland. à Valle in consi. 31. lib. secundo, Hippol. Rimiuald. in consil. 124. & alijs passim.

Cæterum, in acerrima disputatione crediderim posteriorem sententiam fortioribus argumentis nixam esse. At enim hanc constitutionẽ ad cæteros contractus porrigendam esse existimamus, quia verba id suadeant, vtpote cæteros contractus amplectentia; aut verò, quia ratio legis id à nobis exigat. Primum vix demonstrari poterit, quia verbum, pactionis, cuius in textu frequens est mentio, sua natura omnem contractum non complectitur, sed solam ipsam transactionem, nudamque conuentionem significat, non autem eam, quæ in speciale nomen contractus transit. Id tam luculenter demonstrat Duarenus in comment. ad l. primã, ff. de pactis, & lib. secundo Anniuersariar. Disputat. cap. 8. vt cæteris id demonstrandi facultatem præripuerit. Vnde ad omnem contractum illud verbum pertinere non potest, sed ad transactionem tantum, vt & in l. vbi pactum, C. eod. titu. si verò ipsam legis rationem contemplemur, nihil minus cogitandũ nobis videbitur, quàm de ea ad cæteros contractus omnes extendenda, siquidem lex dura est, perquàm seuera, & pœnalis, vt vocant, & ideo non ita temerè in consequentiam trahenda. Adde, quòd Alciatus commemorat, summa ope legum authores nisos, ut transactiones ratæ sint, ue lites finitæ suscitentur, ut nihil mirum sit, si tot propositis pœnis ad eas implendas, ac seruandas homines inducendos procurauerint, præsertim iureiurando accedente. Quod verò in alijs contractibus & causis eædem sint pœnæ constitutæ aduersus iurisiurandi cõtemptam religionem, nec in legibus nostris adnotaui, nec adduci possum ut credam, propter elegantem, & præclaram cõstitutionem l. 2. C. de reb. cred. & iureiur. & l. ult. ff. de crimine stellionatus. Quibus ita se habentibus, argumenta contrariæ sententiæ refutatione particulari opus non habent, ut patet.

Secunda est controuersia. Vtrum ea constitutio mulieres quoque transigentes comprehendat? Negant Fulgos. in comm. huius legis, & alij quos commemorat Gabrielius commun. conclus. titu. de transact. conclus. prima, nume. 3. quia ut locum habeat hæc lex, dolus requiritur, secundum communem omnium sententiam. Nam periurium non committitur absque dolo: ream enim linguam non facit, nisi rea mens. cap. homines cap. ult. §. episcopus, 22. quæstio. 2. cap. 2. ead. cau. c. quæsitum. §. item opponit, ead. cau. & quæst. omnes autem pœnæ propter periurium ab ipsa lege constitutæ sunt. A dolo autem præsumpto mulier excusatur, l. prima, §. ult. ff. de edendo. Cum itaque dolus requiratur, & in muliere non præsumatur, sequitur dicendum, eam lege ista non comprehendi. Huc accedat, quòd iuris ignorantia excusat à dolo, l. sed si lege, §. scire autem, ff. de petit. hæred. l. si quis in graui. §. si quis ignorans, ff. ad Syllan. Mulier autem præsumitur ignorare iura, l. regula, ff. de iuris & facti igno. Castr. in consil. 132. lib. 1. Decius in consil. 351. in fine. Menochius de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 3. Denique mulier propter sexus fragilitatem plerumque mitius quàm vir punitur, l. sacrilegij, ff. ad legem Iuliam peculatus, Tiraquell. de legibus connubial. lib. 1. num. 69.

Cæterum & mulierem hac lege teneri, affirmant Iason hoc in loco, & alij ab Antonio Gabrielio commemo-

sati

rati loco annotato, quorum argumenta duo sunt præcipua. Alterum ex illis verbis legis: *Si quis maior*, &c. quę verba tàm masculum quàm fęminam comprehendunt. l.1. ff. de verb. sign. Alterum; quia mulier non excusatur in ijs, quæ sunt contraria iuri naturali, leg. 2. C. de in ius vocan. Iason in l. vlt. ad finem, C. de iuris & facti igno. Sed promissa nō obseruare, iuri naturali repugnat, l. 1. ff. de constit. pecun. Similiter & iurisiurandi religionem violare, argumento l. veluti, cum lege antecedenti, ff. de iust. & iure.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli ita distinguentis. Aut mulier directò venit contra transactionē, litem instaurando, seu aduersus eam Principi supplicando: & tunc prior sententia locum habeat. Aut non directè contra transactionem venit, sed non obseruat ipsum transactionis placitum, & tunc posterior sententia locum habeat.

Ego verò eorum sententię magis accedo, qui affirmāt, mulierem hac lege teneri, sicut & aliàs legibus tenetur, vt in l. si quis id quod, ff. de iurisd. om. iud. & declarat ibi Iason & Menochius de recuperand. possess. rem. 9. numero 9.

Nec iuris ignorantia mulierem excusat, præterquàm in casibus à lege expressis, l. vlt. C. de iuris & facti ignor. Tiraquell. de pœnis legum, causa 9. in fine, & causa 11. num. 23. Præsertim verò, vbi aliquid delinquit contra ius naturale, vel ius ciuile, clarum & manifestum, sicut illud est, pacta & conuenta esse seruanda, vt declarat Alciatus de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 30. Quòd verò dicitur in l. prima, §. vlt. ff. de eden. non edenti ex mandato prætoris esse subueniendum, sexus & rusticitatis habita ratione, nihil obstat, quia iussus prætoris in ea specie, nō iuris rigori, sed æquitate sola nititur, ex his quæ tradunt Alciatus reg. 1. præsumpt. trigesimanona, & Menoch. de recup. possess. rem. 9. num. 22. 23. Quare non ita durè aduersus muliebrem sexum agendum fuit, vt aduersus alios, cum qualisqualis ratio sit pro muliere eo casu, nempe iuris ipsius rigor.

CAPVT XII.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem re.

NOn desunt qui existiment, ea quæ sancita sunt in supradicta l. si quis maior, C. de transactio. etiam ad vniuersitatem transigentem pertinere, ita enim docuit Ias. in Comment. d. l. & ita etiam respondit in consil. 118. lib. 1. Eo argumento, quod illa verba, *Si quis*, vniuersitatem quoque continere videantur, vt in l. nihil, ff. ad Macedonianum, iuncta l. 1. ff. eod. tit. & in l. item ait prætor, iuncta l. ergo sciendum, ff. ex quibus causis maiores. Nam vniuersitas vicem sustinet personæ, l. mortuo, ff. de fideiussoribus, & cum agatur de periurio coercendo, facilè extendenda esse videtur hęc lex, ex traditis in authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus venditionem.

Sed istis ego non assentior, quemadmodum neque Hieron. Cagnolus in interpretatione eiusdem legis, neque Decius in l. si familia, ff. de iurisdict. om. iud. neque August. Berous in cons. 8. nu. 36. lib. 3.

Fundamentum meum est, quia lex loquitur de maiore vigintiquinque annis, vniuersitas autem minori comparatur, l. Respublica, C. ex quibus causis maiores, l. Rempublicam, C. de iure Reipub. libro 10. Item quia periurium, propter quod omnes pœnæ imponuntur, ligat ipsam animam, vniuersitas autem vt sic, non dicitur habere animam, vnde nec excommunicari potest, cap. Romana, de sententia excommunicationis libro sexto, & declarat Ludo. Roman. in consil. 400. Denique aut transactio facta est per procuratorem vniuersitatis, aut per ipsosmet homines vniuersitatis. Vtroque casu dici-

A tur esse facta, nō solum à maiorib. vigintiquinque annis; verum etiam à minoribus, siue nomine tam maiorum; quam minorum, cum in vniuersitate sint tam maiores quā minores. Sed minores vigintiquinque annis cōprehendere non potest hæc constitutio, ergo comprehēdet duntaxat maiores; Si maiores tantum comprehendat; ergo non vniuersitatem, quia vniuersitas constat ex maioribus & minoribus. Ex quibus patet, nec locum esse extensioni, quia verba non patiuntur, nec obstare leges in contrarium allegatas, quia loquuntur in casibus, in quibus eam extensionem nihil impedire potest.

Magis dubia est altera controuersia, in qua disputari solet, vtrum hæc lex locum habeat, vbi iuramentum transactioni non accessit, sed fides tamen data est & interposita, vt plerumque in Germania fieri solet.

Prima est sententia affirmantium, ita Specul. in tit. de arbitr. §. vlt. versic. *Sed pone quod compromissum*, & ibi Ioan. Andr. & Bald. Felyn. in cap. 2. de sponsalib. Alex.
B Ias. & Cagnol. ad d. l. si quis maior. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. cap. 59.

Fundamentum est, quia iuramentum, & promissio sub fide æquiparantur, cap. ad aures, extra de his, quæ vi metusve causa fiunt, ibi. *Nisi fortè iuramento, vel fide interposita*, &c. c. peruenit, de fideiussorib. c. querelam. Ne prælati vices suas, &c.

Contrariam sententiam secuti sunt Ioan. Imola, in c. eum tempore. de arbitris, num. 2. Alciat. & Aret. in d. l. si quis maior. Rota Romana decis. 1. incipiente: vtrum violator. tit. de pact. in decis. Bisignetti, & decis. 138. in antiquis. Ant. Gabriel. commun. concl. tit. de transactio. concl. 1. num. 29. & ante omnes glos. in c. penult. de iureiur. Quibus adstipulatur tex. in cap. commissum, extra de sponsalibus, ibi. *De contrahendo matrimonio fidem dedit, & se cum ea intra biennium, per verba de præsenti contracturum, præstito iuramento firmauit*, &c. Quibus verbis insinuari videtur, non esse idem omnino iuramen-
C tum, & fidei præstationem. Huc accedat, quod textus loquitur de transactione facta inuocato diuino nomine, & cum de pęnis grauissimis agatur, videtur lex esse restringenda ad eam speciem, de qua expressè loquitur, iuxta l. interpretatione, ff. de pęnis, quamuis alioqui iuramentum & fidei præstatio pariter obligarent.

Mihi hac de re cogitanti semper placuit doctrina Alciati, ad rub. extra de iureiur. numero quinto, & Couar. ad rub. de pactis, in 1. parte, §. 2. post num. 2. Nempe fidem duobus modis accipi, vno modo pro fide nobilitatis, nempe pro dictorum, conuentorumque constantia, ab eo dicta, quòd fiat, quod dictum est, alio modo accipi pro fide Christiana; si primo modo accipiatur, fidesque in transactione interponatur, proculdubio est ad eum casum l. si quis maior, non pertinere, quia loquitur, vbi iuramentum est interpositum. Fides autem sic accepta non est iuramentum. Si verò secundo modo accipiatur, tunc crediderim eam vim habere iuramenti, &
D ideircò ad eam speciem producendam esse constitutionem, de qua agitur. Quod si in obscuro esset, an fidei interpositio iuxta priorem, an verò iuxta posteriorē sensum transactioni subiecta fuisset, nihil proponi video, cur exequendæ essent pœnæ huius legis apertè loquentis eo casu quo iuratum est, in eum, qui fide præstita, transegisset, quinimò ad periurium euitandum, benigniore interpretatione adhibita, ad priorem sensum referrem ipsam fidei interpositionem, sicuti Couar. loco annotato diligenter explicat. Porrò canones allatos pro priore sententia sic accipio, vt loquantur de fide secundùm posteriorem sensum, quo in casu eam iuramento comparari, ipse quoque affirmo, atque contendo.

CA-

CAPVT XIII.

Alia Controuersia de eadem re.

Controuertitur etiam, vtrum pęnæ huius legis committantur ab hærede transigentia. Affirmat enim Castr. in consilio 13. lib. 2. & Socin. in consil. 38. lib. 3. eo argumento, quòd cùm obligatio principalis in hæredem transeat, videatur etiam transire debere accessoria, quæ ex iuramento contrahitur, ac consequenter omnis pœna, quæ infertur ex iuramenti violatione, præsertim, quia hæres videtur esse vna, & eadem persona cum defuncto, vnde, & iusiurandum à defuncto præstitum seruare tenetur, vt in §. 1. in auth. de iureiurando à moriente præstito. Denique, hæres oneribus hæreditarijs est obstrictus, l. si duo, ff. de acquir. hæred. Illud autem est onus in præsenti, vt transactioni pareatur, aut si non pareatur, locus sit pęnis, de quibus in hac lege.

Cæterum, contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam Cagnol. hoc in loco defendit, & late D. Iacob. Menoch. in consi. 355. lib. 4.

Fundamentum autem illud est solidum, quoniam iuramentum est personale, id est, obligat animam & personam ipsius iurantis, quoad effectum periurij, ita scilicet, ut is, qui iurat, iuramentum obseruare teneatur, alioqui periurus sit, & grauiter peccet, hæres autem iurantis, huiusmodi uinculo periurij non tenetur: quia ipse non iurauit, consequenter iurisiurandi religionem non contemnit: ita docent Canonistæ omnes, in cap. veritatis, de iureiur. sicuti declarat optimè Couarr. in c. requisiuisti, sub nu. 2. extra de testamentis. Quare, licet hæres teneatur seruare ipsum iuramentum a defuncto præstitum, & omnia alia subire hæreditatis onera, sicuti optime probat contrariæ sententiæ argumentum, non tamen sequitur, eundem obstrictum esse periurij vinculo, atq; adeo iis pęnis, quæ propter periurium sunt impositæ. Quæ cù ita sint, palam est, eas pœnas aduersus hæredem locum non habere, quæ hac lege exprimuntur, Omnes enim ad periurium uindicandum constitutæ sunt in contractu transactionis.

Postremò controuertitur, sitne locus purgationi moræ, saltem ex iuris Canonici æquitate ad euadendas huius legis pęnas. Et locum esse respondit Alex. hoc in loco, Iason nu. 26. & Ruyn. in consi. 133. col. ult. lib. 1. quibus adstipulatur, quòd Cagnolus hoc eod. loco scribit, num. 156. hanc legem scilicet, iure Canonico inspecto, locum non habere. Sic & nimis rigidam esse, ac propterea in praxi non obtinere, respondit post alios Franciscus Becius, in consi. 106. nu. 24. & Menoch. in d. consil. 355. nu. 1. lib 4.

A qua sententia facit, quod habetur in c. suam, de pęnis, & quod notatur in c. apud misericordem, 32. quæst. 1. & in c. beatus, 12. q. 2.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam amplector, cui adstipulantur quę tradunt Alexander, in l. si insulam, nu. 38. ff. de uerb. oblig. Dec. in consilio 452. Rom. in consil. 457. & alij à Gabrielio citati, Com. Concl. titu. de transact. concl. 1. numero 13. quibus adde Hyppol. Riminal. in consi. 124. nu. 69. lib. 1. & Ruin. in consi. 20 lib. 4.

Fundamentum uero illud solidum mihi videtur, quod non sit inducenda diuersitas, ac dissensio inter ius Canonicum & Ciuile, nisi expressum sacris Canonibus reperiatur, nam & leges non dedignantur sacros Canones imitari, & Sacrorum statuta Canonum principum constitutionibus adiuuantur, vt in cap. 1. de operis noui nunciat. Cum igitur inter omnes constet, iure ciuili inspecto, locum non esse purgationi moræ, non debet iure canonico contrarium decerni iurisconsultorum interpretatione. Et parum mouet, quod dicitur, ius canoni-

A cum æquitatem amplecti: nam & ius ciuile illam sequitur, in omnibus ferè causis, l. in omnibus, de regul. iur. l. placuit, C. de iudicijs. Quod verò dicitur in capit. suam, de pęnis, huc non pertinet, quia de transactione iurata non loquitur ibi Pontifex, illud non diffiteor, idem respondendum esse in transactione iurata, quoties quis in minimo deficeret, vt in d. c. suam, ne videlicet ob minimam rem incidat quis in iam graues pœnas. Quæ vero notantur in d. capitu. apud misericordem, & in capitu. Beatus, locum sibi vindicant in foro pęnitentiali, sicuti optimè declarat Alexand. Dec. Roman. & alij superius à me citati.

CAPVT XIIII.

B *Sitne aliqua pœna constituta ex iure ciuili peieranti, Diuino nomine inuocato.*

Quæ sit pęna constituta aduersus eos, qui transactiones & pactiones iureiurando firmatas violauerint, satis vt arbitror, explicatum est in præcedentibus. Nunc se offert insignis controuersia, quid statuendum de alijs speciebus, in quibus iurisiurandi religio contempta sit: videlicet, vtrum aliqua pęna afficiẽda sit periurus? tractat prolixe hanc controuersiam D. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. Casu 319. ibique commemorat authores, iam qui affirmantem, quàm qui negantem sententiam sunt amplexi. Ego breuiter argumenta referam, tum quid ipse sentiam, paucis declarabo.

Qui periurio pęnam esse impositam censuerunt, adducti in hanc sententiam sunt authoritate l. vlt. ff. de crimine stellionatus, *De periurio*, inquit lex. *si sua pignora esse quis instrumento iurauit, crimen stellionatus fit, & ideo ad tempus exulat.*

C Secundo moti sunt ex l. nam sufficit, ff. de dolo. *Nam sufficit*, inquit, *periurij pœna.*

Tertiò eo argumento moti sunt, quòd exploratum est, eum, qui per Principem falsum iurauerit, puniri, vt in l. si duo, §. vlt. ff. de iureiuran. Quare etiam arbitrati sunt, puniendum eum, qui per Deum peierauerit, cùm *longè grauius crimen sit, æternam, quam temporalem lædere maiestatem.*

Denique authoritate Constantini Hermanopuli adducti sunt, in Epitome, seu Promptuario iuris ciuilis, libro primo, titu. de iureiuran. in hæc verba scribentis: *Si quis iurauerit in re pecuniaria, per genium Principis, & peierauerit, fustibus castigatus dimittitur. Quisquis autem ex decreto iudicis, aut aduersario postulante, iusiurandum in Ecclesia receperit, sacris inuiolatisq; contactis Euangelijs postea periurij conuictus, lingua abscindatur, idemq; in testibus obseruetur.*

Cæterum, qui contrariam sententiam amplexi sunt, D vnicum fundamentum posuerunt in l. 2. C. de rebus creditis, & iureiur. vbi Alex. Imperator: *Iurisiurandi contempta religio*, (inquit) *satis Deum vltorem habet.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, Imperatorem loqui, vbi calore iracũdiæ periurium committitur, vt patet ex sequentibus verbis, ibi: *Et si per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum*, &c.

Ego ergò omnibus diligenter pensatis, huic posteriori sententiæ magis accedo, cuius authores habeo, præter Iacob. Cuiac. libro secundo. Obseru. cap. 19. & alios quàmplurimos, quos refert Menoch. loco annotato, habeo inquam, authorem celeberrimum iurisconsultum, præceptorem, ac promotorem meum Tiber. Decian. in tract. rerum criminalium nuper edito, libro 6. c. 12. Ita enim iure nostro ciuili constitutum opinor, vt qui per Deum peierauerit, Deum vltorem habeat, qui verò per Principem, vltorem habeat ipsum Principem, præterquam in eo casu, quo quis inconsulto quodam

calore per Principem peierauerit, sicuti eleganter explicat ipsemet Imperator, in d.l.2. cuius hæc planè sententia mihi videtur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere: nam quòd attinet ad l. vlt. ff. de crimine stellionatus, non ea est eius legis sententia, eum, qui in instrumento iurauit sua esse pignora, idcircò puniri, quod falsò iurauerit: nam & absque iureiurando crimen stellionatus committitur, vbi quis hoc modo mentitur, rem alienam velut propriam obligando creditori. Sed sensus est, de periurio effici crimen stellionatus, hoc est, periurium eo in casu puniri, tanquam crimen stellionatus effectum, quemadmodum dicimus, de meo fit tuum. Itaque non disputat ibi Iurisconsultus, an periurium sit puniendum, vt periurium, sed vt annexum habens aliud crimen, ac in aliud crimen transitum faciens, nempè stellionatus, id quod ante me dixerunt Cuiac. & magis prolixè Dominus Dec. loco annotato.

Quòd verò dicitur in l. nam sufficit, ff. de dolo, nihil obstat: quia hoc tantum dicit sufficere periurij pœnam, scilicet, apud Deum luendam, quem periurus satis vltorem habet, vel si per Principem falsò iurauerit, pœnam sufficere, quam Princeps ipse constituet.

Quare nihil obstat, quòd dicebatur tertio loco, eum puniri qui per Principem peierauerit, quoniam id fatemur, & puniendum etiam à Deo grauiter non dubitamus eum, qui per Deum peierauerit.

Anthoritas denique Hermanopuli nihil mouet: quia loquitur de periurio in Ecclesijs commisso. Secundò, quia legem non habemus, cuius ipse meminit. Tertiò, quia eius sententia vim legis non obtinet, magisque deferendum est Imperatori Alexandro satis apertè pronuncianti, iusiurandi contemptam religionem, satis Deum vltorem habere.

CAPVT XV.

Vtrum in causis criminalibus iuramentum in supplementum priuatiuus deferri possit à Iudice.

IN causis criminalibus decidendis, vtrum iuramento suppletorio sit locus, variæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ. Prima est Accursij, in l. in bonæ fidei, C. de reb. credit. & iureiur. etiam in causis criminalibus locum esse huiusmodi iuramento: nam cùm textus dicat, in bonæ fidei contractibus, & cæteris causis, inopia probationum per iudicem causa cognita rem decidi oportere, is interpretatur illa verba, vt & delictorum causas comprehendant. Pro cuius sententiæ confirmatione affert text. in l.3. ff. de iureiuran. vbi Iurisconsult. ait: *Quacunque autem actione quis conuenatur, si iurauerit, proficit ei iusiurandum, siue in personam, siue in rem, siue in factum, siue pœnali actione, vel quauis alia agatur*, &c.

Secunda est opinio Bartoli, Castrensis, Iasonis, Sichardi, & aliorum communiter, in Comment. eiusdem l. in bonæ fidei, in causis criminalibus non esse locum huiusmodi iuramento. Fundamentum est: quia in criminalibus probationes debent esse luce meridiana clariores, l. vlt. C. de probat. & necesse est, vt quis confessus, vel conuictus sit, ad hoc, vt condemnari possit, l. qui sententiam, C. de pœnis. Et nemo ex suspicionibus damnandus est, l. absentem, ff. de pœnis.

Tertia est sententia Ludouici Romani, in l. admonendi, nu.104. ff. de iureiuran. & aliorum, quos commemorant Menoch. de arbitr. iud. casu 464. num.7. & Dominus meus Cephalus, in consil.141. nume.21. lib.1. Si actor semiplenè tantum, aut minus quàm semiplenè probauerit, non esse deferendum iuramentum in supplementum probationis: si verò plusquàm semiplenè

A probauerit, deferendum esse. Fundamentum est in cap. vlt. de iureiur. in illis verbis: *Nisi index inspectis personarum, & causæ circumstantijs, illud actori videat deferendum.*

Quarta est sententia Cyni, in d.l. in bonæ fidei, Butrij, in d.c. vlt. de iureiur. & aliorum, quos commemorat Dominus Cephalus. in d.consi.141. nu.10. Si de pœna corporali agatur, iuramentum non esse deferendum, secus autem, si de pœna pecuniaria. Argumento text. in d.l. in bonæ fidei, ibi: *Et in cæteris causis.*

Quinta est sententia; In causis criminalibus reo deferendum esse iuramentum, ad suam innocentiam purgandam, non autem actori, argumento text. in d.c. vlt. de iureiur. ibi: *Præsumptione vero faciente pro illo reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam iuramentum.* Idem probat text. in authent. nouo iure, C. de pœna iudic. qui malè iudicauit. Huius sententiæ authores diligenter à Menochio commemorantur, de arbitr. iud. d. casu 464. nu.10.

B Postrema est sententia Angeli, in d. l. in bonæ fidei, si de crimine criminaliter agatur, instituta scilicet accusatione ad publicam vindictam, non esse locum huic iuramento, secus autem si ciuiliter agatur, instituta scilicet actione ad priuatam vtilitatem.

Hanc postremam sententiam iuri magis consentaneam existimo, atque ita interpretor. l.4. ff. de iureiuran. & c. vlt. eod. tit. de causa criminali ciuiliter intentata, intelliguntur, id quod significat verbum (*actionis*) vtroque in loco vsurpatum, nempè, in d.l.3. ibi (*Pœnali actione*) & in d.c. vlt. ibi, (*Famosa actione.*) Vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accusatio quàm actio, l. de crimine, C. ad legem Corneliam de falsis. Et sanè, in causis criminalibus ita seruatur, vt siquidem reus sit confessus, vel conuictus, condemnetur, l. qui sententiam, C. de pœnis. Si verò non sit confessus, neque conuictus, sed tamen multis argumentis oppressus, subijciendus est

C tormentis ad eruendam veritatem, l.1. ver. ad tormenta, ff. de quæst. Quod si torqueri non possit, tunc vel pœna extraordinaria afficitur, si argumenta, & indicia sint magna, vel absoluitur. Illud non diffitentur, & purgationis iuramentum hoc in causa aliquando deferri, sicuti declarat optimè Iul. Clar. in §. fin. q.63. & latè de hoc iuramento purgationis Andr. Geyll, lib.2. de pace publ. cap.7. Porrò verba illa textus in d.l. in bonæ fidei, *& in cæteris causis*, de similibus causis pecuniarijs accipienda esse non dubito.

CAPVT XVI.

Vtrum, vt iuramentum possit in supplementum deferri, necesse sit, id ipsum à litigatoribus peti.

D SEd vtrum necesse sit à litigatoribus id peti, vt iuramentum suppletorium deferatur, non est eadem omnium sententia. Etenim petendum id esse à litigatoribus, authores sunt Bart. in l. admonendi. col. vlt. & ibid. Ias. in repetit. nu.316. ff. de iureiur. & alij, quos refert Ioseph. Maschard. de probat. vol.2. cocl.916. nu.46. Fundamentum est in ea regula, quæ docet, iudicem officium suum non impertiri, nisi petenti. l.4. §. hoc autem indicium, ff. de damno infecto.

Sed contrariam sententiam, nempe necesse non esse, vt id petatur, imò verò peti non debere, sed à iudice ex officio deferendum esse, probare videtur Panorm. in cap. vlt. §. fanè, de iureiur. Et fundamentum est in d. §. sanè, & in l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & iureiuran. necnon in l. admonendi, ff. eod. tit. quibus in locis dicitur, iudices in causis dubijs probationum inopia, iuramentum deferre solere, & secundùm eum pronunciare, qui iurauerit. Quod si à litigatore petatur, deferendum non uidetur, quoniam ultrò id petens reddi se su-

se suspectum, argumento l. quæ omnia, §. 1. ff. de procuratoribus, & l. vxori, §. 1. ff. ad l. Corneliam de falsis

Tertia est sententia, & id peti litigatoribus posse, & à iudice deferri debere, licet non petatur, si id expedire, & æquitati consentaneum esse cognouerit. Ita Alexan. in consil. 53. colum. vlt. lib. 1. & hæc sententia videtur mihi verissima. Probatur autem, tum ex legibus superius allegatis pro confirmatione secundæ sententiæ, tùm ex eo, quod Iudex interrogare potest litigatores in iudicio, vbicunque æquitas id postulauerit, l. vbicunque, ff. de interrogatorijs actionibus. Tale autem iuramentum perquam simile videtur esse interrogationi, etenim iudex petit ab altero ex litigatoribus, an iureiurando affirmare velit verum esse, quod ipse in iudicio contendit. Quare nihil obstat regula l. 4. §. hoc autem iudicium, ff. de damno infecto, cùm ad eruendam veritatē satis constet, iudicem multa ea officio decernere posse. Vide Alexan. in d. §. hoc autem iudicium, numer. 18. Nattam in consil. 166. numer. 24. Ias. in l. vbi pactum, numer. 11. & B 12. C. de transact. quod vero litigator id petere possit, mihi videtur satis certum & exploratum, ea ratione, quod nulla lege id prohibeatur, & quod iuris æquitati consentaneum appareat. Neque vero suspectum se reddit id postulans, cum de causa propria contendat & litiget, nec peieraturus præsumatur, & idipsum ex legibus didicerit, causas inopia probationum iureiurando decidi solere.

CAPVT XVII.

De tempore quo huiusmodi iusiurandum deferendum sit, controuersia duæ.

CAeterum ut intelligatur, quo tempore deferendū sit huiusmodi iuramentū litigatoribus, duæ sunt breuiter expediendæ Doctorum controuersiæ. C Vna, an post conclusionem in causa peti a litigatoribus possit, vt deferatur. Altera, si ante conclusionem in causa petitum id non fuerit, vtrum à iudice nihilo minus deferri possit. Tractant has quæstiones Bart. Bald. Salicet. & alij in l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & iureiur. Ias. in l. admonendi, in repetit. nu. 318. ff. eod. tit. Andr. Geyll. Practicar. Obseru. lib. 1. ca. 108. Mascard. de probation. vol. 2. Concl. 956. nu. 46. & 47.

Quod attinet ad primam, duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ; altera affirmans, altera vero negans. Affirmat Salicetus, quem multi alij sunt secuti. Negant Bartolus & Baldus, quibus non desunt adstipulatores.

Fundamentum Saliceti est in l. generaliter, C. de rebus cred. & iureiurand. *Omne igitur iuramentum*, inquit, *siue a iudicibus siue a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiua sententia, sub ipso Iudice detur*. Huc accedat ratio: quia litigator ante conclusionem in causa, scire non potest, an iuramento suppletorio sit opus, sed id demum intelligit, cùm nil amplius D probari & produci potest, quia videlicet in causa conclusum est.

Fundamentum autem Bartoli, Baldi, & sequacium, illud est, quia post conclusionem in causa, nil amplius produci potest ad probandum, cap. cum dilectus, de fide instrum. Authent. at qui semel, C. de probation. Ergo nec tale iuramentum offerri posse videtur, quia offertur ad supplendam probationem.

Ad d. l. generaliter, respondent, eam loqui quando ante conclusionem in causa petitum est a litigatore tale iuramentum deferri. Id suadetur ex illis verbis textus: *Omne iuramentum, siue à partibus, siue a Iudicibus illatum*, &c. Ad rationem Saliceti, respondent, nihil impedire litigatorem, quo minus post publicatas attestationes, deliberare possit, an tali iuramento suppletorio indigeat.

A Mihi Saliceti sententia verissima esse videtur, non tamen eo argumento, quod ipse sumit ea dicta lege generaliter, quia non deciditur in ea lege, iuramentum peti posse, vt deferatur post conclusionem in causa, sed de hoc deciditur ea lege, siue initio causæ offeratur iuramentū, siue in medio, siue in fine, illud esse ab eo subeundum, cui est delatum, ne si moriatur hæres, qui iurare non potest, ea probatione destituatur. Moueor itaque altero argumento, quo ipse vtitur, nempè, ante conclusionem in in causa, deliberare non posse litigatorem, an tali iuramento opus habeat. Non obstat quod dicitur, eum deliberare posse post publicatas attestationes, quia id falsum est, cum & post publicatas attestationes vsque ad conclusionem in causa multa produci possint. Moueor præterea hoc argumento. Omni tempore litigatori licet iudicis officium implorare, vt id decernat, quod æquitatis ratio postulat, præsertim, cum initio litis, omnis litigator petat sibi iustitiam administrari. Sed æquitatis ratio hoc postulat, vt in dubijs causis inopia probationum, causa iureiurando delato decidatur, vt patet ex d. l. in bonæ fidei, ex d. l. admonendi, & ex d. c. vlt. de iureiurando. Ergo nihil proponitur, cur omni tempore litigator id petere non possit.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo. Nihil noui producere eum, qui iusiurandum sibi deferri postulat, implorare enim iudicis officium, & eum admonet, si causa dubia sit, & iureiurando decidenda, sibi potius, quam aduersario deferendum esse iusiurandum.

Quod attinet ad alteram quæstionem, duæ similiter sunt contrariæ Doctorum sententiæ, altera affirmans, altera negans. Ego affirmantem sententiam, quæ in ipsa imperiali camera magis est recepta, teste Andr. Geyll. loco superius annotato, verissimam esse iudico. Primò, quia, vt & in præcedenti dictum est, nec litigatores, neque iudices scire posse ante conclusionem in causa, vtrum iuramento suppletorio sit opus. Secundò, quia ubicunque æquitas suadet, iudex interrogare potest, lege, ubicunque, ff. de interrogatorijs action. Tertio, quia iudex cuncta rimari & perquirere debet, vt pro iustitia causæ finem imponat, lege iudices, C. de iudicijs, capit. iudicantem, 30. quæstio. 5. Quarto ex eo, quod habetur in cap. cum Ioannes, de fide instrument. in illis verbis. *Non obstante, quod interrogatio a iudice facta fuerit, postquam a partibus extitit in causa conclusum, cum iudex usque ad probationem sententiæ debeat uniuersa rimari & possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.*

Contrariæ sententiæ argumenta nihil obstant. Primum est, nisi a parte petatur, tale iuramentum deferri à iudice non posse. Sed hæc sententia falsa est, & confutata in præcedenti capite. Alterum est argumentum quod post conclusionem in causa, non sit amplius locus, probationibus. Respondeo, id verum esse, si agatur de probationibus testium, vel instrumentorum: sed quò minus iudex iureiurando causam decidere possit, nihil impedire potest conclusio in causa, neque enim hęc est probatio litigatoris, sed iudicis potiùs ad veritatem inuestigandam prouisio.

CAPVT XVIII.

Cui deferendum sit iuramentum suppletorium, reo, an actori.

NOn est prętereunda quā illa, satis olim, & nunc etiā controuersia, cui sit deferēdum iuramentum ex litigatoribus, quod suppletoriū appellamus, reo, an actori. Sunt enim qui actori, sunt qui reo deferendam putant, sunt qui iudicis arbitrio id mandent. Vide Iaso

nem copiose differentem hac de re, in l. admonendi, in A
Repetit. nu. 314. ff. de iureiur. & Francis. Duaren. libr. 2. Anniuers. Disput. cap. 33.

Qui esse deferendum reo censuerunt, sequentibus argumentis vtuntur. Primum est ex d. l. admonendi, vbi patet, Iuramentum delatum fuisse reo. Secundum est ex cap. vlt. eod. tit. vbi similiter reo ad purgandam innocentiam deferendum esse. S. pontifex mandat. Tertium illud est, quia fauorabiliores sunt rei, quàm actores, l. fauorabiliores, de reg. iur. Quartum est, quia post publicatas attestationes, non licet actori nouos testes producere super eisdem capitulis, vt in Authent. at qui semel, C. de probat. & in Clement. 1. de testibus. Ergo multo minus producere seipsum in testem licebit, quod fit, cùm iuramentum actori defertur, & is iurat, videtur enim esse testis in causa propria, iuxta l. vlt. C. de fideicommiss.

Qui vero actori putant deferendũ, illud fundamentum habent, quod defertur tale iuramentum ea inopia B
probationum, l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & iureiur. Hoc autem sic interpretantur, cùm videlicet actor semiplenè probauit, ita vt magna sit præsumptio contra reum, tunc actori deferendum est iuramentum in supplementum ipsius probationis, quæ illi deest.

Tertiæ denique opinionis fundamentum est in d. vlt. §. sanè, de iureiur. in illis verbis: *Nisi Iudex factis, & personarum circumstantijs consideratis, actoris deferendum esse putauerit.* Vnde S. pont. indicare videtur, hanc rem ex arbitrio iudicis pendere.

Ego hac in re sic statuo actori, qui semiplenè probauit, deferendum esse iuramẽtum in supplementum probationis in causis pecuniarijs, si reus nil probauerit, quo actoris intentio excludatur, vel obscuretur, & in locis, in quibus sum versatus, ita semper obseruaui, & ab alijs seruatum vidi, & hoc summam habet æquitatem, & rationem, quia ex semiplena probatione facilè Iudex inducitur ad opinandum, meliorem esse actoris, quàm C
rei causam, cum videt reum nihil prorsus præstitisse, sed duntaxat actoris intentionem negare. Absoluere reum non potest, nec debet, qui est penè conuictus; eundem condemnare simpliciter non debet, quoniam actoris intentio plenè probata non est. Quid ergo faciet? Ex probationis inopia iureiurando causam decidet, d. l. in bonæ fidei. At cui deferet iusiurandum? Reone? Nequaquam. Primò, quia iam suspicatur ipse Iudex, ac penè certus est, eum mentiri, & actorem vera dicere; Secundò, quia nulla est ratio, ut potius reo iuranti in causa propria credat, quam actori, qui iam de suo iure aliqua ex parte docuit, & pro quo maior est præsumptio, quam pro reo, deferet ergo auctori potius. At contrà inquit Duarenus, actore non probante, reus absoluitur, l. qui accusare, C. de edendo. Concedo; si nil probauerit actor; at hic probauit, licet non plenè. Quare, si & iusiurandum eius accesserit, plena & sufficiens erit probatio, aut Duarenus cum legibus pugnet, quæ in D
dubijs causis ex inopia probationum iureiurando rem dicendam esse statuunt. Sed inquit Duarenus, reo potius deferendum est, ex d. l. admonendi, qua hoc probat, non autem vulgarem illam opinionem, iuramenti suppletorij, vbi actor semiplenè probauit. Respondeo illam legem hanc vulgarem opinionem non probare, sed alias leges, nempe regulam generalem, d. l. in bonę fidei, & ita in d. cap. vlt. §. 1. de iureiur. quatenus ibi pontifex dicit: *Nisi Iudex actori potius deferendum putauerit.* Si enim actori deferendum aliquando est, hoc sanè in casu, quo semiplenè probauit, deferendum erit, sicuti communis sententia, & forensis vsus docent. Quod si pares hinc inde sint probationes, & reus aliquid præstiterit, quo causa dubia reddatur, non dubito, quin reo potius, quam actori deferendum sit, authoritate d. l. admonendi, & d. cap. vlt. §. 1. de iureiurando.

CAPVT XIX.

De iuramento delato à parte, in Iudicio, an recusare possit, si illud deferens nil probauerit.

SOlent etiam litigatores, iusiurandum inuicem offerre in Iudicijs: Vnde cõtrouertitur, si actor nil probauerit, & reo iusiurandum obtulerit, an is iurare cõpellatur aut soluere, nisi iusiurandum referre maluerit. Affirmant Paul. Castr. in l. iusiurandum & ad pecunias, §. ait prætor, ff. de iureiur. Alex. & Ias. in l. manifestæ. ff. eod. Duarenus in Commen. ad tit. de iureiuran. cap. 3. Negant vero Specul. Socin. & alij, quos commemorat Marchard. de probat. uol. a. conclus. 957. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplectendam censeo, multarum legum authoritate. Imprimis, ex l. tutor, ff. de iureiuran. *Tutor Pupilli*, inquit Paulus, *omnibus probationibus deficientibus, iusiurandum deferens, audiendus est.* Secundo, ex l. vlt. C. de fideicommiss. vbi hæres iurare compellitur, si fideicommissum aliunde probari non possit. Tertio, ex l. generaliter, C. de rebus cred. & iureiur. vbi dicitur, etiam in principio causæ) quo sanè tempore, nondum est probatum? iusiurandum offerri posse. Quartò, ex l. vlt. §. licentia, C. de iure deliberandi. Quinto, ex l. manifestæ, ff. eodem tit. ubi non distinguitur, an actor probauerit, nec ne, sed manifestæ turpitudinis & confessionis esse dicitur, nolle iurare, aut iuramentum referre. Nam, is cui iuramentum offertur, testis, & iudex in propria causa constituitur ut in l. ult. C. de fideicomiss. quare, si iurare recuset, confiteri uidetur se malam causam habere. Postremò, ex l. delata, C. de reb. cred. & iureiur.

Primum argumentum contrariæ sententiæ; actore nõ probante, reus absoluitur, etsi nihil præstiterit, l. qui accusare, C. de edendo, cap. ult. de iureiurando. Respondeo: verum est in hoc sensu, quod uidelicet, reus nil probare tenetur: veruntamen, si ei iusiurandum offeratur, tenetur iurare.

Secundum argumentum; si actor plenè probauerit, non tenetur iurare, licet ei offeratur iuramentum a reo, capit. 2. de probat. ergo neq; reus iurare tenetur, ubi actor nil probauit. Respondeo, hæc esse dissimilia, quia cum actor plenè probauit, iam de iure suo docuit, nec iuramento indiget, quia causa est satis liquida, sed ubi nihil probauit, & is contendit sibi deberi, reo id negante, res est dubia, unde iureiurando oblato decidenda est.

Postremum argumentum. Probationes non sunt sumendæ de domo rei, l. nimis graue, C. de testibus. Sed hic sumuntur, si reus cogatur iurare, ergo. Respondeo, non sumuntur probationes, sed Iudex & Testis efficitur in causa propria ipse reus. Quod si recuset, in manifesta turpitudine & confessione versatur, presertim, cum possit illud referre, unde de iniuria conqueri non potest, l. iusiurandum, & ad pecunias, ff. de iureiuran.

CAPVT XX.

De eodem iuramento. Vtrum, si reo efferatur ab actore, qui conatus est suam intentionem aliter probare, & non probauit, sit necessariò subeundum.

SEd & controuersi iuris est: actor probare conatus est suam intentionem, & non probauit, quamobrem iuramentum ei detulit, vtrum is iurare teneatur, aut iusiurandum referre. Etenim affirmant eú teneri complures Doctores, quos secutus est Senatus Pedemont. decis. 97. apud Osascum, & nouissime apud Anton. Thesaur. decis. 93. Nec non alij, quos commemorat Maschar. de probat. volum. 2. conclu. 957. num. 9. Cæterum negant Ripa, ad l. admonendi, num. 65. ff. de iureiur. Dec. in cap. 2. de probat. Socin. sen. in cons. 184. libro 2. Natta, in cons. 35. & alij a Maschardo citati, loco proxime annotato.

Sed mihi verissima videtur prior sententia. Primo, quia leges, quib. constitutum est, vt is, cui iuramentum defertur ab aduersario, illud subire cogatur, aut referre, nempe l. manifestæ, ff. de iureiur. l. delata, C. eod. tit. hę inquã leges nulla distinctione vtuntur, vtrum is, qui iuramentum offert, nixus fuerit probare, nec ne. Secúdò, quia legis ratio æque viget vtroque casu, quòd videlicet manifestæ turpitudinis, & confessionis sit, vbi in causa propria, testis, & iudex aliquis efficitur, oblato sibi iureiurãdo, nec iurare velle, nec iusiurandum alteri referre.

Nec me mouet, contrariæ sententiæ fundamentum, qd est positum in l. si quis iusiurandum, C. de reb. cred. & iureiu. etenim, ille textus loquitur de eo, qui a principio iusiurandum obtulit, deinde pœnitentia ductus, cũ speraret se probationes habiturum, illud reuocauit, tandem cùm se probationibus quoque destitutum animaduerteret, ad iuramentum iterum redire volebat, talis inconstantia & variatio nequaquam toleranda est, vnde C merito tale iuramentum recusari potest. De hac specie nos non loquimur, sed de eo, qui simpliciter conatus est probare, nec plusquàm semel variauit, imò, ne variauit quidem, cùm & ab initio fortassis animum habuerit iuramentum offerendi, si probationes deficerent. Sanè afferuntur alia nonnulla, sed leuiora argumenta, quòd videlicet, actore non probante, reus absoluendus sit, & similia, quibus ex his, quæ dicta sunt in præcedenti capite, responsio patet.

CAPVT XXI.

Vtrum, si locus relationi iuramenti non sit, delationi tamen locus esse queat.

ALiquando accidit, vt iuramentum referri non possit, veluti cum is, qui illud offert, veritatis, ac D rei gestæ ignarus est, nam si is iusiurandum aduersario offerat, aduersarius verò illi referat, iustam habet recusandi causam; Vnde quæritur, an sicut relatum iusiurandum recusari potest hoc in casu, ita etiam & delatũ. Hæc est celebris controuersia, de qua responderút Aymo Crauetta, in consi. 203. & Mar. Antonius Natta, in cons. 35. Crauet. respondit, iuramentum delatum recusari non posse, licet referri non possit; Contrarium respondit Natta, si referri non possit, nec deferri posse. Posterioris huius sententiæ illud est argumentum, quod leges de iureiuramento verba facientes, plerumque delationi relationem coniungunt, vt nempè is, cui iuramentum defertur, illud referre possit, l. iusiurandum, §. ait prætor, ff. de iureiuran. l. manifestæ, ff. eod. tit. l. delata, C. eod. Et quod caput est, ait l. iusiurandum, & ad pecunias, ff. eo. tit. *In omni causa iusiurandum permittit, quia de iniuria conqueri non poterit is, cui defertur, cum possit illud referre.* Igitur si illud

A referre non possit, vt in proposita quæstione, nec deferri posse videtur.

Sed mihi probabilior Crauettæ sententia videtur, quæ crebriori etiam Doctorum calculo probatur, vt patet ex Menoch. de arb. iud. casu 189. & in Maschardo, de probat. vol. 2. concl. 957. nu. 16.

Probatur hæc sententia primùm, argumento sumpto ex l. iusiurandum, 34. §. non semper, ff. de iureiur. vbi habetur, iurandum esse ab eo, cui offertur iusiurandum, licet illud referri non possit ad illum modum quo delatũ est: *Non semper autem* inquit, *consonans est per omnia referri iusiurandum, quale defertur*, &c.

Secundo probatur, quia etiam hoc in casu viget ratio æquitatis, nempè, quod turpiter quis recuset testimoniũ ferre in causa propria, fateriq; videatur, sed malam causam habere, cum iurare non audeat.

Tertio, quia non desunt alij casus, in quibus referri non potest iuramentum, & tamen deferri potest, vt in l. B Marcellus, §. 1. ff. de actione rerum amotar. & in c. vlt. de iureiur.

Ad argumentum Nattæ respondeo, regulariter quidem esse coniunctam relationi delationem, sed tamen si contingat, vt relationi locus esse non possit, non ideo tamen negandum est, locum esse delationi. Non obstat illa ratio, quòd videlicet conqueri non possit is, cui defertur, cum possit illud referre, quia cum referri potest, sine dubio maior est æquitatis ratio, sed tamen etsi referri non possit, illa ratio non cessat, quod turpiter recusetur iusiurandum, cum in causa propria iudex, & testis is, cui offertur, efficiatur. l. vlt. C. de fideicommis. l. 1. ff. quarum actio non datur.

CAPVT XXII.

Vtrum iuramentum recusari possit, vbi periculum est, ne periurium detegatur.

VBi periculum est, ne periurium detegatur, puta, si quis testes produxit, deinde aduersario iuramentum offerat, non desunt, qui existiment, iuramentum recusari posse. Ita decidit Senatus Pedem. Decis. 11. Osaschi, & decis. 93. Thesauri. Fundamentum est in Bartoli doctrina, quam notat in l. iusiurandum, quod ex conuentione, §. vltimo, nu. 4. ff. de iureiur. Sed pace tantorum virorum, perquam absurda mihi videtur hæc sententia, vnde magis assentior contrarium docentibus, videlicet Crauettæ, in consilio 207. & Maschard. de probat. vol. 2. concl. 957. circa finem. In primis enim satis constat, leges hoc præcipere, vt quis non falsum, sed verum iuret: quamobrem, si verum iurauerit is, cui offertur iusiurandum, non est quod metuat, ne periurium detegatur. Nam si testium depositiones objciantur, respondere poterit, posteaquam iuratum est, non aliud quærendum esse an debeat, necne, l. quinta, §. dato, ff. de iureiur. si periurij arguatur ex testibus, respondere poterit, se quoque testes, & alias probationes producere potuisse, nisi placuisset causam iureiurando decidi. Deinde fieri vix potest, vt post exhibitas probationes, iusiurandum quis offerat aduersario, nisi probationibus ipsis magnopere diffidat, ac timeat, ne aduersarius ipse cõtrarijs testibus, & probationibus eum superet. Quare magis suspicari licet, eum, qui iusiurandum offert, metuere, ne suorum testium detegatur falsitas, quam eum, cui offertur, de periurio solicitum esse, ne detegatur. Authoritas vero Bartholi nihilo plus suffragatur, quam aliorum. Nulla sanè lex à contraria opinione facere potest; ab hac vero nostra, generalis militat ratio legis, nimirum manifestæ turpitudinis esse, nolle aut iurare, aut iusiurandum referre: & eum, cui offertur iusiurandum, aut iurare oportere, aut soluere, nisi referre maluerit, l. manifestæ, ff. de iureiuran. l. delata. C. eod. tit.

CAPVT XXVIII.

Vtrum à ſententia iudicis iureiurando cauſam decidentis, liceat appellare.

CErtum eſt enim, qui iuſiurandum detulit, appellare non poſſe, vt habetur in l. generaliter, §. ſin autem, C. de reb. credit. & iureiur. E contrario verò conſtat eum appellare poſſe, cui iuramentum eſt delatum, ſi videlicet illud præſtare recuſauerit, ac proinde ad ſoluendum condemnatus fuerit, ita enim eſt deciſum in d. §. ſin autem. Cæterum, an ſi is, cui iuramentum offertur, aduerſario ſuo illud referat, atque is iuret, & eius iuramentum iudex ſecutus, ipſum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare poſſit à ſententia iudicis, non ſatis conſtat. Etenim, appellare eum poſſe, cenſuerunt Petrus & Cynus, in d. §. ſin autem, Imola, in cap. vlt. nu. 4. de iureiur. & alii, quos refert & ſequitur Oſaſchus Deciſ. Pedemont. 60. Horum fundamentum eſt in regula generali, quæ dictat ab omni ſententia permiſſam eſſe appellationem, l. & in maioribus, C. de appellat. Nec obſtat tex. ibi d. §. ſin autem, quia negat appellandi licentiam ei, qui iuramentum detulit; Rectè, & ſumma ratione. Nam is ſponte elegit hanc viam, vt iureiurando cauſa definiretur: is verò, cui offertur iuſiurandum, non ſponte illud refert deferenti, ſed neceſſitate quadam impulſus, ne videlicet ipſe iurare cogatur, aut ſoluere.

Cæterum, contrariam ſententiam veriorem eſſe non dubito, quam Salicetus in d. l. generaliter, poſt Ioánem & Azonem, eſt ſecutus. Probatur primò: quia eadem ratio eſt in referente, quæ in deferente, nam & ipſe eligit hanc viam ſponte, vt aduerſarii teſtimonio & iuramento cauſa decidatur, cùm liberum ipſi fuiſſet iurare, iudexque & teſtis in propria cauſa eſſe, quamobrem de ſe quæri, non de iudice debet. Secundò certum eſt, iuſiurandum hoc ſpeciem eſſe tranſactionis, & maiorem authoritatem habere, quàm res iudicata. l. 2. ff. de iureiur. Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduerſus tranſactionem ſupplicare. l. cauſas & lites. C. de tranſactio. Tertiò, iureiurando præſtito, nil aliud quæri debet, nec ſententia retractari prætextu periurij poteſt. l. 5. §. dato. ff. eodem titulo. l. 1. C. de rebus credit. & iureiuran. fruſtra ergo appellatur. Quartò, ſi iureiurando cauſa ſit inter partes tranſactione finita, illa retractari non poteſt, etiam ſub prætextu inſtrumenti de nouo repert. l. admonendi in fin. ff. de iureiuran. ergo nec appellatione interpoſita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando ſcilicet ex teſtamento conſtat legatum non eſſe relictum, tunc enim detecto periurio, ſententia retractatur & repeti poteſt, quod ſolutum eſt. l. vlt. C. de rebus credit. & iureiur. Ratio eſt, quia tale iuramentum, vt dictum eſt, ſpeciem tranſactionis continet. De his autem, quæ ex teſtamento pendent, non aliter tranſactio valet, quàm inſpectis & cognitis verbis teſtamenti. l. de his. ff. de tranſactio. Ad argumentum in contrarium patet reſponſio ex præmiſſis, quia vt dictum eſt, eadem ferè ratio eſt in referente, quæ in deferente.

CAPVT XXIIII.

Vtrum procurator in cauſis criminalibus ad defendendum admittatur.

ALexander Imperator in l. 3. C. de accuſationibus, ſcribit in hæc verba: *Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi, legibus publicorum iudiciorum permittitur.* Sed contrarium docet Iuriſconſultus in l. penultima. §. ad crimen. ff. de public. iudic. *Ad crimen*, inquit, *iudicij publici perſequen-*

A *dum, fruſtra procurator interuenerit, multoq; magis ad defendendum*, & in l. 1. ff. an per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. *Sin autem*, inquit, *non ſit pecuniaria cauſa, ſed capitalis. per procuratorem agi non licet*, & in l. miles qui. §. ea quæ. ff. ad l. Iul. de adulteriis. *Ea, quæ inter reas adulterij recepta eſt, abſens defendi non poteſt.* Prima eſt ſolutio Accurſij, reos defendi poſſe per procuratores, quantum ad hoc, vt eorum abſentiam excuſare procuratores poſſint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere poſſint. Eiuſdem ſententiæ videri poteſt Iacobus Cuiacius libro quinto ſententiarum Pauli, titulo 16. Dum ait in textu l. ſeruum quoque. §. publicè. ff. de procurat. legendum eſſe: *Abſentiam excuſantem*, non autem, *Innocentiam excuſantem*. Neque enim innocentia excuſatione eget, & ad abſentiam tantum excuſandam procurator admittitur, non ad innocentiam oſtendendam.

Sed huic expoſitioni obſtat, quod ipſemet Cuiacius B affert, lib. 20. Obſeru. cap. 20. *Quod ait*, inquit, *l. 3. C. de accuſatio. Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi. leges permittere publicorum iudiciorum, vulgò accipiunt de abſentia reorum tantum, vt poſſint redditis iuſtis cauſis defendi & excuſari, non etiam integra cauſa agi: quæ interpretatio coactiſſima eſt, & improbabilis. Nec enim, ſi de abſentia tantum excuſanda ſenſiſſet, abſolutè dixiſſet, defendi, quo verbo ſignificatur plena defenſio.* Sic ille.

Secunda eſt ſolutio Bartoli, in d. l. ſeruum quoque. §. publicè. Procuratorem admittendum eſſe ad innocentiam rei abſentis oſtendendam, ſed nó ad totam cauſam peragendam. Eandem ſententiá probat Caſtrenſis ibid. Nec non Menoch. de arbitr. iud. quæſt. 80. nu. 98.

Sed obſtat huic interpretationi, quod text. in d. §. ad crimen dicit, *fruſtra procuratorem interuenire multò magis ad defendendum*, & idem dicit tex. in d. l. miles qui. §. ea quæ. Defenditur autem is, cuius innocentia demon- C ſtratur.

Tertia eſt ſolutio Briſſonij lib. ſingul. de adulter. in verbo: Ne quia inter reca, circa finem: *Ad crimen publici iudicij perſequendum*, inquit, *fruſtra procuratorem interuenire, multoq; magis ad defendendum, ciuilis conſtitutio eſt. Cui tamen refragari Alexandri reſcriptum creditur, quod ita eſt &c. Sed non omnia*, inquit, *capitalia crimina iudicij publici ſunt, igitur in priuatorum criminum cauſis defenſor rectè interuenit, in publicis iudiciorum criminibus, non rectè interuenit.*

Verùm obſtat huic ſententiæ tex. in dicta lege ſeruum quoque. §. publicè, vbi dicitur, in capitalibus iudicijs procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunque abſens damnari poteſt. Sed in publicis iudiciis capitalibus reus abſens damnari poteſt, ſicuti explicat Cuiacius lib. 20. Obſeru. c. 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obſtat ſecundò, quòd Imperator Alexander in d. l. 3. dicit, leges iudiciorum publi- D corum permittere, vt reus per procuratoré defendi poſſit. Si enim leges publicorum iudiciorum id permittunt, ſequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego exiſtimarem has leges ſic conciliari poſſe, vt, quòd attinet ad dictá legé tertiam. C. de accuſatio. & ad l. ſeruum quoque. §. publicè. ff. de procuratoribus accipiendæ ſint illa de reis abſentibus, vt videlicet in cauſis capitalibus per procuratorem defendi poſſint, vbicunque damnari poſſunt. Quòd verò attinet ad tex. in lege penultima. §. ad crimen. ille intelligendus ſit de reo non abſente, ſed præſente, neque enim textus mentionem facit rei abſentis, ſed duntaxat dicit, fruſtra procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego ſic intelligo, ſcilicet ad defendendum eum, qui præſens eſt. Ná reus præſens auditorio adeſſe debet, nó auté procuratoré mittere, ac ipſe ſe ſubtrahere, vt in l. 1. ff. an per alium cauſæ appella. reddi poſſint, ibi; *Sed etſi ea cauſa ſit, &c.*

Vnde

Vnde statim subdit Iurisconsultus, sed excusationes absentium ex Senatusconsulto iudicibus allegantur, & si iustam rationem habent, sententia differtur. Nihil ergo aliud vult ille textus, nisi causas publicorum criminum agitari non posse per procuratores, siue agant, siue defendant, id, quod etiam docet Iurisconsultus in d. l. 1. ff. an per alium causæ appellationis reddi possint. Vtrum autem in specie reus absens defendi possit per procuratorem, non decidit ibi Iurisconsultus, sed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore in d. l. 3. & à Iurisconsulto, in d. §. publicè. quamobrem dictæ leges non sunt contrariæ, sed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula est ista. Causæ publicorum criminum per procuratorem agi non possunt, siue agant, siue defendant reum. Exceptio verò hæc. Reus tamen absens per procuratorem defendi potest, quoties damnari potest; quia publicè vtile est, absentes à quibuscunque defendi, vt in d. §. publicè.

B Quod verò attinet ad tex. in l. miles qui. §. ea quæ. ff. de adulterijs. Illa est præclara & vera solutio, quam affert Cuiacius libro 50. obseru. cap. 20. Quòd videlicet, in capitalibus criminibus reus absens defendi possit, vt in d. l. 3. C. de accusatio. Sed crimen adulterij non erat eo tempore capitale, sicuti optimè probat idem Cuiacius ad l. 8. ff. de transactio. & libro 50. Obseru. capite 28. & libro 51. capite 57. nec non Brissonius libro singul. de Adult. capite 2. & satis patet ex l. si quis viduam. ff. de quæstio.

Ceterùm Hermannus Vulteius Scholast. disceptatio. lib. singul. cap. 11. perpendit cõtra solutionem istam textum in d. l. seruum quoque §. publicè. Primò, dum inquit: *Nam & in capitalibus Iudicijs defensio datur, &c.* Ergo inquit etiam in iudicijs nõ capitalibus danda erit, quia illa dictio, *Et*, videtur ampliare & extendere. Secundò, dum inquit tex. *Vbicunque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem, audiri æquum est.*

C Respondeo, ex illa dictione (*Et*) non rectè deduci illam consequentiam, quia hæc est sententia Iurisconsulti. Publicè vtile esse absentes defendi. Probatur hæc sententia à Iurisconsulto, nam & in capitalibus iudicijs inquit defensio datur.

Quòd autem in iudiciis non capitalibus defensio detur, nõ infertur ex illis verbis. Quòd verò subdit textus: *Vbicunque ergo absens damnari potest, &c.* Non ita generaliter accipiendum est, sed de iudicijs capitalibus tantum, de quibus ibi est sermo. Reos enim capitalium criminum absentes per procuratorem defendi legibus publicorum iudiciorum est permissum. Reos autem criminum non capitalium defendi posse, nulla lege demonstrari potest, & contrarium indicat tex. in d. l. miles qui. §. ea quæ. ff. de adulterijs.

D

CAPVT XXV.

Vtrum absens defendi per procuratorem possit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna est constituta.

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna est imposita, defendi absentem reum per procuratorem non posse, censuit Angel. in leg. penult. §. ad crimen. ff. de publicis iudicijs. & eum secutus Menoch. de arbitr. iud. quæst. 80. num. 5. Fundamentum est in d. §. ad crimen, vbi generaliter est constitutum in publicis criminibus frustra procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed istis ego non assentior, quin potius contrariam sententiam amplector, quam secutus est Marian. Socin. in c. veniens. num. 48. de accusatio. Moueor imprimis authoritate. l. 1. ff. an per alium

A causæ appellationis reddi possint, in illis verbis: *Planè si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest & per procuratorem hoc agi.* Secundò moueor ex eo, quod habetur in l. tunc conuenit. C. de accusation. ibi: *Licet in pecuniarijs causis per procuratores litem sustineant.* & l. 3. C. vbi Senatores, vel Clarissimi ibi: *Crimen quidem publicum, priuatumve, cui tamen non per procuratorem respondere liceat.* His enim verbis innuit textus, aliqua esse publica crimina, in quibus procurator interuenire potest. Postremò moueor ea ratione, quòd vbi pœna est duntaxat pecuniaria, cessat causa, propter quam per procuratorem agi non potest, sed ipse reus præsens auditorio adesse debet. Nam illa est causa, quia vbi agitur de pęna capitis, vel alia corporali, sententia iudicis reddi posset elusoria, nec executioni mandari posset: In procuratorem enim non esset executioni mandanda, quoniam ipse non deliquit, contra reum autem absentem, non facilè executioni mandaretur, quoniam in iudicis

B potestate non esset.

Respondent contrariæ sententię authores, argumenta ista locum sibi vendicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus specialiter est constitutum, vt procurator non interueniat. Sed, vt mihi videtur, tex. in d. §. ad crimen, quod vnicum est contrariæ sententiæ fundamentum, recipere hanc potius interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna est pecuniaria, quia in pœnis pecuniarijs procuratorem admittendum esse cum stat, quàm è diuerso leges, quibus probatur, in pecuniarijs pœnis causas agi posse per procuratorem, interpretari debeant, vt non procedant in publicis criminibus. Est enim magis cõgruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obscurum, quàm contrà.

CAPVT XXVI.

C *Quid statuendum sit in criminibus, quibus pœna relegationis est constituta.*

CAeterum in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, procuratorem admitti posse, ad reum absentem defendendũ censuerunt Marian. Socin. in capit. veniens. colum. 21. vers. Decimò. quæro de accusatio. & alij, de quibus per Clarum. in §. fin. quęstio. 32. vers. Hinc est. & per Menoch. de arbitr. iud. quæstio. 80. numero 86. Horum argumenta hæc sunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non est imposita, secundùm communem Doctorum sententiam, procurator est admittendus, quasi cessare videatur illa ratio, quæ prohibet procuratorem admitti. Sed pœna relegationis non est corporalis, vt patet. Igitur, &c. Secundum, Vbicunque absens damnari potest, defendi etiam per procuratorem potest. l. seruum quoque. §. publicè. ff. de procuratoribus. Sed absens damnari pœna relegatio-

D nis potest. l. absentem. ff. de pęnis. Ergo & per procuratorem defendi poterit. Tertium argumentum sumitur ex l. 1. ff. an per alium causæ appellatio. reddi possint, in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere, sciendum est.* Illa dictio (*vsque*) stat exclusiuè, ita vt solus sit. In omnibus pęnalibus iudicijs procuratorẽ reijci, excepto iudicio, pro quo sola indicitur relegationis pęna. Quod si illa dictio staret inclusiuè, pęna relegationis enumeraretur inter pœnas capitales, atque ita æquipararetur pęnæ damnationis in metallum, quod falsum est.

Sed horum sententiæ ego non assentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert, & sequitur Rubeus Alesandrinus. in l. penult. §. ad crimen. numero 127. ff. de publ. iud. & Robertus Aurelianus lib. 2. sententiar. Iur. cap. 3. Moueor in primis authoritate. l. vlt. C. de inmutis. vbi

specialiter

CAPVT XXVIII.

Vtrum à ſententia iudicis iureiurando cauſam decidentis, liceat appellare.

Certum eſt eum, qui iuſiurandum detulit, appellare non poſſe, vt habetur in l. generaliter, §. ſin autem, C. de reb. credit. & iureiur. E contrario verò conſtat eum appellare poſſe, cui iuramentum eſt delatum, ſi videlicet illud præſtare recuſauerit, ac proinde ad ſoluendum condemnatus fuerit, ita enim eſt deciſum in d.§.ſin autem. Cæterum, an ſi is, cui iuramentum offertur, aduerſario ſuo illud referat, atque is iuret, & eius iuramentum iudex ſecutus, ipſum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare poſſit à ſententia iudicis, non ſatis conſtat. Etenim, appellare eum poſſe, cenſuerunt Petrus & Cynus, in d.§.ſin autem, Imola, in cap. vlt. nu. 4. de iureiur. & alii, quos refert & ſequitur Oſaſchus Deciſ. Pedemont. 60. Horum fundamentum eſt in regula generali, quæ dictat ab omni ſententia permiſſam eſſe appellationem, l. & in maioribus, C. de appellat. Nec obſtat tex. ibi d. §. ſin autem, quia negat appellandi licentiam ei, qui iuramentum detulit; Rectè, & ſumma ratione. Nam is ſponte elegit hanc viam, vt iureiurando cauſa deſiniretur: is verò, cui offertur iuſiurandum, non ſponte illud refert deferenti, ſed neceſſitate quadam impulſus, ne videlicet ipſe iurare cogatur, aut ſoluere.

Cæterum, contrariam ſententiam veriorem eſſe non dubito, quam Salicetus in d. l. generaliter, poſt Ioãnem & Azonem, eſt ſecutus. Probatur primò: quia eadem ratio eſt in referente, quæ in deferente, nam & ipſe eligit hanc viam ſponte, vt aduerſarii teſtimonio & iuramento cauſa decidatur, cùm liberum ipſi fuiſſet iurare, iudexque & teſtis in propria cauſa eſſe, quamobrem de ſe quæri, non de iudice debet. Secundò certum eſt, iuſiurandum hoc ſpeciem eſſe tranſactionis, & maiorem authoritatem habere, quàm res iudicata. l. 2. ff. de iureiur. Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduerſus tranſactionem ſupplicare. l. cauſas & lites. C. de tranſactio. Tertiò, iureiurando præſtito, nil aliud quæri debet, nec ſententia retractari prætextu periurij poteſt. l. 5. §. dato. ff. eodem titulo. l. 1. C. de rebus credit. & iureiuran. fruſtra ergo appellatur. Quartò, ſi iureiurando cauſa ſit inter partes tranſactione finita, illa retractari non poteſt, etiam ſub prætextu inſtrumenti de nouo reperti. l. admonendi in fin. ff. de iureiuran. ergo nec appellatione interpoſita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando ſcilicet ex teſtamento conſtat legatum non eſſe relictum, tunc enim detecto periurio, ſententia retractatur & repeti poteſt, quod ſolutum eſt. l. vlt. C. de rebus credit. & iureiur. Ratio eſt, quia tale iuramentum, vt dictum eſt, ſpeciem tranſactionis continet. De his autem, quæ ex teſtamento pendent, non aliter tranſactio valet, quàm inſpectis & cognitis verbis teſtamenti. l. de his. ff. de tranſactio. Ad argumentum in contrarium patet reſponſio ex præmiſſis, quia vt dictum eſt, eadem ferè ratio eſt in referente, quæ in deferente.

CAPVT XXIIII.

Vtrum procurator in cauſis criminalibus ad defendendum admittatur.

Alexander Imperator in l. 3. C. de accuſationibus, ſcribit in hæc verba: *Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi, legibus publicorum iudiciorum permittitur.* Sed contrarium docet Iuriſconſultus in l. penultima. §. ad crimen. ff. de public. iudic. *Ad crimen*, inquit, *iudicij publici perſequen-*

A *dum, fruſtra procurator interuenerit, multoq́ magis ad defendendum*, & in l. 1. ff. an per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. *Sin autem*, inquit, *non ſit pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per procuratorem agi non licet*, & in l. miles qui. §. ea quæ. ff. ad l. Iul. de adulteriis. *Ea, quæ inter reas adulterij recepta eſt, abſens defendi non poteſt.* Prima eſt ſolutio Accurſij, reos defendi poſſe per procuratores, quantum ad hoc, vt eorum abſentiam excuſare procuratores poſſint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere poſſint. Eiuſdem ſententiæ videri poteſt Iacobus Cuiacius libro quinto ſententiarum Pauli, titulo 16. Dum ait in textu l. ſeruum quoque. §. publicè. ff. de procurat. legendum eſſe: *Abſentiam excuſantem*, non autem, *Innocentiam excuſantem*. Neque enim innocentia excuſatione eget, & ad abſentiam tantum excuſandam procurator admittitur, non ad innocentiam oſtendendam.

Sed huic expoſitioni obſtat, quod ipſemet Cuiacius

B affert, lib. 20. Obſeru. cap. 20. *Quod ait*, inquit, *l. 3. C. de accuſatio. Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi. leges permittere publicorum iudiciorum, vulgò accipiunt de abſentia reorum tantum, vt poſſint redditis iuſtis cauſis defendi & excuſari, non etiam integra cauſa agi: quæ interpretatio coacta nimis eſt, & improbabilis. Nec enim, ſi de abſentia tantum excuſanda ſenſiſſet, abſolutè dixiſſet, defendi, quo verbo ſignificatur plena defenſio.* Sic ille.

Secunda eſt ſolutio Bartoli, in d. l. ſeruum quoque. §. publicè. Procuratorem admittendum eſſe ad innocentiam rei abſentis oſtendendam, ſed nõ ad totam cauſam peragendam. Eandem ſententiã probat Caſtrenſis ibid. Nec non Menoch. de arbitr. iud. quæſt. 80. nu. 98.

Sed obſtat huic interpretationi, quod text. in d. §. ad crimen dicit, *fruſtra procuratorem interuenire multò magis ad defendendum*, & idem dicit tex. in d. l. miles qui. §. ea quæ. Defenditur autem is, cuius innocentia demon-

C ſtratur.

Tertia eſt ſolutio Briſſonij lib. ſingul. de adulter. in verbo: Ne quis inter reos, circa finem: *Ad crimen publici iudicij perſequendum*, inquit, *fruſtra procuratorem interuenire, multoq́ magis ad defendendum, ciuilis conſtitutio eſt. Cui tamen refragari Alexandri reſcriptum creditur, quod ita eſt &c. Sed non omnia*, inquit, *capitalia crimina iudicij publici ſunt, igitur in priuatorum criminum cauſis defenſor rectè interuenit, in publicis iudiciorum criminibus, non rectè interuenit.*

Verùm obſtat huic ſententiæ tex. in dicta lege ſeruum quoque. §. publicè, vbi dicitur, in capitalibus iudicijs procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunque abſens damnari poteſt. Sed in publicis iudiciis capitalibus reus abſens damnari poteſt, ſicuti explicat Cuiacius lib. 20. Obſeru. c. 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obſtat ſecundò, quòd Imperator Alexander in d. l. 3. dicit, leges iudiciorum publi-

D corum permittere, vt reus per procuratorẽ defendi poſſit. Si enim leges publicorum iudiciorum id permittunt, ſequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego exiſtimarem has leges ſic conciliari poſſe, vt, quòd attinet ad dictã legẽ tertiam. C. de accuſatio. & ad l. ſeruum quoque. §. publicè. ff. de procuratoribus accipiendæ ſint illa de reis abſentibus, vt videlicet in cauſis capitalibus per procuratorem defendi poſſint, vbicunque damnari poſſunt. Quòd verò attinet ad tex. in lege penultima. §. ad crimen. ille intelligendus ſit de reo non abſente, ſed præſente, neque enim textus mentionem facit rei abſentis, ſed duntaxat dicit, fruſtra procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego ſic intelligo, ſcilicet ad defendendum eum, qui præſens eſt. Nã reus præſens auditorio adeſſe debet, nõ autẽ procuratorẽ mittere, ac ipſe ſe ſubtrahere, vt in l. 1. ff. an per aliũ cauſæ appella. reddi poſſint, ibi: *Sed etſi ea cauſa ſit*, &c.

Vide

Vnde statim subdit Iurisconsultus, sed excusationes absentium ex Senatusconsulto iudicibus allegantur, & si iustam rationem habent, sententia differtor. Nihil ergo aliud vult ille textus, nisi causas publicorum criminum agitari non posse per procuratores, siue agant, siue defendant, id, quod etiam docet Iurisconsultus in d. l. 1. ff. an per alium causæ appellationis reddi possint. Vtrum autem in specie reus absens defendi possit per procuratorem, non decidit ibi Iurisconsultus, sed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore in d. l. 3. & à Iurisconsulto, in d. §. publicè. quamobrem dictæ leges non sunt contrariæ, sed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula est ista. Causæ publicorum criminum per procuratorem agi non possunt, siue agant, siue defendant reum. Exceptio verò hæc. Reus tamen absens per procuratorem defendi potest, quoties damnari potest; quia publicè vtile est, absentes à quibuscunque defendi, vt in d. §. publicè.

B Quod verò attinet ad tex. in l. miles qui. §. ea quæ. ff. de adulterijs. Illa est præclara & vera solutio, quam affert Cuiacius libro 20. obseru. cap. 20. Quòd videlicet, in capitalibus criminibus reus absens defendi possit, vt in d. l. 3. C. de accusatio. Sed crimen adulterii non erat eo tempore capitale, sicuti optimè probat idem Cuiacius ad l. 8 ff. de transactio. & libro 20. Obseru. capite 28. & libro 21. capite 27. nec non Brissonius libro singul. de Adult. capite 2. & satis patet ex l. si quis viduam. ff. de quæstio.

Cæterùm Hermannus Vulteius Scholast. disceptatio. lib. singul. cap. 11. perpendit cōtra solutionem istam textum in d. l. seruum quoque. §. publicè. Primò, dum inquit: *Nam & in capitalibus Iudicijs defensio datur, &c.* Ergo inquit etiam in iudiciis nó capitalibus danda erit, quia illa dictio, *Et*, videtur ampliare & extendere. Secundò, dum inquit tex. *Vbicunque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem, audiri æquum est.*

Respondeo, ex illa dictione (*Et*) non rectè deduci illam consequentiam, quia hæc est sententia Iurisconsulti. Publicè vtile esse absentes defendi. Probatur hæc sententia à Iurisconsulto, nam & in capitalibus iudiciis inquit defensio datur.

Quòd autem in iudiciis non capitalibus defensio detur, nó infertur ex illis verbis. Quòd verò subdit textus: *Vbicunque ergo absens damnari potest, &c.* Non ita generaliter accipiendum est, sed de iudiciis capitalibus tantum, de quibus ibi est sermo. Reos enim capitalium criminum absentes per procuratorem defendi legibus publicorum iudiciorum est permissum. Reos autem criminum non capitalium defendi posse, nulla lege demonstrari potest, & contrarium indicat tex. in d. l. miles qui. §. ea quæ. ff. de adulteriis.

CAPVT XXV.

Vtrum absens defendi per procuratorem possit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna est constituta.

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna est imposita, defendi absentem reum per procuratorem non posse, censuit Angel. in leg. penult. §. ad crimen. ff. de publicis iudiciis. & eum secutus Menoch. de arbitr. iud. quæst. 80. num. 5. Fundamentum est in d. §. ad crimen, vbi generaliter est constitutum in publicis criminibus frustra procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed istis ego non assentior, quin potius contrariam sententiam amplector, quam secutus est Marian. Socin. in c. veniens. num. 48. de accusatio. Moueor imprimis authoritate. l. 2. ff. an per alium

A causæ appellationis reddi possint, in illis verbis: *Planè si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest & per procuratorem hoc agi.* Secundò moueor ex eo, quod habetur in l. iune conuenit. C. de accusation. ibi: *Licet in pecuniarijs causis per procuratores litem sustineant.* & l. 3. C. vbi Senatores, vel Clarissimi ibi: *Crimen quidem publicum, priuatumve, cui tamen non per procuratorem respondere liceat.* His enim verbis innuit reatus, aliqua esse publica crimina, in quibus procurator interuenire potest. Postremò moueor ex ratione, quòd vbi pœna est duntaxat peconiaria, cessat causa, propter quam per procuratorem agi non potest, sed ipse reus præsens auditorio adesse debet. Nam illa est causa, quia vbi agitur de pęna capitis, vel alia corporali, sententia iudicis reddi posset elusoria, nec executioni mandari posset: In procuratorem enim non esset executioni mandanda, quoniam ipse non deliquit, contra reum autem absentem, non facilè executioni mandaretur, quoniam in iudicis

B potestate non esset.

Respondent contrariæ sententię authores, argumenta ista locum sibi vendicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus specialiter est constitutum, vt procurator non interueniat. Sed, vt mihi videtur, tex. in d. §. ad crimen, quod vnicum est contrariæ sententiæ fundamentum, recipere hanc potius interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna est pecuniaria, quia in pœnis pecuniariis procuratorem admittendum esse constat, quàm è diuerso leges, quibus probatur, in pecuniariis pœnis causas agi posse per procuratorem, interpretari debeant, vt non procedant in publicis criminibus. Est enim magis cōgruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obscurum, quàm contrà.

CAPVT XXVI.

C *Quid statuendum sit in criminibus, quibus pœna relegationis est constituta.*

CAeterum in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, procuratorem admitti posse, ad reum absentem defendendū censuerunt Marian. Socin. in capit. veniens. colum. 21. vers. Decimò, quæro de accusatio. & alii, de quibus per Clarum. in §. fin. quęstio. 32. vers. Hinc est. & per Menoch. de arbitr. iud. quæstio. 80. numero 86. Horum argumenta hæc sunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non est imposita, secundùm communem Doctorum sententiam, procurator est admittendus, quasi cessare videatur illa ratio, quæ prohibet procuratorem admitti. Sed pœna relegationis non est corporalis, vt patet. Igitur, &c. Secundum, Vbicunque absens damnari potest, defendi etiam per procuratorem potest. l. seruum quoque. §. publicè. ff. de procuratoribus. Sed absens damnari pœna relegatio-

D nis potest. l. absentem. ff. de pęnis. Ergo & per procuratorem defendi poterit. Tertium argumentum sumitur ex l. 1. ff. an per alium causæ appellatio. reddi possint, in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere, sciendum est.* Illa dictio (*vsque*) stat exclusiuè, ita vt seorsus sit. In omnibus pęnalibus iudiciis procuratorē reiici, excepto iudicio, pro quo sola indicitur relegationis pęna. Quod si illa dictio staret inclusiuè, pęna relegationis enumeraretur inter pœnas capitales, atque ita æquipararetur pęnæ damnationis in metallum, quod falsum est.

Sed horum sententiæ ego non assentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert, & sequitur Rubeus Alexandrinus. in l. penult. §. ad crimen. numero 127. ff. de publ. iud. & Robertus Aurelianus lib. 2. sententiar. Iur. cap. 4. Moueor in primis authoritate. l. vlt. C. de iniuriis. vbi

specialiter

specialiter est constitutum, fauore personarum illustrium, vt in causa iniuriarum criminaliter mota, defendi per procuratorem possint, quo quidem in casu pœna est relegationis constituta, iuxta l. vlt. ff. eod. tit. ex hoc enim infertur, alios qui non sunt illustres, defendi non posse in tali causa.

Secundò moueor authoritate l. miles qui. §. ea quæ. ff. ad legem Iuliam de adult. vbi patet, in crimine adulterij, reum absentem defendi non posse per procuratorem, & tamen constat eo tempore, adulterij pœnam plerunque relegationis fuisse, sicuti declarat Cuiac. lib. 20. obseru. cap. 26. & lib. 28. cap. 27. nec non Brissonius lib. singul. de adult. cap. 2.

Tertiò moueor authoritate. l. 1. ff. an per alium causæ appellationis reddi possint. in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, &c.* Neque enim video, quomodo illa dictio, *Vsque*, stare possit exclusiuè, & non potius includat ipsam relegationem. Nam si relegationem non includeret, sequeretur Iurisconsultum illud velle, vt si pœna sit minor relegatione, procurator non admittatur; si verò imponatur pœna ipsa relegationis, velle vt admittatur, quòd certè absurdum esse videtur. Nec ex hac interpretatione sequitur, relegationis pœnam censeri capitalem, nam cùm Iurisconsultus dixisset, causas capitales agi non posse per procuratorem: ne quis existimaret causas non capitales, quibus tamen non pecuniaria pœna est constituta, sed relegationis, agi posse per procuratorem, statim subdit; *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi*, postea de pecuniaria causa agens, per procuratorem agi posse respondit. Hic videtur mihi verus & germanus sensus dictæ legis.

Ad argumenta in contrarium respondeo. Ad primũ. nego communem illam sententiam locum habere posse in pœna relegationis; sed locum habet duntaxat in pœnis pecuniarijs.

Ad secundum respondeo, tex. in d. §. publicè. accipiendum esse de causis capitalibus, sicuti dictum est in capite 24.

Ad tertium respondeo dictã l. primã, secundùm veram interpretationem, huic nostræ sententiæ, maximè fauere.

CAPVT XXVII.

Vtrum confessus se hominem occidisse ad sui defensionem, pœna homicidij condemnandus sit.

TRactant hanc quæstionem Panorm. in cap. audiuis. de præscript. circa fi. Decius ib cap. cum venerabilis. nu. 20. de exceptio. Socin. sen. in l. non vtique ff. de excep. Ant. Gabr. commu. concl. tit. de maleficijs. concl. 19. num. 7. & Franciscus Sarmient. lib. 1. Selectar. interpret. cap. 1. nu. 11. Et in summa, si probari non possit ea qualitas defensionis necessariæ, sunt qui dicunt, confessum esse capite plectendum, aliqui verò in minorem pœnam procliuiores sunt.

Huius posterioris, atque benignioris sententiæ fundamentum stat in eo, quòd capitalis sententiam, in quenquam ferri non potest, qui non sit plenè conuictus, vel confessus, ita enim Constantinus statuit, in l. qui sententiam. C. de pœnis. Sed hic non videtur plenè confessus homicidium, quia non purè & simpliciter confessus est: sed ea adiecta qualitate, quòd nimirum illud ad sui necessariam defensionem commiserit.

Prioris autem sententiæ seuerioris illud est argumentum, quòd homicidium, vtpote grauissimum crimen præsumitur esse dolo commissum: ac proinde, qui allegat ad sui excusationem, casu, & non animo occidendi illud perpetrasse, probare debet istud ipsum, quod est fundamentum suæ excusationis ac defensionis, vt

A in l. 1. C. ad legem Corneliam de Sicca. ibi: *Qui probauerit non occidendi animo hominem à se percussum esse, remissa homicidij pœna &c.* & in c. 1. de præsumpt. *Sicut noxius est*, inquit, *qui mittit lanceas & sagittas in mortem, ita vir, qui fraudulenter nocet amico suo, & cum fuerit deprehensus, dicit, ludens feci.* Idem probat tex. in l. si non conuicij. C. de iniurijs.

Opinor ipse vnà cum Alberico, & quidam alijs antiquis, quos in loco annotato commemorat Sarmientus, hanc quæstionem ea facti & personarum circumstantijs definiendam esse. Nam si is, qui hominem occidit, fuerit vir probus, non rixarum amans, sed qui cõsueuerit honestè viuere, & alterum non lædere, occisus verò contra, rixosus sit, nec vitæ admodum laudabilis, hoc in casu nunquam in capitis pœnam consentire possem. Cæterùm, si occidens contra esset vir malus, vitijs & malis artibus deditus, pœnæ capitali eum facilè adiudicarem. Si coniecturæ omnes cessarent, atque in obscuro
B res esset, nec vlla ea parte aliquod eluceret argumentũ necessariæ defensionis, priorem sententiam, licet magis seueram, amplectendam putarem, authoritate earum legum, quæ sunt allatæ. Nam si sola excusatio & allegatio necessariæ defensionis, absque vlla probatione sufficeret ad capitis pœnam euadendam, multi eam euaderent, non absque magno Reipub. detrimento. Pauci enim sunt homicidæ ac siccarij, qui non aliquam prætant excusationem suis facinoribus. Quare hominum malitijs ac sceleribus via obstruenda potiùs, quàm aperienda est.

CAPVT XXVIII.

Quid si non constet de corpore delicti, vt vocant, an confessus condemnandus sit?

C ET si non constet maleficium perpetratum esse, siue, vt Doctores nostri loquuntur, de corpore delicti non constet, confitentem nihilominus condemnandum esse respondit Alc. in cons. 19. lib. 7. & Ruyn. in cons. 80. lib. 4. quorum illud est argumentum, quòd leges non adhibita illa distinctione, an constet, vel non de corpore delicti, confitentem esse condemnandum, statuunt, vt in l. qui sententiam. C. de pœnis. in l. seruos. C. ad legem Iul. de vi. in l. si quis in hoc genus. C. de Episcop. & cler. in l. inter pœnas. ff. de interdict. & relegatis. Huc accedat, quòd si hoc priùs constare oporteret, sæpe accideret, vt delicta remanerent impunita, quòd non semper delicti vestigium remanere potest. Denique in l. inde Neratius. §. vlt. ff. ad legem Aquiliam. Ait Iurisconsultus: *Non esse damnandum eum, qui dicitur hominem occidisse, si paratus sit docere eum viuere*, vnde à contrario sensu, damnandus erit, si id non probauerit, & sic necesse non est probare delictum ipsum fuisse commis-
D sum, sed qui confitetur est puniendus, nisi probet contrarium, hoc est, non fuisse commissum.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ cõmunis est, vt patet ex Claro, in fin § q. 55. vers. Potest etiam, & in Mynsingero obseru. 18. cent. 5.

Probatur hæc sententia primùm, ex l. 1. §. diuus. ff. de quæst. ibi: *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* Secundò, ex l. 1. §. item illud. ff. ad Sylanianum, ibi: *Nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. Liquere igitur debet, scelere interemptum, vt Senatusconsulto locus sit.* Tertiò, ex l. inde Neratius. §. vlt. ff. ad legem Aquiliam, ibi: *Cæterùm occisum esse hominem quocunque oportet.* Quartò, ex l. 4. ff. de confessis. ibi: *Si tamen occisus sit homo, ex confessione sua tenetur.*

Ad primum argumentum respondeo, leges, quæ simpliciter dicunt, ex confessione quempiam esse damnandum,

nandum interpretandas esse ea alijs legibus, quibus dicitur, necesse esse, ut constet, hominem scelere interemptum esse, & sic delictum fuisse admissum.

Ad secundum respondeo, sententiam communem locum non habere in his criminibus, quæ post se vestigiũ non relinquunt, in quibus casibus, fama publica, querela partis offensæ, & quæuis alia coniectura sufficit, ut dicatur constare de corpore delicti.

Ad tertium respondeo, sumi non posse illud argumẽtum à contrario sensu, quia verba sequentia ei aperte refragantur, dum dicit: *Cæterum occisum esse hominem à quocunque oportet.*

CAPVT XXIX.

Vtrum ex præsumptionibus aliquis damnari possit in iudicijs criminalibus.

VTrum ex argumentis & præsumptionibus reus, qui neque confessus, neque conuictus est damnari possit, & quid de eo sit statuendum, non est eadem omnium sententia. Nam sunt qui putant, eum esse damnandum, non tamen ordinaria delicti pœna; Nec desunt, qui absoluendum putant: sunt & qui pœna ordinaria afficiendum esse docent. Vide Franciscum Sarmientum lib. 1. select. interpreta. cap. 1. & Menoch. de præsump. lib. 1. q. 79. nu. 19. & seq.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in nonnullis iuris canonici locis, quibus probatur, propter præsumptiones, ac suspiciones reum esse puniendum aliqua leuiori pœna, vt in c. accedens de accusation. in c. significasti. de adulterijs. in c. literas. §. penul. & in c. afferte. de præsump. in c. de hoc. de simonia, & in c. contumacia. de hæreticis, lib. 6.

Eorum autem qui absoluendum existimant fundamẽtum est in l. qui sententiam. C. de pœnis, in l. C. de probatio. & l. absentem, ff. de pœnis. Qui verò pœna ordinaria reum afficiendum docent, tribus potissimum iuris ciuilis legibus adducuntur, ex quibus probatur, ex præsumptionibus reum esse damnandum, non aliter ac si de ipso crimine plenè constaret. l. si qui adulterij. C. ad legem Iuliam de adulterijs, l. 1. C. ad legem Corneliam de sicarijs, l. si non conuitij, C. de iniurijs. Ego in ea sum sententia, ut ex indicijs & argumentis non condemnari reus aliqua pena, sed torqueri debeat. Quod si conditio personæ vel causæ id non patiatur, eum absoluendum esse nõ dubito. Moueor authoritate l. Milites, §. Oportet, C. de quæstionibus. *Oportet,* inquit tex. *Iudices nec in ijs criminibus, quæ publicorum iudiciorum sunt, ad inuestigationem veritatis, a tormentis initium sumere. sed argumentis primum verisimilibus, probabilibusq́, vt et si ijs, veluti certis indicijs ducti inuestiganda veritatis gratia ad tormenta putauerint esse veniendum, tunc id demum facere debebunt, si personarum conditio patietur.* Secundò moueor authoritate, l. vnius, §. reus, ff. eod. vbi Paulus: *Reus, inquit, euidentioribus argumentis oppressus, repeti in quæstionem potest, &c.* Non dicit condemnati debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animus, corpusque durauerit. Tertiò moueor ex l. absentem, ff. de pœnis, ubi expressum est, neminem ex suspicionibus damnandum esse.

Ad argumentum contrariæ sententiæ, quæ extraordinaria pœna coercendum docet, respondeo, canones ad id probandum allegatos, de personis Ecclesiasticis accipiendos esse, quæ si infamia laborarent, purgare se debent, aut certè suspendi ab officio, siue aliter puniri, ne videlicet, qui sacra Dei administrant, occasionem vllam scandali cæteris parant. Igitur, in consequentiam dicti canones trahendi non videntur ita generaliter ad omnes casus, præsertim cùm in causis & personis laicis, quibus est iam disputatio præcipua, iure ciuili sit constitutum, quæstionibus reum esse subijciendum.

Ad argumentum verò seuioris opinionis, quæ videlicet pœnam ordinariam hoc in casu indicit, respondeo, tres leges inductas, ad id probandum sufficientes non esse. Nam quòd attinet ad l. si qui adulterij. ibi ita specialiter constitutum est in odium eorum, qui cognationis velamento, celare adulterium studuerunt. Vnde ad alios omnes casus generaliter id producendum non videtur. Quòd verò attinet ad alias duas leges, illæ non probant ea præsumptionibus, quemquam esse damnandum, sed istud volunt, vbi constat crimen esse commissum, reum esse condemnandum, nisi ipse probauerit, quæ ad sui defensionem allegat, veluti se casu occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

CAPVT XXX.

Cùm quis allegat se occidisse ad sui defensionem, quomodo id probare debeat.

CVm quis allegat, se ad sui defensionem hominẽ occidisse, nonnulla esse videtur controuersia, quo modo testibus id probare possit. Nam sunt qui hoc exigunt, vt testes dicant, ad necessariam defensionem, hominem fuisse occisum. Et sunt, qui arbitrentur sufficere, si simpliciter testes dixerint, eum pugnam occidisse ad sui defensionem. Prioris sententiæ authores sunt Bald. in l. 1. C. de confess. col. 13. versic Item tu assessor. Roman. singul. 28. Fely. in c. significasti, col. 5. de homicidio. Vasquius controuers. illustr. cap. 18. nu. 6. Andr. Geyll. de pace publica lib. 1. cap. 16. nu. 3. & 4. Posterioris autẽ sententiæ authores sunt Bart. in consi. 110. Quidam Masiolus. Iaf. ad l. vt vim. nu. 3. & ibid. Dec. nume. 17. ff. de iustit. & iure. & alij quos refert & sequitur Clarus in §. homicidium. versi. sed quomodo probabunt.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. scientiam. §. qui cum aliter, ff. ad l. Aquiliam. *Qui cum aliter, inquit, tueri se non possunt, damni culpam dederunt, innoxij sunt.* Secundum est ex l. 2. C. ad l. Corneliam de sicarijs, ibi: *In dubio vitæ discrimine constitutus, &c.* Tertium ex Clement. 1. de homicidio, ibi: *Qui mortem aliter vitare non valens, suum occidit, vel mutilat inuasorem,* Quartum est ex c. 1. §. si quis hominem, de pace tenenda, ibi: *Si autem omnibus manifestum sit, quod non necessariò, sed voluntariè illum occiderit, &c.*

Posterioris autem sententiæ argumentum est ex l. ut vim, ff. de iust. & iure, ac similibus legibus, quibus dicitur, quòd quisque ob tutelam sui corporis fecerit, iure fecisse existimari, nec adiungitur illa qualitas necessariæ defensionis.

Mihi tantorum virorum pace, videtur hæc quæstio potius esse de nomine, quàm de re ipsa. Nam qui statuunt exprimendam esse qualitatem necessariæ defensionis, rectè & sapienter dicunt, ac statuunt. Etenim si quis se defendere possit, ac liberare ab omni vi illata, & nihilominus aggressorem occidere voluerit, non mihi videtur ad defensionem, vt loquuntur, sed ad vindictam hominem occidisse, ac moderamen inculpatæ tutelæ planè excessisse. Quare facilè adducor ad opinandum, idem & eos velle ac sentire, qui simpliciter loquuntur de defensione, nec addunt qualitatem illam necessitatis. Quòd si secus sentiant, homicidiumque impunitum esse velint ab eo, qui se id fecisse pro sui defensione allegat, eo in casu, quo se defendere potest, licet inuasorem non offendat, tunc priori sententiæ magis accedo, posteriori repudiata. Neque enim dubito, quin ea sit iurisconsultorum, ac legum intentio, vt tum demum excusetur is, qui occidit inuasorem, cùm id fecit ob tutelam sui corporis, cùm scilicet in dubio vitæ discrimine constitutus, aliter euadere non posset.

CAPVT

A

CAPVT XXI.

Virum pro defenſione rerum liceat inuaſorem occidere.

PRo defenſione rerum hominem occidere licere, ſcriptũ reliquerunt Accurſius in l. vt vim, in verbo *Nam iure*. ff. de iuſt. & iure. Bart. ibidem num. 6. Iaſon. numero 23. & alij communiter, teſte Decio. numero 31.

Primum argumentum eſt ex l. 1. C. vnde vi. ibi: *Ad defendendam poſſeſſionem, illatam vim propulſare licet.* Secundum ex l. 3. §. eum igitur. ff. de vi & vi arm. vbi, *ii, qui armis venit, poteſt armis quoque repelli*, & loquitur de vi illata rebus. Tertium ex l. 1. C. quando liceat ſine iudice ſe vind. quatenus ibi textus permittit depopulatores agrorum & lattones occidi.

Quartum ex l. 4. ff. ad l. Aquil. vbi ex ll. duodecim tabularum furem nocturnum deprehenſum occidere per B mittit.

Cæterum non licere pro rerum defenſione aliquem occidere, docent Io. de Anania in c. 2. de homicid. & Garzias Hiſpanus ad d. l. vt vim. ff. de iuſt. & iure. Quib. ſuffragari videtur, l. ſi ex plagis. §. 1. ff. ad l. Aquil. in illa verbis: *Sed ſi ab eo non prior vapulaſſet: ſed cùm ei lucernam eripere vellet, rixatus eſſet, tabernarij culpa factum videri.* Neque leges pro contraria ſententia allegatæ probant, pro ſola rerum defenſione, licere hominem occidere, ſed pro perſonæ defenſione. ita ipſi reſpondent.

Tertia eſt ſententia Felyni in c. 2. num. 4. verſic. ſed in quantum omnes concludunt, de homic. quem ſequitur Caret. de homicidio §. 6. nu. 20. iure canonico non licere pro ſola rerum defenſione quemquam interficere, quicquid iure ciuili conſtitutum ſit.

Huic ſententiæ ſuffragatur primò tex. in c. a. de homicidio, ibi: *Te tuaq; defendendo*, & ſic defenſio rei & perſonæ ſimul coniungitur. Secundo, tex. in c. Si perfodiens. C eod. tit. vbi fur occidi non poteſt, cum diſcernitur eũ ad furandum, & nõ ad occidendum veniſſe. Tertio, textus in c. ſuſcepimus. eod. tit. ibi: *Verum quoniam expediebat potius poſt tunicam relinquere pallium, & rerum ſuſtinere iacturam, quàm pro conſeruandis vilibus rebus & tranſitorijs tam acriter in alios exardeſcere*, &c.

Poſtrema eſt ſententia, licere hominem occidere pro defenſione rerum, quando aliter defendi non poſſunt ſine vitæ periculo. Ita Decius in d. l. vt vim num. 31. ff. de iuſt. & iu. Couartuu. in Clem. ſi furioſus, in 3. par. §. vnico, ſub nu. 6. verſi. ſecundo proponitur. de homicidio. & hæc ſententia videtur mihi veriſſima, arbitrorque fere omnes doctores idem ſenſiſſe, licet verbis ab ea diſcrepare videantur.

Probatur primò ex l. furem. ff. ad l. Cor. de ſicar. vbi Iuriſconſult. ait: *Furem nocturnum ita demum impunè occidi poſſe, ſi occiſor parcere illi, ſine ſuo periculo non potuit.*

Secundo ex l. ſi vt alleg. C. eod. tit. ibi: *Latrocinantem qui inferenda cædis voluntate præceſſerat, iure caſum videri.* Tertio ex l. 1. C. vnde vi, quatenus Imper. requirit D moderamen inculpatæ tutelæ; Tunc enim res defendit quis tali moderamine adhibito, cùm aliter eas tueri abſque periculo non poteſt.

Quarto ex c. 2. de homicid. ibi. *te tuaq; liberando, &c.* Poſtremò probatur ex cap. 3. eod. titu. & ex c. dilecto, de ſent. excom. lib. 6.

Huic ſententiæ non obſtat tex. in contrarium citatus in l. ſi ex plagis. §. 1. ff. ad l. Aquil. Quia ibi agebatur de defendenda lucerna, quæ res eſt vilis & modica, de qua non eſt hæc ſententia accipienda.

Ad tex. in c. ſuſcepimus, de homic. reſponderi poteſt, in ea ſpecie non fuiſſe adhibitum moderamen inculpatæ tutelæ, Nam fures ligati fuere, & metu, nè ſoluerentur, occiſi, quod propterea ſummus Pontifex ait fuiſſe contra manſuetudinem eccleſiaſticam.

CAPVT XXII.

Quæ ſit afficiendus pœna is, qui aggreſſorem occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ.

EVm, qui aggreſſorem occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, pœna ordinaria homicidij afficiendum cenſuerunt Salic. ad l. Gracchus, colum. penult. C. de adul. Bald. in l. 1. C. de emend. ſeru. Dec. in d. l. vt vim, num. 18. ff. de iuſt. & iure, cùm ſcilicet animus occidendi appareat in eo, qui moderamẽ exceſſit.

His adſtipulatur primum regula generalis textus in l. 1. §. Diuus, ff. de ſicariis, nempe eum qui occidendi animum habuerit, tãquam occiſorem puniendum, vt & in ijs qui eum telo C. eod. tit. Secundo, quia ſeruum occidẽs dolo malo, reus eſt homicidij, licet eum punire leuiter poſſit, & ſic exceſſus punitur ordinaria pœna. l. 1. C. de emenda. ſeruo. Et idem in magiſtro diſcipulum occidente ſtatutum eſt. l. ſed & ſi quemcunq;. §. ſi magiſter. ff. ad l. Aquil.

Sed contraria ſententia verior & communior eſt, nempe pœnam eſſe hoc in caſu leuiorem infligẽdam, ita poſt alios Tiraquellus de pœnis legum. Cauſa prima nu. 7. Couat. ad Clem. Si furioſus, de homicid. par. 3. §. vnico. num. 3. Menoc. de arbit. iud. caſu 278. Andr. Geyl. lib. 2. practicar. obſeruat. cap. 110. nu. 15.

Fundamentum huius ſententiæ eſt in eo, quòd iuſto dolore is mouetur ad occidendum, qui prouocatus ab aggreſſore eſt; Quamobrẽ ſi ſibi nõ obtẽperauerit, puniẽdus quidem eſt, ſed mitius: argumento l. ſi adulterium. §. imperatores. ff. de adult. ibi. *difficillimum eſt iuſtum dolorem temperare. & ideo pœna eſt mitiganda*, & l. 1. §. vlt ff. de ſiccarijs l. qui cum maiu §. ſi libertus. ff. de bonis libertor ibi. *Ignoſcendum eſt enim ei, ſi voluit ſe vlciſci prouocatus.* l. Gracchus. C. de adult. ibi. *Et nox & iuſtus dolor factum releuant.* Facit reg. l. quicquid calore, de reg. iur.

Ad primum argumentum reſpondeo, animum occidendi ſufficere vt locus ſit pœnę legis Corneliæ: ſed tamen id non procedit, vbi quis eſt prouocatus, & iuſto dolore motus ad occidendum: vt in l. 1. §. diuus, verſ. ſed & in eum ff. de ſicatijs.

Ad alterum argumentum reſpondeo, nec dominum, nec magiſtrum iuſto dolore & cauſa prouocatos ac motos videri, vt ſeruum ac diſcipulum occidere debeant, vnde meritò illis imputatur dolus, eoſque pęna capitis dignos reddit.

CAPVT XXIII.

Quid de reo ſtatuendum ſit, qui tormentis ſubiectus, negauit ſe maleficium commiſiſſe.

CVm reus vehementioribus indicijs & argumentis opprimitur, quæſtionibus ſubijci ſolet, ac debet. Verum aliquando accidit, vt crimen nullo modo fateatur, ſed conſtanter neget. Quamobrem in controuerſiam vocari ſolet, quid ſit eo in caſu decernendum? Et quatuor ſunt potiſſimum ſententiæ. Prima nihilominus condemnandum eſſe. Secunda abſoluendũ. Tertia mitiori pęna afficiendum, quam vocant extraordinariam. Quarta cauſam eſſe indeciſam relinquendam, reo tamen e carceribus liberato, fideiuſſore dato, de iudicio ſiſti, ſiue, vt noſtri loquuntur, de ſe præſentando. Vide Iulium Clarum in §. fi. q. 64. verſ. illata reo tortura. Anton. Gomeſ. variar. reſol. to. 3. cap. 13. nu. 28. Menoc. de præſump. lib. 1. quæſt 93.

Qui reum condemnandum eſſe exiſtimant, mouẽtur authoritate l. 1. §. quæſtioni. ff. de quæſt. vbi Iuriſcõſultus ait, *Quæſtioni ſemper fidem non eſſe adhibendam, quoniam*

res

A *ret eſt fragilis & periculoſa, & quæ veritatem fallit. Nam plerique patientia, ſiue duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt, vt exprimi ab eis veritas nullo modo poſſit.*

Qui verò abſoluendum putant, eo argumento vtuntur, quòd tormentis indicia purgari videantur. Nam tormentis, verberibus, & igne fatigari quod dicunt, veritas ipſa dicere videtur, vt dicebat glo. in l.edictum. in verbo. efficaciſſimas. ff. de quæſt.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt, quia cauſa cognita, fides adhibenda eſt quæſtioni, vt Iuriſconſultus docet in d.l.1.§.quæſtioni. Quare cùm vehementioribus argumentis reus vrgeatur, licet tormẽtis ſubiectus negauerit, videtur tamen afficiendus aliqua pœna, neque ſemper credendum quæſtioni.

Quartæ opinionis denique fundamentum eſt in l. ſi qui adulterij. C. ad l. Iul. de adulteriis. vbi patet, cauſam deciſam non fuiſſe; ſed ſuſpenſam, denuóque argumentis ac probationibus ſuperuenientibus reum condemnatum.

B Ego in re maximè dubia & controuerſa eorum ſententiam amplector, qui reum abſoluendum eſſe reſponderunt, rebus tamen ſic ſtantibus, vt pragmatici loquuntur. Moueor imprimis, quod tormentis reus non eſt ſubijciendus, niſi ad inueſtigandam veritatem, & eo duntaxat caſu, quo probabilibus argumentis, ac indicijs ſuſpectus eſt delati criminis: vt in l. milites. C. de quæſt. Si ergo tormentis ſubijciatur; & neget, nec veritas intelligi ac sciri poteſt, & ſolæ præſumptiones aduerſus eum exiſtunt. Nemo autem ex præſumptionibus eſt damnandus. l. abſentem. ff. de pœnis. Secundò moueor, quia tormenta dicuntur eſſe efficaciſſima ad eruendam veritatem. l.edictum. ff. de quæſtio. Hæc autem efficacia non aliundè procedere poteſt, quàm ex eo, quòd plerunque nocentes fateri veritatem ſoleant, innocentes verò negare, licet non neganerim ſecus aliquando accidere. Quod ergo plerunque fit, ſequendum eſſe videtur. Tertiò moueor ex l. quæſtionis modum. ff. de quæſt. vbi dicitur, reum eſſe ita torquendum, vt ſaluus eſſe poſſit, vel innocentia, vel ſupplicio. Quæ verba ſic accipienda videntur, vt videlicet ſaluus ſit ſupplicio, ſi criminis reus deprehendatur ex confeſſione. Si verò negauerit, tanquam innocens liberandus ſit.

C Ad argumentum prioris ſententiæ reſpondeo. Non ſemper quidem quæſtioni eſſe fidem adhibendam, ſed tamen plerunque adhibendam eſſe, tanquam efficaciſſimæ ad veritatem inueniendam. Nos verò loquimur de eo, quod regulariter eſt ſtatuendum; non autem de omni caſu particulari, in quo ſingulares circumſtantiæ aliud requirant. Quæ reſponſio valet etiam ad argumentum tertiæ opinionis, præterquam quòd conſequentia non eſt bona. Fides adhibenda eſt quæſtioni cauſa cognita, ergo reus eſt damnandus. Præſertim ſi ſequamur eorum ſententiam, quam & in cap. 29. ſupra firmauimus, neminem ex ſuſpicionibus & præſumptionibus damnandum eſſe.

D Ad argumentum poſtremæ opinionis, reſpondeo negando, cauſam indeciſam fuiſſe relictam, in ſpecie d.l. ſi qui adulterij: Textus enim dicit. Accuſatos obiecta crimina depoliſſe obtentu proximitatis, ex quo ſequitur, eoſdem abſolutos fuiſſe rebus ſic ſtantibus, quia iudex de qua re cognoſcit, pronunciare quoque cogendus eſt. l. de qua re. ff. de iudiciis. Vel ſi abſoluti non fuere, noua ſuperuenerunt indicia & argumenta, dum cauſa ipſa penderet. Denique vt maximè concedatur, in ea ſpecie ita fuiſſe obſeruatum, non tamen ſequitur, ita ſemper obſeruandum, cùm iuris regulæ aduerſentur.

CAPVT XXXIIII.

Vtrum iudex inquirere ex officio poſſit in delinquentes, & eos punire.

A ETſi conſuetudine receptum ſit, vt iudices ex officio in delinquentes inquirant, eoſque puniant, non tamen alienum erit inquirere, iurene an iniuria id faciant. Eſt enim hac de re admodum inſignis controuerſia. Nam id iure fieri non poſſe aliqui exiſtimant. Aliqui verò iure canonico id permiſſum fatentur, iure autem ciuili negant. Nonnulli id in certis caſibus concedunt. Alij iure id regulariter fieri contendunt. Vide glo. & doctores in l.reſcripto. §. ſi quis. ff. de muneribus & honorib. Bald. in c. 1. de off. ord. & ibi Imola. Decium in rub. de iud. nu. 7. Bart. in l. 2. § ſi publico. ff. de adult.

B Et in l. ſi maritus. §. ſi ante. ff. eod. tit. S. Thom. 2. 2. q. 67. art. 3. Nauar. ad Rub. de iud. nu. 79. & alios, qui criminales materias tractant.

Neganti ſententiæ adſtipulantur hæc argumenta. Primum ex d.l. reſcripto. §. ſi quis. ff. de muneib. & honorib. vbi, ſi quis accuſatorem non habeat, honoribus prohiberi non debet.

Secundum ex teſtimonio Dñi noſtri in Euangelio. *Mulier, ſi nemo te accuſat, nec ego te damnabo.* Tertium ex teſtimonio Ambroſii lib. 8. Epiſtolarũ ad Syagrium. *Si leges publicas interrogemus, accuſatorem exigunt.* Alia id genus loca refert Cuiacius lib. 1. obſeru. cap. 33.

Quartum eſt D. Thom. loco annotato. Homines ad iudicem confugiunt, ſicut ad iuſtitiam quandam animatam, vt docet Philo. 5. Ethic. Iuſtitia autem non eſt ad ſeipſum, ſed ad alterum, vnde oportet, vt iudex inter aliquos duos diiudicet, quod quidem fit, cùm vnus eſt actor, & alter reus.

C Poſtremum argumentum eſt, quia tàm lege naturali, quàm diuina præcipitur, ne quis inordinatè detrahat, ſiue infamet, vel ſit cauſa proxima detrahendi, ſeu infamandi alterum. Sed qui inquirit in alterius crimen, cauſa eſt vt reus, de quo inquiritur, infametur. Ergo non licet inquirere in aliorum delictis.

Qui verò putant iure ciuili permiſſam non eſſe inquiſitionem, ſed iure canonico, eo argumento adducuntur, quod nullus extet iuris ciuilis locus, quo talis inquiſitio permittatur, multa verò iuris canonici extent loca, quibus inquiſitio approbetur, vt in c. 1. de officio ordinarii, in c. 1. Qualiter & quando. de accuſationibus & inquiſitionibus, & per totum ferè illum titulum.

Ego verò, ne in referendis inanibus argumentis longum faciam, eorum ſententiam amplector, & veriorem eſſe iudico, qui legitima diffamatione præcedente, ac legitimis indiciis & argumentis, aſſeuerant, tàm iure ciuili, quàm iure canonico procedi per inquiſitionem poſſe.

D Huius ſententiæ authores habeo Salicetum in l. ea quidem. C. de accuſ. Alciat. in c. 1. nu. 12. de officio ordinarii Anton. Gomez. Reſol. tom. 3. cap. 1. tit. de delictis, nu. 49. verſ. Nono & ſimiliter, Nauarrum, & S. Tho. locis proximè annotatis.

Et quidem, quòd attinet ad ius canonicum, ita res certa & explorata eſt ex c. qualiter & quando, de accuſatio. & inquiſitio. & ex toto ferè illo tit. Vt nulla ſit prorſus difficultas.

Omnis ergo difficultas eſt quantum ad ius ciuile. Cæterum quantum ad ius ciuile attinet, permiſſam eſſe inquiſitionem, probo. Primum ex §. iubemus. in auth. de Collatorib. ſeu in Nouell. 128. tit. de publicis tributis, ſecundum Holoandri translationem. *Iubemus autem,* inquit Imperator, *vt omnes Magiſtratus tã militares, quã & Ciuiles per ſe requirãt eos, q latrocinia, aut violentias, rapinaſue rerum, aut mulierũ aut quæcunq; alia flagitia in prouincijs delinquũt, legitimaq; ipſis irrogẽt ſupplicia,*

Secundò

A Secundò id probo ex l. congruit. ff. de officio præsidis. *Congruit*, ait Vlpianus, *bono & graui præsidi curare, vt pacata, atque quieta sit prouincia, quam regit, quod non difficile obtinebit, si sollicitè agat, vt malis hominibus prouincia careat, eosq; conquirat. Nam & sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animaduertere.*

Tertiò id probo ex l. ea quidem. C. de accusat. vbi probatur, magistratibus licere apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & subinde in eos animaduertere, quos deliquisse compererint; etiam sine solemnibus accusationum. Idem probat text. in l. 1 C. de custodia & exhibitione reorum. dum ait: *In quacunque causa reo exhibito siue accusator existat, siue eum publicæ solicitudinis cura perduxerit, &c.* hi Nunciatores appellabantur, vt in l. ab accusatione. § Nunciatores. ff. ad Turpilianum. Item Irenarchæ, vt in l. diuus. ff. de custodia reorum, qui elogia scribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omnium delicto- B rum, quæ quis commiserat, annotationes, sicuti declarant Alciat. lib. 6 Paretg. capit. 19. Budæus in Annot. ad d. l. diuus. ff. de custodia reorum. & Cuiac. lib. 1 obseru. capit. 33. Ex quibus tamen notoriis, seu elogiis nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus esset noxius, vt habetur in d. l. diuus. Non tamen accusatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba text. *Sed quasi re integra quæratur, si quis erit, qui eos arguat.* Etenim accusatore opus non fuisse probat text. in d. l. ea quidem. C. de accusat. Itaque illorum verborum sensus est, veritatem esse indagandam, & diligenter quærendum, an delictum commiserint, quos apparitores huiusmodi denunciauerint, si videlicet ipsi nunciatores, vel quispiam alius eos deliquisse affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, nil obstare textum in d. §. si quis. quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicta & C delinquentes, sed de arcendo aliquem ab honoribus, vnde meritò respondetur arceri non posse, si nemo eum accusauerit alicuius criminis; Non tamen negat textus; si diffamatus esset de crimine, quin ex officio veritate conquisita puniri posset.

Ad secundum, concedo neminem damnari posse sine accusatore, sed infamia criminis patrati, & publica vox est loco accusatoris, vt dicebat S. Thomas loco annotato. Quæ responsio valet ad omnia reliqua argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquisitioni locus esse potest, neque punitioni, & omnia, quæ in argumentis continentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama subsistente, omnia euanescunt, sicuti idem S. Thomas præclarè docet loco citato.

CAPVT XXXV. D

Ad interpretationem Authen. bona damnatorum. C. de bonis proscriptorum & damnatorum. Controuersia vna.

Controuersia est inter doctores, vtrum bona damnatorum sicut reseruanda sunt ascendentibus & descendentibus, vsque ad tertium gradum, ita etiã reseruanda sint fratribus & cæteris ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum. Facit dubitationem, quod in Nouel. 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locum tenentibus, vel secundum veterem translationem, in auth. Vt nulli iudicum. §. vlt. his, inquam, in locis ex quibus Irnerius authenticam desumpsit, & Codici inseruit, nulla fratrum, & similium mentio habetur, licet habeatur expressa mentio in d. authentica Irnerij.

A Et quidem antiquorum interpretum communis est sententia, bona reseruanda esse fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vsque ad tertium gradum. Ita enim docent Bald. Cyn. & alij in d. auth. bona damnatorum, & Iulius Clarus alios commemorans in §. fin. q. 78. suffragatur huic sententiæ, qui in antiquis exemplaribus nonnulli testentur ea verba contineri, quæ de fratribus, & cæteris ex latere iunctis mentionem faciunt. Nec verisimile est Irnerium authoritate propria illa verba adiecisse. Huc accedat, quòd in Nouel. 17. §. oportet. Imperator docet, bona damnatorum toti cognationi esse reseruanda. Vnde cùm in hac nouella dicatur reseruanda esse ascendentibus & descendentibus vsque ad tertium gradum, meritò adiectum est reseruanda esse etiam ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum.

Cæterùm Franciscus Aretinus in l. eius, qui. §. si cui, num. 3. vers. sed quæritur. ff. de testam. contrarium docuit: & eius fundamentum est, quòd in nullo exem- B plari illa verba habeantur in nouella, ex qua sumpta est authentica. Et ad text. in d. §. oportet. Nouell. 17. respondet, id non probare, ad quod allegatur. *Hæc est intentio*, inquit, *illius textus, quod quando committitur delictum, quod sit dignum pœna corporali, non debeat iudex commutare pœnam corporalem in pecuniariam. Non loquitur de damnato pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius textus. Ait enim in principio. Bona esse conseruanda generi & legi, id est, generi vocato à legibus ad successionem. Sed damnati capitali crimine non erat successio secundum leges, quia bona afferebantur in fiscum. Ergo de tali damnato, non loquitur ille textus. In fine autem ait, iudicem non debere diminuere personam delinquentis, & bona auferre, prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter persona condemnatur, & in consequentiam bona auferuntur.* Hæc tenus Aretinus.

A cuius sententia longè discrepat Cuiacius, dum in C expositione nouellæ 12. docet, hunc esse sensum d. nouel. 17. Vt velit damnatorum bona seruari cognationi vniuersæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non est.

Cæterùm mihi hanc rem diligenter contemplanti, verissima esse videtur Francisci Aretini sententia ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipsius nouellæ verba, 17. § oportet; Tum dicam, quot incommoda sequantur ex communi interpretatione: Et demum quatenus sit conformis textui, aptaque & commoda Aretini sententia. Verba textus hæc sunt. *Oportet autem omnino & hanc te rei prouidentiam gerere, vt si quis pœna dignus esse videatur, ne sumpto de illo supplicio, bona eius attingat, sed ad progeniem eius, & legem legeq; introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, sed bonorum possessores delinquunt.*

Communis interpretatio tribus de causis est incommoda. Primùm, quia Imperator in nouell. 134. profi- D tetur, se eam constitutionem ordinasse, vt non solùm pœnæ corporales, verùm etiam pecuniariæ moderatiores fierent, deinde statuit bona damnatorum reseruanda esse descendentibus & ascendentibus vsque ad tertium gradum. Sed certè longè moderatiores erant & minores ex dicta nouell. 17. §. oportet. cùm per eam vniuersæ agnationi absolutè bona conseruentur. Secundò, inter vtramque nouellam manifesta est repugnantia, altera statuit vsque ad tertium gradum esse conseruanda, altera verò absolutè conseruanda esse vniuersæ cognationi. Tertiò, si hic est sensus nouell. 17. Altera nouell. 134. superuacanea erit in hac parte, nisi corrigat illam, quod dici nullo modo potest, nec vlla correctionis suppetit coniectura. Quartò, aut nouell. 134. est prior, & altera posterior, aut contra est. Si primum, certè in posteriori nouella, quæ absolutè docet, bona esse conseruanda vniuersæ cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori nouella, per quam reser-

uatio bonorum vltra tertium gradum non porrigebatur. Si contra eſt, certè Nouel. 134. quæ bonorum conſeruationem reſtringit ad teruum gradutum, mentionem facere debuit prioris nouell. 17. eamque corrigere, longe latiùs bona conſeruantem.

Porrò Aretini ſenſum ac interpretationem commodam, aptam, & textui conformem eſſe manifeſtè patet. Nam hoc vult Iuſtinianus, vt qui ob delictum perpetratum pœna eſt dignus, is corporali afficiatur, non autem pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam cõmutetur. Id patet ex verbis ſequentibus, quæ ſic habẽt. *Sed qui eum ordinem ſubuertunt*, (ſcilicet pœna pecuniaria delinquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimittunt, bonaq́; eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum fortè ſucceſſionem lex vocabat, in illorum locum obijciunt ſupplicio.* Itaque harum Nouellarum ſenſus eſt talis, vt ſi quidem pœna capitali delinquens afficiatur, quo caſu ſecundùm veteres leges bona fiſco applicabantur, illa de cætero non applicentur fiſco, ſed reſeruentur, ut dictum eſt. Iſtod vult nouell. 134. Si verò agatur de crimine nõ capitali, cui tamen pœna corporalis irroganda ſit, nõ debet is, qui deliquit, pœna corporali affici, & ſimul etiam pecuniaria, bonis ei ablans, & multò minus ordine peruerſo, loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona ſunt auferenda. Iſtud eſt quod uult Nouel. 17. in §. oportet.

CAPVT XXXVI.

Mandans hominem vulnerari, & proteſtans ne occidat, ſi mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur.

CVm quidam hominem vulnerandum mandaſſet, expreſſe prohibendo ne occideretur, mãdatarius vero tale vulnus inflixiſſet, ex quo mors ſecuta eſſet, ingens orta eſt diſputatio & controuerſia inter iuriſconſultos; num talis mandans pœna homicidii afficiendus eſſet. Nam nequaquam afficiendum eſſe homicidii pœna reſponderunt Antonius Roſſellus, Frãciſcus de Capitibus Liſtæ, & Angelus à Caſtro, Pauli Caſtrenſis filius, quorum omnium reſponſa ſunt edita à Bartholomæo Veronenſi, vt patet ex eius conſiliis criminalib. in conſi. 35. 36. & 37. Sequitur Dec. in conſ. 482. Sed cõtrarium reſpondit ipſe Bartholomæus Veronenſis in cõſil. 34. quem ſequitur alios commemorans Menoch. de arbitr. iud. caſu 352. nu. 2. Didacus autem Couar. in Clement. ſi furioſus, de homic. in 2. par. §. 1. nu. 3. priorẽ ſententiam probat, niſi percuſſio mandata oſtendat, uoluntatem mandantis in homicidium directè ferri.

Argumenta prioris ſententiæ ſunt illa. Primum, qui animum occidendi non habuit, pœna legis Corneliæ nõ tenetur l. 1. §. Diuus. ff. ad l. Corneliam de ſicar. ſed talis mandans animum occidendi non habuit, ergo non tenetur, &c. Secundum, ſi talis mandans homicidij pęna teneretur, id non aliam ob cauſam eſſet, niſi quia cogitare debuerat ex uulnere, quod infligendum mandauit, mortem ſequi potuiſſe, ſicuti docet text. in c. ult. de homicid. lib. 6. ſed hæc non eſt cauſa ſufficiens, ut pœna legis Corneliæ teneatur, ergo non tenetur. Quod non ſit cauſa ſufficiens, patet ex eo, quia talis mandans non eſt in dolo, ſed in culpa, quæ quidem culpa non ſufficit, ut pęnæ legis Corneliæ ſit locus. l. in l. Corn. ff. eod. tit.

Tertium argumentum ſumitur ex l. 3. §. ſed ex Senatuſconſulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur. Iuſſam fuiſſe relegari eam, quæ non quidem malo animo, ſed malo exemplo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo, ea quæ acceperat, deceſſit.

Argumenta uero poſterioris ſententiæ ſunt iſta. Primum, nihil intereſt an aliquis occidat hominem, uel mortis cauſam præbeat, lege, nihil intereſt. ff. de ſicar. A ſed talis mandans mortis cauſam præbuit, ergo, &c. Secundum eſt ex c. vlt. de homic. lib. 6. ubi S. Pont. ſtatuit mandantem aliquem vulnerari, irregularitatis pęnam incurrere, licet expreſſe prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum eſt ex l. ſi quis aliquid. §. qui abortionis. ff. de pœnis. vbi I. C. *Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etſi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res eſt, humiliores in metallum damnantur, honeſtiores in Inſulam amiſſa parte bonorũ relegantur. Quòd ſi eo mulier, aut homo perierit, ſummo ſupplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior ſententia longè æquior, & iuri magis conſentanea uidetur, quia negari non poteſt, quin occidendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim occiſionem prohibuit, mandaſſe intelligitur vulnus infligi leue, non lethale, non in capite, ſed in aliqua parte corporis, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad occidendum apto, ſed alio inſtrumento. Rem quidem peſſimi exempli mandauit exequendam, ſed quoniam iuxta B delicti menſuram, eſſe debet plagarum modus, talem mandatorem nequaquam pęna legis Corneliæ reum eſſe iudico.

Ad primum argumentum reſpondeo, nihil intereſſe, an quis occiderit, ſeu mortis cauſam præbuerit, cũ quis mortis cauſam præbuit directè, immediate, dolo malo; ſecus ſi ex culpa, uel indirectè, ut patet ex l. Cornel. ff. de ſicar. Sed in quæſt. noſtra mandans in culpa fuit, ergo.

Ad ſecundum reſpondeo, mandantem irregularem effici, quia ſola culpa ſufficit ad incurrendam irregularitatem, ut patet ex c. tua nos, & ex c. ſicut, de homic.

Ad tertium reſpondeo, ſpecialiter ita conſtitutum eſſe in eo crimine, quia peſſimi exempli eſt, non tamen legis Corneliæ pœna locum habet, ſicut declarat Iacob. Cuiac. lib. 5. ſententiar. Pauli, tit. 23. §. qui abortionis.

C

CAPVT XXXVII.

Qui hominem occidit, puta Titium, cùm alium, puta Sempronium, occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur?

QVi unum occidit per errorem, alium occidere nolens, utrum pęna legis Corneliæ teneatur, controuerſia eſt inter Doctores. Etenim non teneri docuerunt Angel. in l. ſi cũ ſeruo. ff. de iniurijs. Iaſ. in l. 1. nu. 18. ff. de legib. & alii quos refert & ſequitur Tiraqu. de pœnis legum temperandis, cauſa 14. nu. 4. Menoc. de arbitr. iud. caſu 324. num. 11. Horum fundamentum eſt in d. l. ſi cum ſeruo. vbi I. C. ita dicit: *Si cùm ſeruo meo pugnum dare vellem, in proximo te ſtantem inuitus percuſſerim, iniuriarum non teneor.* Huc accedat, quòd animus & propoſitum delinquentis maximè attenditur, cum de lege Cornelia agitur, l. diuus. ff. ad l. Corn. de ſi- D car. immo nec lata culpa ſufficit, l. in l. Corn. ff. eod. Sed hoc in caſu occiſor, reſpectu hominis occiſi, non eſt in dolo, ſed i culpa, nolebat enim eum occidere, ſed alium, ergo non tenetur pęna legis Corneliæ.

Cæterùm eiuſmodi occiſorem, haud quaquam euadere pęnam legis Corneliæ docuerunt Bart. ad l. reſpiciendum. §. delinquunt, in fi. ff. de pęnis. Bald. ad l. ſi quis nõ dicam rapere, colum. penult. C. de epiſcopis & clericis. Boſſius tit. de homicid. numero 73. Quorum fundamentum eſt in l. eum qui. §. ſi iniuria. ff. de iniurijs, ubi Iuriſconſultus ita dicit: *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui ſim ignotus, aut ſi quis putat me Lucium, Titium eſſe, cum ſim Caius Seius, præualet quod principale eſt, iniuriam eum mihi facere velle. Nam certus ſum ego, licet ille putet me alium eſſe, quàm ſim, & ideo iniuriarum habeo actionem.*

Atque hæc poſterior ſententia uidetur mihi probabilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licet non

occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur, ergo multò magis eadem pœna tenarur, qui cum telo ambulauerit hominis occidendi gratia, & simul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verum est prius, verum igitur & posterius. Probatur antecedens ex l. is qui cum telo. C. ad legem Corneliam de sicarijs. Consequens verò patet, quia posterius est maius delictum, quàm prius.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, legem illam loqui, cùm quis operam dabat rei licitæ, quia videlicet seruum suum leuiter percutere volebat, quod procul dubio est permissum. Quamobrem si alium per errorem percusserit, meritò iniuriarum non tenetur. Sed in quæstione nostra occisor dabat operam rei illicitæ, quia hominem interficere cupiebat, meritò si alium interfecerit, tenetur. Quòd verò dicitur eum in culpa fuisse, nihil obstat: quia licet in culpa fuerit respectu hominis occisi, fuit tamen in dolo eam ob causam, quòd alium occidere volebat; qui quidem animus B occidendi sufficit, vt pœnæ sit locus, vt in d.l. is qui cum telo. quæ quidem lex, etsi consuetudine abrogata esse videatur, vigere tamen hoc in casu debet, vbi homo occisus est, quanquam si duntaxat quis occidendi animo cũ telo ambulauerit, vt vigorem non habeat, longæua consuetudo effecerit.

CAPVT XXXVIII.

Restitutus à Principe, an recuperet fructus medio tempore perceptos.

SI is, cuius bona propter delictum confiscata sunt, a Principe restituatur, an recuperet fructus interea perceptos ex bonis suis a fisco, nonnulla est inter doctores controuersia. Etenim affirmantem sententiam secuti sunt Iaf. ad l. Gallus. §. & quid si tantum, nu. 67. ff. de liber. & posthum. Deci. ad l. in condemnatione, §. 1. ff. de reg. iur. & alij à Sfortia Oddo citati tract. de restit. in integr. parte 2. q. 99. artic. 14. Horum argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. de sententiam passis. dum ibi declarat Imperator, quid sit in integrũ restituere. *Vt autem scias*, inquit, *quid sit in integrum restituere, honoribus & ordini tuo & omnibus cæteris te restituo*. Secundum argumentum sumitur ex multis legibus, quibus declaratur restitutionis verbum etiam fructus comprehendere, vt in d. l. in condemnatione, §. 1. & in l. videamus. 38. §. infamia. ff. de vsuris. Tertium argumentum est ex l. vlt. C. de sententiam passis. *Tantum ad restitutionem*, inquit, textus, *indulgentia valet, quantum ad correctionem sententia valuit, vtq; deportationis ipsum per se nomen, rerum omnium spoliatio est, ita indulgentia, restitutionis bonorum ac dignitatis, vno nomine amissarum omnium fit recuperatio.* His verbis ita generalibus, etiam fructus contineri videntur.

D Cæterùm negantem sententiam amplexi fuere, Ang. in d. §. & quid si tantum, nu. 14. Alex. num. 21. Bald. ad l. vlt. C. de sententiam passis, & alij quos commemorat Sfortia Oddus loco superiùs annotato, quibus addi potest Andr. Geyll. lib. 2. de pace publica, cap. vlt. num. 18. Horum fundamentum est in Auth. idem de Nestorianis. C. de hæreticis, ibi. *Restituenda quidem, sed absque ratione fructuum & administrationis*. Et in eo, quòd bonæ fidei possessor fructus saltem consumptos non restituit l. certum. C. de rei vendicat. sed fiscus procul dubio est bonæ fidei possessor, quia delinquentis bona detinet ex iusta causa confiscationis; ergo fructus restituere non tenetur.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, licet enim restitutio eam vim habeat, vt omnia recuperẽtur, quæ amissa fuere, non tamen efficere potest, vt condemnatus interea nil amiserit. Itaque non retrotrahitur restitutio, quasi restitutus omnia bona, quæ habuit, nunquam amisisse intelligatur, sed operatur ex die, quo concessa est: vt scilicet condemnatus omnia, quæ amisit, recuperet, consequenter bona ipsa recuperat, non autem fructus interea perceptos, quia sic restitutio retrotraheretur, & condemnato prodesset ab initio, antequam eá esset concessa à Principe, quod nulla lege, nulla ratione probari potest.

Ad primum argumentum respondeo. Restitutione in integrum omnia bona & iura recuperari, & restitutum de cætero illa obtinere, sicut ante condemnationẽ, vt in d.l. 1. Sed non facit restitutio, vt fructus recuperentur, quia restitutio, vt dictum est, valet in futurum tempus, non in præteritum.

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui, quando restitutionis verbum in edicto prætoris, vel in sententia iudicis continetur: Et sic de restitutione agitur ex iustitia, non autem ex gratia & indulgentia Principis.

B Ad tertium. Concedo tantum restitutionem tribuere, quantum abstulit condemnatio, vt in d.l. vlt. Sed condemnatio bona abstulit, nõ autem fructus: fructus enim medio tempore percepti fuerunt, in consequentiam bonorum publicationis. Quare ad ipsa bona duntaxat, non etiam ad fructus trahenda est principis restitutio & gratia.

CAPVT XXXIX.

Vtrum restitutus recuperet hæreditatem alteri delatam.

REstitutum à Principe hæreditatem interim alteri delatam vindicare non posse. Authores sunt Bald. in l. Gallus. §. & quid si tantum. colum. pen. ff. de liber. & posthum. & Iaf. ibid. nu. 76. Anton. Gomes. C variar. resol. lib 3. cap. 13. nu. 36. Fundamentum ponunt in l. intercidit ff. de condit. & demonstrat. in illis verbis. *Non idem erit dicendum, si ea pœna in eum statuta fuerit, quæ irrogat seruitutem.* Sensus est, legatum intercidere, licet condemnatus in integrum restitui possit.

Cæterùm contrariam sententiam habuerunt, Cynus & Angelus, necnõ Aretinus, in d. §. & quid si tantum. Andr. Geyl. lib. 2. de pace publica, cap. vlt. nu. 18. Sfortia Oddus de restitut. in integr. parte 2. q. 99. art. 1. Atque isti fundamẽtum ponunt in l. 1. §. filio qui mortis. ff. ad Trebellian. in illis verbis. *Nisi fortè seruus pœnæ effectus, Principis beneficio sit restitutus.*

Alexander verò in comment. d. §. & quid si tantum, nu. 51. vtitur hac distinctione. Aut apprehensa fuit possessio bonorum ab eo, cui hæreditas est delata, & tunc, quia dominium in eum est translatum, restitutus nõ recuperat hæreditatem illam. Aut vero possessio non est apprehensa, & tunc recuperat.

D Mihi prima facie iam & olim, omnibus quoque consideratis visa est prior sententia probabilior: Tùm quia Principis restitutio alteri nocere non debet, argumento l. 2. §. si quis à Principe. ff. ne quid in loco publico. Tùm quia textus quo præcipuè nititur sententia contraria, in d. l. 1. §. filio qui mortis, de filio loquitur, qui tempore mortis matris ciuis Romanus erat, & consequenter hæreditatis eius capax: Et licet seruus pœnæ propter delictum fuerit effectus, ideoque eam capere non potuerit, meritò tamen est admittendus, si Principis indulgentia fuerit restitutus. Cæterum in quæstione nostra agitur de hæreditate delata non condemnato, sed alteri, neque enim condemnato deferri potest, sed proximiori, secundum edictum successorium, seu leges successionum ab intestato.

Verùm contrariam sententiam iam amplector, maturius re perspecta & discussa, nempe, talem restitutum admittendum esse ad hæreditatem. Etenim hac senten-

sententia clarè euincitur ex d §. filio qui mortis. Licet A enim agatur ibi de filio, qui mortua matre ciuis Romanus erat, is tamen antequam hæreditatem adiret, condemnatus fuit, & sic illam hæreditatem non habuit, & consequenter alteri hæreditas delata fuit, & tamen à Principe restitutus eam recuperat. Itaque quòd ciuis Romanus esset tempore mortis matris, nihil facit ad eam decisionem; neque enim impedit, quò minus hæreditas aliis delata fuerit, nec illi prodest, vt eam recuperet, sed causa recuperationis ex restitutione pendet. Moueor præterea ex l. sed si hac lege, §. liberos. ff. de in ius vocando, & ex l. vlt. C. de sententiam passis. Quibus ex legibus probatur, patrono in integrum restituto, edicti de in ius vocandu beneficium saluum esse. Item probatur, partem restitutum potestatem patriam recuperare. Ex his legibus argumentum sumitur non contemnendum; quia ex eis patet, restitutionem efficere, vt quis recuperet iura in alium translata ex legis dispositione. Hoc enim ius in filium translatum erat patre condem- B nato, vt sui iuris esset. Idem ergo & in proposita quæstione statuendum videtur, vt nimirum hæreditas recuperari possit. Ex quo cessat argumentum illud, quo dicebatur, Principis gratiam & indulgentiam alteri nocere non posse ex d. §. si quis à Principe; quia illa lex cum similibus locum habet, quoties alteri ius acquisitum est ex contractu, vel alia hominis dispositione, secus si ex dispositione legis, quia cum restituto lex concedat, omnia iura quæ prius condemnatus habuit, eidem in consequentiam concedere videtur, quæ aliis ex ipsius legis dispositione delata sunt, quasi ipsa lex quod dedit alteri, id restituto concedere videatur.

Quòd verò attinet ad l. intercidit. illa lex non obstat; quia loquitur de legato sub conditione facto, quod deficit moriente legatario ante conditionis euentum, & ad hoc sufficit legatarium seruum pœnæ effici. Itaque non absolutè probat restitutum nō recuperare iura in alium translata, sed eo casu duntaxat, quo sub conditione relictum fuit, & ante conditionem mors naturalis, vel ciuilis intercessit. Quod si legatum purum esset, vtrum legatarius seruus pœnæ effectus, & postea restitutus, legatum recuperaret nec ne, non deciditur in illo textu.

CAPVT XL.

Quis sit sensus l. properandum. §. sin autem ex gestis. C. de iudicijs.

S*In autem ex gestis apud se habitis, parte actoris minimè inuenta, possit inuenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, etiam absente actore, si eū meliorem causam habere prospexit, pro eo ferre sententiam non moretur, & præsentem reum absenti actori condemnare, expensis tantummodo litis, quas reus legitimè se expendisse iurauerit, condemnatione excipiendis, quia hanc pœ-* C *nam actori & meliorem causam habenti, propter solam absentiæ contumaciam imponimus*. Verba sunt l. properandum. § sin autem ex gestis. C. de iudiciis. De quorum sensu non est eadem omnium sententia. Accursius sequitur Ioannis antiquissimi glossatoris sententiam ita hanc explicantis. Actor petebat centum, & expendit decem. Reus verò expendit quinque. Sententia secundum actorem absentem fertur, & reus præsens in expensis condemnatur. Si actor absens non fuisset, expensarum nomine ad decem præstanda teneretur. Sed quoniam actor abfuit, deducit debent quinque, quę ipse reus expendit. hanc expositionem omnes ferè veteres secuti sunt, vt videre est ex Alexandro, Iasone & Corneo in comment. eius loci. Et ei tex. adstipulatur, eiusdem legis in § tunc autem alterutra, ubi Imper. statuit, siue alterutra parte litigatore præsente, siue vtraque causa fuerit decisa, semper victū victori condēnandū esse in expēsas.

Cæterùm Placentinus antiquus interpres aliam attulit expositionem; existimauit enim hoc in casu actorem, licet victor sit, condemnandum esse reo ad expensas. Et eandem sententiam habuisse mihi videtur Iacob. Cuiac. lib. 9. obseru. cap. 22. eidemque adstipulatur Nouel. 49. vbi loquens Imperator de appellationis causa, quam alter ex litigatoribus prosequitur altero absente, declarat absentem, & non prosequentem causam, omnino condemnandum esse ad expensas. Aut enim inquit, præsens litem obtinuit, & tunc absens ad expensas cundemnandus est, quia victus est; aut inferior discedit, & idē, quia victor, cūm absens fuerit, mulctandus est litis expēsa, in pœnam contumaciæ & absentiæ.

Hanc expositionem & ipse opinor verissimam esse, hoc argumento, quia scilicet quod in §. siue autem alterutra, dicitur, victum victori condemnandum esse ad expensas, locum habere non potest, quando victor est absens. Etenim rationi consentaneum non est, vt absens & contumax, qui alioquin non auditur, nisi refusis impensis. l. sancimus. C. eod. tit. expensas à præsente cōsequatur. Deinde, quia Imperator vult eum in pœnam contumaciæ obligatum esse ad expensas, quas reus præsens fecit, ergo implicat, & absurdum est dicere, reum præsentem condemnandum esse in expensas ipsi actori absenti. Denique ita hanc rem interpretatus est S. Pont. in c. calumniam. de pœnis. *Calumniam & audaciam*, inquit, *temerè litigantium condemnando in expensis, & alio multiplici remedio sanctio imperialis compescit. Quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur, præcipimus, vt de cætero in causis pecuniarijs, victus victori in expensis condemnetur. Nisi* (hoc facit ad rem nostram) *sententia pro absente feratur.*

Respondent aliqui, illa verba: *In expēsis condemnetur*, exponi debere, idest, in omnibus expensis, & sic exceptio quæ sequitur, *nisi sententia pro absente feratur*, priori sententiæ conueniat, quia cùm pro absente sententia C fertur, victus condemnatur in expensis, sed non in omnibus, quia fit deductio expensarum ab ipso reo factarum. Sed violenta nimis, ne dicam inepta hæc est interpretatio, quam idcirco retulisse, confutasse est. Nam S. Pontifex clarè loquitur, victum victori condemnandū esse in expensis, nisi pro absente sententia feratur, quia cum pro absente sententia fertur, non est in expensis cō demnandus, sed potius ipse absens, & victor condēnandus est. Itaq; ex condemnatione rei, deducendæ sunt expensæ, quas ipse fecit, hoc est, reus quidem est condemnandus, sed si verbi gratia condemnetur ad soluendum decem ab actore petita, vel ad aliam summam in actione comprehensam, ex hac condemnatione deduci oportet, quod reus expendit: ex quo patet, actorem ad expensas condemnari, quas reus fecit. Maneat igitur hæc expositio, quam & in Imperiali Camera receptam esse testatur Mynsingerus. Centur. 4. Obseru. 67.

D

CAPVT XLI.

De victo victori in expensis condemnando, controuersia aliquot.

C*Vm lex dicat, victum victori condemnandum esse* in expensas, nonnullæ sunt inter Doctores controuersiæ ex varijs factorum circumstantiis. Prima est. Quid statuendum sit, quando reus iustam habet causam litigandi, vsq; ad certum tempus, quo iudicium agitur, postmodum verò non habet, vtrū si pergat in lite, & succumbat, in omnibus expensis condēnandus sit, an verò in ijs duntaxat, quas actor fecit, posteaquā reus iustam litigandi causam habere desijt. Et quidem Dec. in l. qui in alterius. ff. de reg. iur. in oibus expensis condemnandum putat, ea ratione, quòd posteaquam cognouit

se malam causam habere perseuerauerit in lite. Nam ex A eo cõiectura sumi potest, eum fuisse litigaturum, quamuis ab initio intellexisset, se malam causam habere.

Cæterùm diuersam sententiam Barto. habuit, in l. si quis infitiatus. ff. depositi & in l. properandum. §. siue autem alterutra. C. de iudicijs, & ibid. Alex. & Ias. & insuper Cagnolus ad d. l. qui in alterius. nume. 22. Isti omnes docent, non in omnibus expensis reum esse condemnandum, sed in expensis duntaxat factis post illud tempus, quo desijt habere iustam causam litigandi. Quæ sententia videtur esse verissima. Nam si toto litis tempore, reus iustam litigandi causam habuit, inter omnes constat, ab omnibus expensis absoluendum esse. Ergo, si pro parte temporis iustam litigandi causam habuerit, pro ea parte absoluendus erit. Confirmatur hæc sententia ex d. l. si quis infitiatus. ff. depositi. Vbi, is apud quem res erat deposita, negauerit eum, qui depositum repetebat, dominum esse, vel procuratorem, aut hæredem eius, qui deposuit, nihil dolo malo fecit, ait Iurisconsultus. Sed si B postea cognouerit eum aut dominum esse, aut procuratorem, vel hæredem domini, tunc incipit dolo malo facere, inquit tex, si reddere non vult.

Non obstat id, quòd dicebatur, mali animi argumentum esse, quòd talis reus in lite perseuerauit, quoniam id negari non potest, sed non inde efficitur, eum à principio temerè litigasse. Quare debitas temeritatis pœnas luere debet, quatenus peccauit, non autem quatenus nõ peccauit, & iustam causam litigandi habuit, quia mulcta seu pœna, non debet esse maior culpa, seu delicto.

Altera est controuersia. Si quis in priore instantia fuerit victor, sed in causa appellationis victus, an sit in expensis condemnandus. Triplex est Doctorum sententia. Prima condemnandum esse, ita respondit Capella Tholosana, decis. 222. Cuius fundamentum est in regula generali, quæ habetur in dicto §. siue autem alterutra. Nempe victum victori in expensis esse condemnandum. C

Altera est sententia sic distinguens, aut is, qui in priore instantia victor fuit, in causa appellationis succubuit ex eisdem actis. Aut ex nouis probationibus, si quidem ex eisdem actis succubuit in expensis damnandus, quia prior sententia fuit iniusta, & sic temerè litigauit. Si verò ex nouis probationibus succubuit, nequaquam condẽnandus est, quia iustam habuit causam litigandi, propter sententiam priorem, quæ iusta fuit, licet à iudice appellationis reformata ex nouiter deductis. Ita docent Bart. & Ias. in d. §. siue autem alterutra. Imola in c. finem litibus. de dolo & contumacia, & alij quos commemorat And. Geyll. lib. 1. Obser. 152.

Tertia est sententia, totam hanc rem iudicis arbitrio esse committendam, qui ex varijs rerum & causarum circumstantijs facilè dignoscet, utrum victus iustam causam litigandi habuerit. Ita docet Bald. in l. generaliter. §. sed iuramento, C. de rebus credito. cuius sententiam Camera imperialis sequi solet, teste Andr. Geyll. loco D proximè citato. Ego plerunque vidi, vt & Geyll. ibidem ait, uictum in causa appellationis absolui ab expensis propter prioris sententiæ authoritatem, si tamen euidenter esset iniusta contra leges & sacras constitutiones lata, vel contra manifestum ius litigatoris, rectè prudenterque iudicem facturum existimo, si & sententiam talem reformauerit, & temerè litigantem expensarum condemnatione mulctauerit.

CAPVT XLII.

Victus victori in causis criminalibus sitne condemnandus in expensis.

DVplex est Doctorum sententia hac de re. Altera, esse condemnandum. Ita docuerunt Bartol. ad l. 1. ff. ad Turpi. Ias. ad l. properandum. §. siue autem alterutra. C. de iudicijs. Imola in c. finem litibus. de dolo & contumacia. Couar practicar. quæst. capit. 27. Andr. Geyll. lib. 1. obseru. 152. Hippolytus Riminal. in consi. 303. lib. 3.

Huius sententiæ argumenta hæc sunt. Primum sumitur ex dicto §. siue autem alterutra. Vbi generaliter est constitutum, victum victori condemnandum esse in expensis.

Secundum argumentum est ex l. 3. C. qui accusare non possunt, vbi dicitur. Eos, qui crimen publicum instituere properant, cogendos esse causam prosequi, vocandosque esse, vt veniant, si iudicio præsentes non fuerint. Quod si non adfuerint, *non solùm extra ordinem*, inquit textus, *æstimatione iudicis puniendi sunt, sed etiam sumptus, quos in eam rem, & circa ipsum iter ad litem vocati fecerunt, pendere cogentur.*

Tertium argumentum est ex l. patre & marito. ff. de quæst. & ex l. si postulauerit. §. si reus. ff. de adult. quibus legibus habetur, quæstionem habendam esse de seruo adulterij accusato, si accusator hoc desiderauerit. Cæterum, si reus absolutus fuerit, siue mortuus fuerit seruus, siue adhuc viuat, æstimari damnum oportere, & accusatorem ipsum æstimationem præstare.

Quartum argumentum sumitur ex l. vlt. C. de fructibus & litium impensis. Agit Imperator ibi de litigatore, priuilegium aliquod habente, quoad litis expensas, & ita dicit: *Per hanc legem decernimus, vt quicunq; huiusmodi priuilegio munitus est, vel postea talem prærogatiuã quolibet modo meruerit, sciat, & si quos ipse, vtpote obnoxios sibi pro quacunque criminali, vel ciuili causa constitutos, in accusationem deduxerit, hos nihilominus ijsdem priuilegijs vsuros.* Hactenus Imperator. Ex cuius verbis infertur etiam in causis criminalibus locum esse condemnationi expensarum, quia si locus non esset, frustrà de tali priuilegio ageretur quoad criminales causas.

Quintum & postremum argumentum est huiusmodi. Non debet hominum dolis & malitijs aditus aperiri. l. in fundo. ff. de rei vendic. Sed si victus accusator in causis criminalibus ad expensas non esset condemnandus, via malitijs aperiretur, atque occasio præberetur malis hominibus, alios iniustè accusandi, ergo, &c.

Altera est sententia, victum victori non esse damnandum in expensis, in causis criminalibus. Ita docuit olim Iacob. Butrigarius, teste Bartolo in l. 1. ff. ad Turpilianũ. Anton. Burr. in c. finem litibus. de dolo & contumacia. Alberic. ad l. athletas. §. calumniator. ff. de his qui notantur infamia. Et alii quos refert & sequitur Mynsingerus in consi. 59. Decade 6. Cuius sententiæ fundamentũ est, quòd in calumniatorem, qui scilicet scienter falsa crimina in alium intendit, pœna iure constituta sit, vt in l. 1. ff. ad Turpilian. & in l. vltima. C. de calumniator. & alibi. Quod verò in expensas condemnandus sit, nullo iure constitutum est.

Ego sanè hanc posteriorem sententiam probabiliorem esse existimo, & argumenta habeo satis, vt mihi videtur probabilia. Primum ex l. non ignoret. C. de fructibus & litium expensis: *Non ignoret, inquit textus, is, cuius ex interpellatione aliquis secundum datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod si culpa sua fuerit dilata cognitio, vel minimè actioni sua affuerit, vel delata non probauerit, pro calumnia quidem, pœnam luat legibus constitutam. Pro pecuniaria verò causa post sumptus, considerata quantitate postulatorum, vel medij itineris*

ueris internallo, condemnationem pro aestimatione Iudicis sustinebit.

Sumitur argumentum ex hoc loco, quatenus Imperator docet, accusatorem pro calumnia puniri, si delata non probauerit, non autem in expensis condemnari, & hoc in causis criminalibus. In pecuniarijs autem locum esse condemnationi expensarum.

Secundum argumentum sumo ex cap. calumniam, de poenis, ibi: *Praecipimus, vt de caetero in causis pecuniarijs, victus victori in expensis condemnetur.* Ex quibus verbis patet, summum Pontificem ita hanc rem interpretatum esse, vt expensarum condemnatio locum habeat in causis pecuniarijs tantum. Nam si & in causis criminalibus locum haberet, generaliter praecepisset, victum victori in expensis condemnandum.

Tertium argumentum illud est, quod nulla lege id constitutum est, vt criminalibus sit locum expensarum condemnationi. Et quidem calumniator punitur similitudine supplicij. l. vlt. C. de calumniator. Temere autem accusantem nullam poenam mereri, dicit Iurisconsultus in l. 1. vers. quarti potest. ff. ad Turpill. Quamobrem in nostra potestate situm non est, vt id cōstituamus, quod lex non dicit, nec constituit. l. illam C. de collat.

Ad primum argumentum contrariae sententiae respōdeo, tex. in d. §. hinc autem alterutra de causis ciuilibus loqui, non autem de criminalibus, & licet in principio legis de causis criminalibus mentio fiat, id tamen alio pertinet, nempe ad ostendendum, etiam in causis criminalibus certum esse tempus constitutum, intra quod expediri debeant.

Ad secundum respondeo, tex. in d. l. 3. C. qui accusare non possunt, de accusatore contumace loqui, quaestio vero nostra loquitur de accusatore victo.

Ad tertium respondeo, illas leges loqui de serui aestimatione in causa adulterij, in quasi absoluatur, accusator duplum pretij soluere domino tenetur. Sed hoc cum expensarum condemnatione nihil prorsus commune habet.

Ad quartum respōdeo, priuilegium, de quo in d. l. vlt. quantum ad causas criminales attinet, locum habere posse in accusatore cōtumace, vel vbi ciuiliter tractatur causa, & in qui sunt alij casus. Nam in accusatore victo, locum habere non potest, vt patet ex dictis.

Ad vltimum respondeo, alijs modis accusatores & calumniatores puniri debere, quam expensarum condemnatione, licet enim similitudo supplicij non sit in vsu, nihil tamen prohibet, quō minus pro aestimatione Iudicum, audacia calumniantium comprimi possit, & debeat. & his modis occurratur hominum malitijs & dolis.

CAPVT XLIII.

Vtrum Iudex necessariò de incidenti quaestione pronunciare nominatim debeat.

ANtiquus interpres Placentinus, vt Accursius refert in l. 2. C. de ordine cognitionum, existimauit iudicem necessario pronunciare debere de quaestione incidenti.

Primò quia de qua re iudex cognouit, pronunciare etiam debet l. de qua re ff. de iudicijs, sed de incidenti quaestione cognoscit, ergo, &c.

Secundò mouebatur ex l. intra utile. ff. de minoribus vbi Iurisconsultus refert, super aetate a iudice pronunciatum fuisse, de qua inciderat quaestio.

Tertio ex l. ff. de praeuaricator. ibi: *Vt non prius accusetur quam de prioris accusatoris praeuaricatione constiterit & pronunciatum fuerit.* Sic Iurisconsultus. Erat autem illa quaestio incidens in ea specie.

Caeterùm diuersam habuit sententiam Bulgarus, glossator antiquus. Primò ex l. 1. C. de ordine iudic. in illis verbis: *Pertinet enim ad officium iudicis, qui de haereditate cognoscit, vniuersam incidentem quaestionem, quae in iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de haereditate pronunciat.* Secundo ex l. 2. de ordine cognitio. in illis verbis. *Sed sufficit ei, qui libertate vincit ad victoriam de haereditate, secundum eum esse pronunciatum.*

Tertia est sententia Ioannis, similiter antiqui glossatoris. Ita ille distinguebat. Aut de incidenti quaestione loquimur, quae ante ceptum iudicium originem, & causam habet, vt si quaestio sit, an actor sit filius, an sit liber, & id genus. Et tunc iudex necessitatem pronunciandi non habet, vt probatur ex legibus allatis, pro sententia posteriore. Aut de incidenti quaestione agitur, quae non ante iudicium, sed post iudicium inchoatum, originem & causam habet, vt si quaestio sit, an iudex sit competens, an procurator mandatum habeat idoneum, & id genus, & tunc necessariò pronunciandū est, secundum leges pro sententia priore adductas. Si tamen quaestio criminalis incideret, cùm de ciuili causa agitur, vel e contra, tunc de vtraq; pronunciandum esse dicebat, & quidem prius de criminali quaest. ut in l. 3. & 4. C. de ordine iudic.

Hanc sententiam tertio loco relatam secuti sunt Bartol. Castr. Sicard. & alij in l. 1. C. de ordine iudicior. & Canonistae in capit. 1. de ordine cognition. excepto quod nonnihil diferepant circa declarationem, quae sit incidens, & quae sit emergens quaestio. Qua de re videndus est Menoch. de arbitr. iudic. quaest. 45. illud Bartoli monet, super incidenti pronunciandum esse, cum de exceptione agitur opposita ad impediendum processum iudicij. Castrensis vero monet de quaestione emergenti iudicem quidem pronunciare debere, sed sufficere si tacitè pronunciet, nisi quaestio vertatur, an sit iudex competens, nec ne, quia tunc expresse pronunciare debet. Haec ferè sunt ab alijs tradita, vt videre licet ex Ioanne Baptista A'Asinio, in praxi iudiciaria. §. 18. c. 2.

Ego vero sequentibus conclusionibus vniuersam hāc disputationem, facilius explicari posse censeo.

Prima conclusio. Cum de incidenti quaestione agitur quae ipsius causae merita respicit, vt si quaeratur, num aliquis sit filius, vel liber, in eum finem, vt haereditatē consequatur vel non consequi possit, nunc necesse non esse iudicē de tali quaestione incidenti pronunciare. Verùm sufficit si de principali causa pronūciauerit. Probatur ex l. 1. C. de ordine iudic. ex l. 2. C. de ordine cognitio. & ex cap. 1. eod. tit.

Secunda conclusio. Cum de incidenti quaestione agitur, cauśę quidem merita respiciente, sed tamen quae ad impediendum causae processum obijcitur de illa iudicē pronunciare oportet, priusquam de causa principali pronunciet, probatur ex l. intra vtile, ff. de minor. & ex l. 3. ff. de praeuaricator.

Tertia cōclusio. Quoties agitur de quaestione incidenti, quam Doctores nostri emergentem appellant, vt an dilatio sit concedenda? an procurator sit idoneus? an libellus sit ineptus? & similia, quae causae merita non respiciunt, iudicem pronunciare oportet, vt in l. 2. C. de dilationib. & in l. liberis. §. vlt. ff. de liberali causa. ibi. *Quod si pronunciatum fuerit eo tempore, &c.*

Quarta conclusio. Licet necesse sit de tali emergenti quaestione pronunciare, sufficit tamen si iudex tacite pronunciet, ad vlteriora scilicet procedendo, exceptione non obstante. Argumento textus, in cap. ex parte 67. de appellatio. ibi: *Sed quia dicti iudices hac exceptione neglecta, &c.* Nisi agatur de illa quaestione an iudex sit competens? tunc enim expressè pronunciare debet, ut videatur esse certus de sua iurisdictione. Argumēto, l. 2. §. Sed si dubitetur. & l. Si quis ex aliena. ff. de iudic. js. Sed mihi magis probatur Innocentij sententia in cap. 1. de dilatio. videlicet etiam hoc in casu sufficere tacitam pronunciationem, vt si mandet ad vlteriora procedi. Et ita sepissimè obseruatum vidi, statimque iudex certum se-

A rum se esse de sua iurisdictione, ita pronunciando, significat. Neque contrarium docent leges allegatæ, etsi id dicant, iudicem æstimare debere, an sua sit iurisdictio, si de illa dubitetur, quia, dum ita iudex pronunciat, in consequētiam pronunciat, se competētem iudicem esse.

Postrema conclusio. Vbi criminalis quæstio coincidit cum ciuili, aut contra: ciuilis cum criminali, de ea est pronunciandum, prius tamen de criminali, l.3.& 4.C. de ordin.iudicio.

CAPVT XLIIII.

Vtrum iudex secularis de causa spirituali & Ecclesiastica, quoad ea, quæ consistunt in facto, cognoscere, & iudicare possit.

INter omnes conuenit, iudicem secularem de causa spirituali quamuis quæstio sit incidens, vel emergēs, B cognoscere & pronunciare nō posse, ita enim S. Pontifex docuit, in ca. tuam, de ordine cognit. in cap. lator. & in c. causa. Qui filij sint legitimi, & alibi. Sed vtrum saltem cognoscere possit de ipso facto, ut puta, an matrimonium fuerit contractum? an ita contractus fuerit celebratus? & similia, non est eadem omnium sententia. Etenim id licere iudici seculari affirmant Bart. ad l. quoties. C. de iud. & ad l. Titia. ff. soluto matr. & ibi et Alex. Couar. qui alios commemorat in Epitome de sponsalib. parte 2. cap. 8. §. 12. nu. 3. & Senatus Pedemōt. decis. 137. nu. 11. fundamentum est, quia talis causa merè est profana, neque ullo modo spiritualis & Ecclesiastica. Vnde nihil proponitur, cur ea cognosci, ac definiri non possit a iudice seculari.

Cæterùm contrariam sentētiam secuti fuere Bald. ad d.l. quoties, & ad l. omni nouatione, C. de sacrosanctis ecclesijs. Imola in d.l. Titia. ff. soluto matr. & in c. cum C sit generale. de foro competenti. Lapis allegatio. 55. reuerende Domine. Quibus Doctorib. & ipse adstipulor, quoniam hæc quæstio, licet in facto consistat, tamen est de re spirituali & Ecclesiastica, de qua iudex laicus cognoscere nullo modo potest.

Confirmatur hæc sententia ex cap. si iudex laicus, de sententia excommunicationis lib. 6. vbi deciditur, quæstionem illam, an aliquis sit Clericus: (quæ tamen videtur esse quæstio facti) à iudice Ecclesiastico examinandam & definiendam esse. Denique si Iudex laicus de quæstione facti cognosceret, de quæstione autem iuris iudex Ecclesiasticus, nihil esset aliud, quam causæ vnius continentiam diuidere, contra l. nulli. C. de iud. & diuersis processibus intricare negotium, ut in simili casu dicebat S. Pont. in c. tuam. de ordine cognit.

Ad argumentum respondeo, negando quæstionē facti merè profanam esse, deinde dato quod profana esset, cùm attingat rem spiritualem, & circa eam versetur, ac de ea sit cognoscendum in ordine ad causam spirituale, D tota hæc res videtur mihi à iudice Ecclesiastico decidenda.

CAPVT XLV.

Vtrum iudex delegatus alium subdelegare possit, si eam habeat a delegante potestatem.

IVdicem delegatum, cui substituendi alium, siue vt Doctores loquuntur, subdelegandi potestas a delegante concessa est, posse alium substituere, atque subdelegare, docuerunt Bart. Alberic. Fulgos. Alex. Zasius, & alij multi in l. more. ff. de iurisdict. om. iud. Ias. in l. a iudice, num. 9. C. de iudicijs.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. unum ex familia. §. si Falcidia. ff. de legatis. 2. ubi dicitur, electum A ab hærede ex potestate a testatore data, videri electum ab ipso testatore, ergo, & in proposita quæstione is, qui à delegato substituitur, videtur ab ipso delegante substitutus.

Secundum argumentum est ex l. non distinguemus. §. quæsitum, ff. de arbitris. vbi dicitur, arbitrum electum a partibus, non posse controuersiam in alterius arbitriū conferre, si tamen talis à partibus potestas ei data fuerit, posse.

Tertium sumitur ex l. cum esset. §. vlt. ff. de seru. rust. præd. dum ibi dicitur, eum, qui seruitutem aquæ ductus habet, alteri non posse eam seruitutem cedere, nisi data sit a domino potestas.

Quartū sumitur ex l. solet. ff. de officio eius cui mandata est iurisdict. & alijs similibus locis, quibus dicitur, delegatum fungi vice delegantis, si enim vice delegantis fungitur, ergo subdelegare potest.

Quintum & postremum argumentum est huiusmo- B di. quæ iure magistratus competunt, delegari possunt, l. 1. ff. de officio eius cui mandata est iurisdict. sed delegandi potestas iure magistratus competit. l. imperium. ff. de iurisd. om. iud. ergo alteri mandari potest, si mandari potest, igitur delegatus talem habens potestatem subdelegare poterit.

Cæterum cōtrariam sententiam secuti fuere Petr. & Cyn. in d.l. more Specul. in tit. de iudice delegato. §. 2. vers. sed nunquid subdelegatus. Io. Imolen. in cap. super quæstionem. §. porrò, nu. 7. de officio delegati. Et hanc sententiam veriorem esse dicit Alex. in d.l. a iudice. C. de iudicijs.

Argumenta sunt ista. Primum est ex d.l. a iudice, & similibus, quibus dicitur, a iudice iudicem datum, iudicem dare non posse, nisi à Principe iudex datus fuerit, & sic specialiter constitutum est, vt delegatus duntaxat Principis, alium subdelegare possit.

Secundum argumentum, iudex incertus dari non po- C test. c. ad hæc, de rescript. ergo delegato iudici subdelegandi potestas dari non potest, quoniam si dari posset, iudex incertus daretur.

Tertium argumentum. Delegandi potestas maiorib. duntaxat magistratibus concessa est. l. cū prætor. ff. de iudicijs, ergo non potest alteri cōcedi. Videretur autem concedi posse, si diceremus delegatum subdelegare posse ex potestate sibi concessa.

Tertia est sententia Angeli in d.l. more, ita distinguētis, vt siquidem potestas subdelegandi fuerit simpliciter concessa, tunc delegatus subdelegare non possit, secundum sententiam posteriorem, secus autem si delegato ea potestas data fuerit, vt nomine ipsius delegantis subdelegare possit, quia tūc subdelegare poterit, iuxta priorem sententiam.

Quarta & postrema est sententia Decij in commen. d.l. more. nu. 42. aliter distinguentis. Vt si potestas subdelegandi data fuerit certa persona nominata, tunc li- D ceat delegato, eam personam substituere & subdelegare, secus autem si generaliter potestas data fuerit subdelegandi. Pro qua distinctione argumentum sumit ex ca. si cui nulla. de Præben. lib. 6.

Mihi eorum sententia probabilior videtur, qui delegatum negat subdelegare posse. Et moueor eo argumento, quod supra tertio loco pro hac sententia relatum est, quodque planius & plenius deduci potest in hunc modum. Quæcunque specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum certis tribuuntur Magistratibus, ea in alios transferri non possunt ab ipsis Magistratibus, l. 1. ff. de officio eius cui mandata est iurisd. sed potestas iudicem dandi, siue vt Doctores loquuntur, delegandi, ac subdelegandi, certis Magistratibus concessa est specialiter lege, vel Senatusconsulto, uel Constitutione Principum, ergo non potest talis Magistratus eam potestatem in alios transferre. Quod si verum est, sequitur delegantem concedere non posse delegato, talem

lem subdelegandi potestatem, & per consequens ipsum delegatum, subdelegare non posse, licet talem habuerit potestatem.

Minor propositio probatur ex l. cum prætor. ff. de iudicijs in illis verbis: *Iudicem dare possunt, quibus hoc lege, vel constitutione, vel Senatusconsulto conceditur*. Ergo potestas dandi iudicem in alium transferri non potest l. 1. ff. de off. eius, &c.

Ad primum argumentum respondeo, id tantum probare, scilicet subdelegatum ab ipso delegante datum videri: Sed obstat huic rei, quod delegans eam potestatem delegato conferre non potuit.

Ad secundum respondeo, illud in arbitris procedere, eam specialem ob causam, quòd vniuersa arbitrorum potestas pendet ex compromisso, & ex potestate à partibus ipsis arbitris data, l. non distinguemus. §. de officio, ff. de recep. arb.

Ad tertium respondeo. Illud in priuatis iuribus, & negotiis locum habere, quorum dominus est moderator & arbiter, secus in iudiciis & magistratibus est dicendũ, quia iura magistratuum & iudiciorum ex legum forma sunt metienda, atque censenda, non cuiusuis arbitrio.

Ad quartum respondeo, nego consequentiam. Etsi enim delegatus fungitur vice delegantis, non tamẽ omnia potest expedire ac facere, quæ potest delegans, quia nec ipse delegans potest talem delegato tribuere facultatem.

Ad vltimum respondeo. Negando iudicis dandi potestatem, iure magistratus competere; quoniam ius tantũ competit, quibus à lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione conceditur, vt in d. l. prætor, ff. de iudiciis. Nec contrarium docet l. imperium. ff. de iurisd. om. iud. quoniam id tantum docet, iurisdictionem esse etiam iudicis dandi licentiam, sed non dicit, eam licentiam competere omnibus magistratibus iurisdictionem habentibus.

CAPVT XLVI.

An delegatus vnum saltem ipsius causæ articulum subdelegare possit?

SED & illud controuertitur: an delegatus possit vnũ saltem ipsius causæ articulum subdelegare? & posse respondit Batt. in l. more. ff. de iurisd. omn. iud. authoritate textus in Clemen. 1. de off. deleg. quę tamen nihil facit, cùm de Principis delegato loquatur. Quamobrem communior & verior est sententia talem delegatum non posse vnum articulum causæ subdelegare. Ita docent Alexand. Iason & alii in l. a iudice. C. de iudiciis. & probatur satis luculenter ex l. a iudice. C. de iudiciis, dum ibi generaliter habetur, iudicem datum, alium iudicem dare non posse. Item probatur ea ratione, quòd delegatus nihil proprium habet, sed delegantis iurisdictione vtitur. l. 1. §. qui mandatum, ff. de officio eius, &c. Quare ad instar vsuarii suum ius in alium transferre non potest, nec in totum, nec in partem.

CAPVT XLVII.

Vtrum delegatus Principis causas meri Imperij subdelegare possit?

NON desunt qui existiment, Principis delegatum causas meri imperij subdelegare posse, quibus tamen alii non pauci aduersantur, vt videre licet ex Iacobo Menochio de arbitr. iud. q. 54.

Affirmantis sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. qui pro sua iurisdictione, &c. in illis verbis: *Hac tenus, nisi iudices à nobis specialiter delegantibus datis, alijs causas delegauerint iudicandas. Nam his delegantibus nullo personarum, causarumue habito tractatu appellationum ad eos iura remeabunt.*

A

Secundum argumentum. Causæ meri Imperij cùm alicui delegantur à Principe, videntur esse iam delegabiles effectæ, vt dicitur de re semel alienata, quòd sit alienabilis effecta, vt loquuntur nostri, in l. pater. §. quindecim, de leg. 3. ergo delegati possunt.

Tertium argumentum. Delegatus Principis est maior ordinario. c. pastoralis. de officio deleg. Ergo vt aliqd plus iuris, quàm ordinarius habeat, delegare huiusmodi causas poterit, licet ordinarius non possit.

Quartum & postremum, subrogatum sortitur naturam eius, in cuius locum subrogatur. l. si cum. § qui iniuriarum. ff. si quis cautio. ergo delegatus principis, videtur esse loco Principis, & consequenter delegare posse tales causas, sicuti princeps potest.

Istis nil morantibus contraria sententia mihi magis probatur. Primo authoritate l. 1. ff. de officio eius cui mã
B data est iurisdict. ibi. *Et ideo videntur errare Magistratus &c.* Patet enim ex illa lege, quæcunque specialiter, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione Principum demandantur, sicuti sunt causæ meri Imperij, non posse alijs demandari. Secundo ex regula generali. Nemo potest gladii potestatem sibi concessam ac demandatam alii demandare. l. solet. ff. de officio Procons. l. nemo potest gladii. de reg. iur.

Ad primum argumentum respondeo, non eum esse sensum dictæ l. 1. vt delegatus principis possit nullo adhibito discrimine causas omnes aliis demandare, sed sensus est, neminem posse alienæ iurisdictionis causam delegare, sed ita demum delegationes valere, si ad iurisdictionem pertineant delegantis. Cæterum si iudices ab Imperatore specialiter dati aliis causas delegauerint, nõ esse tractandam, an causæ pertineant ad iurisdictionem delegantis: quia omnes causæ possunt ab Imperatore delegari, cùm in omnes iurisdictionem habeat. Et conse-
C quẽter iudices delegati ab Imperatore, si aliis causas delegauerint, nõ est dubitandum quin delegare potuerint, cùm Imperatorem ipsum repræsentent, & ab eo delegati fuerint, is verò in vniuersos iurisdictionem & imperium habeat.

Ad secundum respondeo, longe alienum esse à quæstione nostra id, quod habetur in d. §. quindecim, nec ita licere ex *Boccardicis*, vt vocant, argumentari, sed quęstionem longe diuersam.

Ad tertium nego consequentiam, quia argumentum, a minori ad maius, valet ad negandum, non ad affirmãdum, hoc modo. Non licet hoc facere illi qui est maior, ergo neque illi, qui est minor, non autem ita, id non potest facere is, qui minor est, ergo facere poterit is, qui maior est. Fieri enim potest, vt neque maiori, neque minori data sit ea potestas.

Ad postremum respondeo. Delegatum principis fungi vice delegantis, & loco principis haberi quoad cognitionem causæ demandatæ; sed præterea nihil proprij iuris habere; ideo nec delegare potest, præsertim legibus id
D vetantibus, vt iam dictum est.

CAPVT XLVIII.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. vnica. C. de sententijs quæ pro eo quod interest, nempe id, quod interest, dupli quantitatem excedere non posse.

QVum Iustinianus dicat in l. vnica. C. de sentẽtiis quæ pro eo, quod interest, proferuntur. Id, quod interest, excedere non posse dupli quantitatem, controuersia est inter Doctores, quomodo id accipiendum sit. Et quidem Placentinus dicebat, sic accipiendum esse, vt non excedat duplum precij cõuẽti.

Bul-

Bulgarus autem, vt non excedat duplum precij communis. Accursius; *Nec vnum, nec aliud*, inquit, *sed quod plus est*, hoc est, si commune precium rei in contractum deductæ sit maius precio conuento, id duplandum est, si vero precium conuentum maius sit precio communi, illud duplari debet. Accursium sequi videtur Bartolus, sed Placentini sententia verior & communior est; secuti eã sunt Alciatus, Cagnolus, Rebuffus, Decius & Cuiacius in comment. d. l. vnica. A

Itaque, si rem venditam precio centum aureorũ mihi non tradideris, id, quod mea interest, petam, l. 1. ff. de act. empt. Cæterum illud excedere non poterit duplum dicti precii. Probatur hæc interpretatio, quia in duplo simplum inest. §. tripl. in inst. de actio. simplum autem est æstimatio rei in contractum deducta & expressa à contrahentibus, non autem communis æstimatio, quia ad eam non respexerunt contrahentes. Huc accedat, quòd Imperator loquitur de casibus, qui certam habent quantitatem, & in illis statuit id, quod interest, duplum excedere non posse. Vnde necessariò id referendum est ad æstimationem in contractum deductam, quæ certa est & definita, non autem ad communem æstimationem, quæ incerta & varia esse potest. B

CAPVT XLIX.

Vtrum etiam in delictis id, quod interest, ad dupli condemnationem sit restringendum?

ID, quod interest in casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, duplum excedere non posse, certi iuris est. Sed non vsq; adeo exploratum est, an & in delictis, seu in obligationibus, quæ ex delictis descendunt, idem constitutum esse intelligatur. Affirmant, Bartolus ad l. vni. C. de sentētiis, quæ pro eo, quod interest, nu. 26. Dec. nu. 70. Rebuff. super Glo. in verbo. In omnibus casibus. Et fundamentum ponunt in d. l. vnica, in illis verbis: *Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, &c.* Hæc n. verba generalia comprehendere videntur omnes casus, etiam ex delictis descendentes, & licet textus subiũgat; *Veluti in venditionibus & locationibus, & in omnibus contractibus.* Exempla tamen non restringunt regulam, secundum regulas vulgates. C

Cęterum contrariam sententiam Alciatus habuit in commentar. eiusdem l. vnicæ, c. 10. motus primò ex l. Iulianus. ff. de actio. empt. vbi patet, id, quod interest, excedere duplum, quia prouenit ex dolo venditoris, qui scienter tignum vitiosum, & pecus morbosum tradidit.

Secundo ex l. inficiando. §. 1 ff. de furtis. Vbi Iurisconsultus ita dicit: *Si tibi surreptum est, quod nisi die certa dedisses, pœnã promisisti, ideoq; sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque æstimabitur.* Ex hoc loco argumētum sumitur, quia talis pęna duplum excedere potuit, rei furto subtractæ. D

Tertio, ex l. semper. §. hoc interdicto. ff. quod vi aut clàm: *In hoc interdicto*, inquit, *tanti lis æstimatur, quanti actoris interest opus factum non esse.* Ergo duplum excedere poterit.

Ego Alciati sententiam probabiliorem esse iudico. Sed primum & tertium argumentum nil me mouent; Nam quod attinet ad l. Iulianus, illa loquitur in casu incerto, nempe cùm id, quod interest, debetur ex ea stipulatione, dolum malum abesse oportere, sicuti declarat Alciat. in commentar. d. l. vnicæ, cap. 9. num. 26. item illa lex loquitur non in delictis, sed in contractu emptionis & venditionis. Quod vero attinet ad tex. in §. hoc interdicto, loquitur in casibus incertis. Restitutionis enim causa, vtpote facti, incerta est. sicuti optimè declarat Iacob. Cuiac. C. de sententijs, quæ pro eo, quod interest.

Vt igitur Alciati sententiam amplectar, illud me primum impellit, quòd Imperator in d. l. vnica, constitutionem edidit de eo, quod interest, vt antiquorum Iurisconsultorum circa illud infinitatem & prolixitatem tolleret. Talis autem prolixitas in delictis non erat, quia in delictis plerunque agitur de pœna, non autē de eo, quod interest. Deinde exempla profert in contractibus, & licet exempla non restringant regulam, declarant tamen, in quibus casibus regula sit intelligenda, vt docet glo. in l. nunquam plura, ff. de priuatis delictis, & præclarè Bellonus lib. 3. supputatio. iuris, c. 10. nu. 1.

Secundò mouet me tex. in d. l. inficiando. §. 1. respondet Bart. ibi non agi de interesse, sed de pœna. Nō rectè. Quia textus ait: *Hoc quoq; æstimabitur.* Illud verò non est pœna furti, sed est interesse eius, qui furtũ passus est, quia scilicet pęnam soluere coactus est, propterea quòd rem non tradidit, quia furto subtracta fuit.

Respondet secundò Rebuffus loco superiùs annotato, illum textum esse declarandum ex l. vnica. ut scilicet talis æstimatio duplum excedere non possit, rei furto sublatæ, non recte. Quia nec textus hanc declarationem patitur, & pęna promissa potuit esse triplo maior.

Tertiò respondet idem Rebuffus, dictum textum loqui de pęna certa, & conuenta inter partes, quæ quantacunque sit, præstanda est, non rectè. Quia pęnæ stipulatio interposita non fuit inter furem & dominum rei, sed inter dominum rei, & alium tertium, & nihilominus fur condemnatus in id, quod interest ipsius domini, propter eam pęnæ stipulationem.

CAPVT L.

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere possint.

IN explicatione eiusdem l. vnicæ. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, proferuntur, controuerti solet de pęnis conuentionalibus, an possint excedere duplum, ad similitudinē eius, quod interest. Et variæ sunt dissidentesque Doctorum sententiæ.

Prima est Accursij eò loci, vt si quidem pęna conuentionalis adiiciatur per verba multiplicatiua (ita enim ipse loquitur) veluti duplum, triplum, quadruplum, &c. tunc quadruplum excedere non possit, sicuti nec pęnæ legales, vt in §. omnes. institut. de act. aut adiicitur certa summa expressa, puta mille, &c. & valet in infinitum: argumento tex. in § alteri. in instit. de inut. stip. & in l. stipulatio ista. §. alteri. ff. de verb. oblig.

Secunda est sententia Bartoli, in d. l. vnica, nu. 21. Aut ista nomina duplum, triplum, &c. referuntur ad certam & taxatam quantitatem, & tunc potest ascendere pęna in quantum contrahentes voluerint, quia eadem est ratio, sicuti quando profertur per nomina simplicia. Tantundem enim est dicere, sub pœna mille, quantum si dicerem sub pęna quadrupli, cùm ducenta sunt promissa. Si verò ista verba referantur ad quantitatem incertam, non potest excedere quadruplum: imò forte nec duplũ, argumento d. l. vnicæ.

Tertia est sententia Lud. Romani in cons. 510. & Menochii de arbitr. iud. casu 260. Vt si quidem pœna adiiciatur propter contemptum, tunc arbitrio iudicis sit definienda; si verò loco interesse adiiciatur, tunc si contractus certam contineat quantitatem, duplum excedere non poterit, sicut nec illud, quod interest. Excipiuntur tamen aliqui casus, vt ibi per Menoch. nu. 33.

Quarta est sententia Alciati in commentariis d. l. vnicæ, cap. 11. Pęnam conuentionalem excedere non posse id, quod re vera interest: Videtur enim in eius locum subrogata, & Imperator Iustinianus, in d. l. vnica argumentum sumit ex pęnarum moderatione, ad moderationem eius, quod interest.

Quinta

Quinta est sententia Petri & Imolæ ac aliorum, quos Rebuffus commemorat in commentarijs d. l. unicæ in glos. in vet. proferuntur, pœnam conuentionalem ad instar pœnæ legalis, quadruplum excedere non posse.

Postrema est sententia Innocentij in ca. Sacro. de sentent. excommun. Et Rebuffi loco annotato, num. 33. pœnam conuentionalem, & duplum, & quadruplum excedere posse, & quantacunque fuerit in stipulationem deducta, præstandam esse, nisi in fraudem vsurarum fuerit promissa: iuxta l. Iulianus. §. ibidem Papinianus. ff. de actio. empt.

Confirmatur hæc sententia ex regulis generalibus, quibus dicitur contractus ex conuentione legem accipere. l. 1. §. si conueniat. ff. de pactis. Pacta & promissa seruanda l. 1. ff. de pactis, cum similibus Sed iudicio meo melius confirmari potest ex l. stipulatio ista. §. alteri ff. de verb. oblig. vbi dicitur, non esse inspiciendum quid intersit, sed quæ sit pœnę quantitas in stipulationem deducta.

Et hæc sententia videtur mihi cæteris longè probabilior, si modo ita intelligatur, vt valeat quidem pœnalis ipsa conuentio & stipulatio, quantacunque sit pœna, sed tamen Iudex moderari ac taxare debeat ipsam pœnam, ne pati, vt immoderata exigatur pœna, sicuti docet summus Pontifex, in capit. suam, de pœnis, quo ex responso exemplum sumi potest pœnę & immoderatę & merito damnandæ. Atque hæc sententia disertè probatur ex verbis d. l. unicæ. ibi: *Cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi quæ vel cum competenti modè ramine proferuntur vel a legibus certo fine conclusa statuuntur.* Atque se vidisse obseruatum a Senatu Parisiensi testatur Rebuffus loco superius annotato, nu. 49.

CAPVT LI.

Verum aduersus rem iudicatam restitutio detur propter instrumenta nouiter reperta, cum quis ex iusta & probabili ignorantia, ea non produxerit.

DVæ sunt Doctorum sententiæ hac de re. Altera affirmans, altera negans. Affirmantis authores sunt Innoc. Io. Andr. Bald. & Panor. in cap. vltra tertiam, de testib. & alij: quos refert, & sequitur Sfortia Oddus, de restitut. in integrum quæst. 72. art. 3. Negantis autem Cuman. in l. Imperatores, ff. de re iudic. Fulgosius in consil. 181. nec non in l. arbitrio. §. dolo, ff. de dolo malo.

Affirmantis sententiæ argumenta sunt ista. Primum, Restitutio in integrum ex iusta causa conceditur, etiam maioribus vigintiquinque annis l. 1. ff. ex quibus caus. maio. Sed ignorantia est causa iusta & probabilis, l. 1. §. si quis autem. ff. de iur. actuq; priua. Ergo, &c.

Secundum argumentum est ex l. si mater, ff. de except. rei iud. in illis verbis: *Si peteret rursus hæreditatem, ob statutam exceptionem rei iudicatæ. Neratius ait: Ego exceptionem obesse ei rei iudicatæ non dubito, sed ex causa succurrendum erit ei, &c.*

Tertium sumitur ex l. argentarius §. vlt. ff. de edendo iuncta. l. vlt. ff. de eo per quem factum erit, &c. Dicitur ibi: eum, per quem factum erit, ne aliquis se in iudicio sistat, cõdemnandum in id, quod actoris interest. Quod si soluendo non sit, aduersus ipsum restitutoriam actionem competere. Dicitur autem in d. §. ult. Argentarium qui rationes alicui non edidit, qui propterea succubuit, condemnandum esse in id, quod rationes petentis interfuit, rationes editas fuisse. Ergo si argentarius soluendo non sit, actio restitutoria aduersus ipsum reum competeret, argumento d. l. vlt. Consequenter in integrum actor restituetur, ut causam ex integro agere possit. Vrget hoc argumentum Sfortia Oddus loco annotato.

Negantis autem sententiæ, Primum argumentum est Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet. l. ferme

A inuito, §. cum prætor. ff. ad Trab. sed si restitutio in integrum daretur hoc in casu, eluderetur authoritas rei iudicatæ. Ergo restitutio concedenda non est.

Alterum argumentum, Is, qui fortuito caso læditur, in integrum non restituitur, etiam si minor sit. l. verum. §. si locupleti, ff. de minoribus, Sed is, qui victus est in iudicio, propterea quod instruméta non produxit ex ignorantia, vel alio impedimento, videtur casu fortuito victus. Ergo restituendus in integrum non est.

Hæc sententia negans videtur mihi verissima, authoritate l. sub specie. C. de re iudic. *Sub specie nouorum instrumentorum postea repertorum* (ait textus) *res iudicatas restaurari, exemplo graue est.*

Hæc verba sunt generalia & consequenter comprehendunt eum casum etiam, quo quis ignorantiam habuit instrumentorum, & ideo illa non exhibuit. Id patet ex illis verbis: *Sub prætextu nouorum instrumentorum, postea repertorum.* Si noua sunt instrumenta & postea re-

B perta; ergo illa non erant litigatori nota, sed postea illa inuenit & ea tarde cognouit.

Confirmatur hæc interpretatio, quia si de eo tantum intelligatur textus, qui scientiam habuit instrumentorũ, & ea non exhibuit, cùm posset exhibere, certè nulla est ratio dubitandi, quin res iudicata instaurari nequeat.

Si dicatur argumentum procedere, quo ad ius ipsum ordinarium, sed quæstionem loqui de in integrum restitutione. Respondeo, rationem legis locum habere etiam in integrum restitutione, quia scilicet exemplo graue est res iudicatas instaurari.

Quid? quod text. in l. Imperatores. ff. de re iudic. loquitur de ipsa restitutione, & sic ait: *Imperatores Verus, & Antoninus rescripserunt, quanquam sub obtentu nouorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat &c.*

Ad primum argumentum respondeo. Maiores in integrum restitui, ex iusta causa, quoad per leges, Plebiscita, Senatusconsulta, & cap. licet, vt in d. l. 1. ff. ex quibus

C caus. maior. Sed per leges non licet hoc in casu, quia ignorantia non est iustum impedimentum, & iusta causa restitutionis maiorum est, quando sunt in vinculis, vel in hostium potestate, vel causa Reipublicæ absunt, vt in d. l. 1. & toto titulo, non autem cum instrumenta & iura sua ignorarunt.

Ad secundum respondeo, textum in l. si mater, non obstare, quia loquitur, quando ex vna tantum causa quis egit, cum & alia subesset. Mater ibi bona filij uindicabat ex Senatusconsulto, tanquam intestati defuncti, & quia putabat patrem in testamento alium substituisse filio suo, dicebat ruptum esse testamentum patris, & sic substitutioni locum non esse. Quia vero testamentum ruptum non erat, succubuit. Postea apparuit nullum in eo testamento substitutum fuisse, ait Iurisconsultus succurrendum esse ei, quæ vnam tantum causam egit rupti testamenti, vt nempe aliam causam deducere possit, vt ibi. Hæc species longo distat interuallo a quæstione

D nostra, in qua de restauranda lite contra rem iudicatam agitur, ex eadem causa propter instrumenta nouiter reperta.

Ad tertium respondeo. Dato quod restitutoria actio competeret aduersus debitorem in specie l. argentarius. §. ult. tamen id procederet argentario existente non soluendo. Item quando argentarius dolo fecisset, quo minus rationes ederet, ne scilicet ex eius dolo debitor lucrum faciat: Et sic multa concurrunt in ea specie: sed nos loquimur absolutè ac simpliciter, an ex iusta ignorantia quis restituatur aduersus rem iudicatam ex instrumentis nouiter repertis. Et merito negamus restituendum, ut patet ex prędictis.

CA-

CAPVT LII.

Vtrum sententia retractari possit prætextu testamenti nouiter reperti.

Sententiam latam retractari posse prætextu testamē ti nouiter reperti authores sunt gloss. in lege prima, §. ratio. ff. quemadmodum testamenta aperiantur. Bald. in lege tertia. §. primo. ff. de transactio. Roma. sing. 198. & alij, quos refert & sequitur Sfortia Oddus de restitutione in integrum, par. 2. quæst. 73. art. 4.

Argumenta verò sunt ista. Primum, sententia & trāsactio æquipatantur. l. non minorem. C. de transactio. Sed transactio retractatur prætexto testamenti nouiter reperti. l. Imperatores. §. cum transactio. l. non est ferendus. ff. de transactio. ergo & sententia.

Secundum, de his, quæ pendent ex testamento, sicut transigi non potest, nisi perspectis, cognitisq; verbis testamenti. l. de his, ff. de transactio. ita nec iudicari potest. lege 1. §. ratio. ff. quemadmodum testamenta aperiantur ait Iurisconsultus, *sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controuersijs, quæ ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisq; verbis testamenti*. Igitur sententia non ualet. Consequenter ob testamentum nouiter repertum retractari potest.

Tertium argumentum est ex lege, si mater. ff. de exceptione rei iudicatæ. Vbi mater, contra quam fuit iudicatum, admittitur tamen ad petendam hæreditatem ex testamento, in quo apparuit nullum fuisse datum substitutum.

Quartum. Iuramentum & sententia æquiparantur. lege, nam & postea §. qui temporali. ff. de iureiurando. Sed iuramentum retractatur propter testamētum nouiter repertum. l. ult. C. de rebus creditis, ergo & sententia.

Contrariam sententiam habuerunt gloss. in lege 3. §. si legatarius. in verbo, Euicerit. ff. si cui plus quam per legem Falcidiam. & Alexand. in l. sub prætextu instrum. nume. 5. C. de transact. & in l. Imperatores, num. 2. ff. de re iudicata.

Quorum illud est fundamentum, quod generaliter lege sit cautum, sententiam retractari non posse prætextu instrumentorum nouiter repertorum. l. sub specie. C. de re iudicata. l. Imperatores. ff. eodem tit. testamentum autem est instrumentum. l. 1. ff. de fide instrumentorum.

Ego autem animaduerto, duobus modis potissimum accidere posse hanc controuersiam ex testamento nouiter reperto. Primum. Si quis petat certam quantitatem testamento sibi relictam, & secundùm eum pronunciatum sit, deinde aliud testamentum proferatur, in quo maior quantitas relicta sit, hoc in casu agi potest ex nouo testamento re iudicata non obstante, quia noua petitio est, & nouum iudicium diuersum a primo. l. 2. ff. de exceptione rei iudicatæ. l. si ex testamento ff. eodem.

Secundo. Si quis agat ex testamento, & ex iudicis sententia consequatur legatum, vel hæreditatem, postmodum appareat aliud testamentum quo illud prius reuocatum sit, atque in hoc casu res iudicata retractari non potest, sub prætextu talis testamenti nouiter reperti, nam ex tali testamento nihil aliud constat, quam nil deberi ei, pro quo est pronunciatum. Tanta est autem rei iudicatæ authoritas, ut rescindi non possit, etiamsi, constet, postea nil deberi, nec repeti potest, quod indebitè solutum est authoritate rei iudicatæ. l. si fideiussor. §. in omnibus. ff. mandati. l. 1. de condict. indeb.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respōdeo transactionem ideo retractari, quoniam transigentes de eo tantum cogitasse censentur, quod in ea scriptu-

A ra tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur, ut verbis utar Iurisconsulti in l. non est ferendus. ff. de transact. quæ ratio non habet locum in sententia.

Ad secundum respondeo, nihil aliud ex eo probari, nisi quod iudex ferre sententiam nequeat de his, quæ pendent ex testamento, nisi cognitis verbis testamenti. Quod si testamentum viderit, & super eo pronunciauerit, non debet res iudicata retractari, quamuis aliud testamentum postea repertum fuerit.

Ad tertium respondeo. l. si mater loqui, cùm quis egit ex una causa, deinde vult agere ex alia, licet ex eodem facto hoc in casu succurritur ei, vt agere possit. Ideoque mater, quæ causam tantum rupti testamenti intentauerat, ex testamento agere potest, quod ruptum non esse pronunciatum est, quia nullus ei datus fuit substitutus, sicuti mater ipsa putauit, ob quam causam & testamentum ruptum esse dicebat. Nos autem loquimur, cum res iudicata directè impugnatur ex testamento no-

B uiter reperto.

Ad quartum respondeo. Iuramentum retractari per testamentum nouiter repertum, quia iuramentum est species trāsactionis, l. 2. ff. de iureiurand. & transactio retractatur, ut dictum est, ex testamento nouiter reperto, l. non est ferendus, ff. de transact.

CAPVT LIII.

Vtrum Ecclesia aduersus rem iudicatam audienda sit, propter instrumenta de nouo reperta?

Controuersia est in eadem materia utrum Ecclesia restituenda sit in integrum aduersus rem iudicatam, propter instrumenta nouiter reperta. Nam sunt qui affirmant, sunt qui negant, sunt qui ex iusta causa restituendam putent, cùm videlicet apparet eam vsam

C esse omni diligentia, vt instrumenta inueniret, nec inuenire potuisse. Vide Iasonem in l. Imperatores ff. de re iudicata, nu. 8. & Sfortiam Oddum de restitutione in integrum parte secunda q. 85. art. 2.

Ego puto ex causa restituendam. Moueor authoritate d. l. Imperatores ff. de re iudicata, vbi dicitur in negotio publico ex causa permitti, vt quis aduersus rem iudicatam nouis instrumentis vtatur. Si io causa, & negotio publico idest permissum, ergo & in negotio Ecclesiæ permittendum erit: videtur enim publicum, arg cap. ius publicum, distinctione 1. imo Ecclesia & ciuitas æquiparantur, vt solet notari in l. fi. C. de sacrosanctis Eccles.

Secundo moueor: quia Ecclesia vtitur iure minoris cap. 1. de restit. in integrum, sed minor restituendus est, ergo & Ecclesia. Minorem esse restituendum probo ex l. minor. 38. ff. de minoribus, vbi Iurisconsultus ait, minorem in integrum restitui propter allegationem omissam, ergo multò magis propter instrumēta nō exhibita.

D Contrariæ sententiæ fundamentum est in c. suborta, de sentent. & re iud. in illis verbis: *Si uero non fuerit coram eo exhibitum prætextu priuilegij de nouo reperti, non debet sententia retractari.*

Respondeo, illum textum non obstare, quia & nos dicimus regulariter, Ecclesiam retractare non posse rem iudicatam propter instrumenta nouiter reperta, sed non propterea efficitur, quin ex causa restituenda sit in integrum, & audienda contra rem iudicatam, sicuti in causa, & negotio publico constitutum est, vt in d. l. Imperatores. ff. de re iud.

CA-

CAPVT LIV.

Cùm malæ fidei possessor sumptus necessarios repetere possit in rem factos, cur in specie l. 1. C. de infantibus expositis, non liceat furi alimenta repetere?

MAlæ fidei possessorem sumptus necessarios in rem factos repetere posse, docet tex. in l. domú. C. de rei vend. Cæterùm cur in specie. l. 1. C. de infantibus expositis, non idem sit constitutum, non est eadem omnium sententia. Verba textus hæc sunt. *Si inuito, vel ignorante te partus ancillæ, vel adscriptitiæ tuæ expositus sit, repetere eum non prohiberis, sed restitutio eius, si non à fure vindicaueris, ita fiet, vt si qua in alendo, vel fortè ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restituas.* His verbis patet, furem tales sumptus repetere non posse. Sumptus autem in alendo necessarij esse dicuntur.

Prima est sententia Accursij, aliud esse constitutum in malæ fidei possessore, aliud in fure. Non rectè. quia etiam prædo sumptus necessarios repetit. l. planè. ff. de petitione hæreditatis.

Secunda est sententia Petri, Cyni & Castrensis, idcirco in specie d. l. 1. repeti non posse alimenta, quod videantur à fure donata. Non rectè, quoniam verisimile non est eum donare velle, qui aliena surripuit. l. fuit quæstionis, & l. si cattaneus. ff. de acquir. hæred.

Tertia est sententia Iacobi Menochii de recuperan. possess. remed. 15. nu. 515. Aliud esse statutum in malæ fidei possessore alicuius rei immobilis, aliud in fure: ratio est, quia fur condemnatur ad quadruplum rei subtractæ, meritò sumptus tales repetere non potest. Sed cur prædo repetere possit, & non fur?

C Quarta est sententia Francisci Sarmienti libro 5. selectar. interp. c. 10. Tunc demum repeti posse sumptus necessarios à malæ fidei possessore, quando propter huiusmodi sumptus res efficitur pretiosior, vt in d. l. planè in fi. ff. de petitione hered. At in casu d. l. 1. nō propter sumptus factus fuit seruus pretiosior, quia ad pubertatem illum natura perduxit & ætas. Non rectè. quia, vt viueret seruus, necessaria fuerunt alimenta, sine quibus ad pubertatem minimè peruenisset. Facit tex. in l. patrem. C. de nuptijs, ibi. *Hanc adultam sumptibus, & labore tuo factam, &c.*

Postrema est sententia Antonij Fabri lib. 2. cōiectur. int. cap. 1. impensas necessarias repeti posse, si tolli possint sine rei detrimento, secus si tolli non possint, vt in casu d. l. 1. non rectè. Quia necessariæ impensæ simpliciter repetuntur, vtiles verò si tolli possint, vt in d. l. domum. C. de rei vend.

D Ipse opinor causam huius rei colligi posse ex responso Iurisconsulti, in l. inficiando. §. infans. ff. de furtis, vbi sic ait. *Infans apud furem adoleuit, tam adolescentis furtum fecit ille, quàm infantis, ideoq; dupli tenetur, tanti, quanti vnquam apud eum plurimi fuit;* Et paulo post: *Et non dubitauerim*, inquit, *quin adolescentis potius, quam infantis æstimationem fieri oporteat, & quid tam ridiculum est, quam meliorem furis conditionem esse pro continuatione furti existimare?* Idem docet tex. in l. ex argento. ff. de condict. furtiua in illis verbis: *Quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adolescentis, quamuis sumptibus furis creuerit.*

Ex his legibus talem ego colligo rationem. Non potest aliquis actionem ex ea causa consequi, ob quam ille alteri obligatur, l. siue hæreditaria. ff. de negotijs gestis. Sed fur qui sumptus fecit, ea quibus infans creuit, & adultus factus est, obligatur eā ob causam, quia dicitur furtum adolescentis facere, & tenetur ad soluendā æstimationem adolescentis, ergo non potest sumptus repetere

A alimentorum, propter quos adolescens factus est. Nam si repeteret hos sumptus, non videretur ipse condemnatus, quanti plurimi seruus apud eum fuisset, & sic ad æstimationem adolescentis. Ratio est, quia de tali condemnatione deduceret sumptus alimentorum. Atque hæc est mea, de perdifficili hac controuersia, sententia.

CAPVT LV.

De malæ fidei possessore, an & quomodo vtiles impensas auferre possit, ad interpretationem l. adeò. §. ex diuerso. ff. de acquirendo rerum dominio. & l. vtiles. ff. de petitione hæredit. & l. 2. C. de rei vendic.

IVrisconsultus Caius in l. adeò. §. ex diuerso. ff. de acquir. rer. dom. scribit io hæc verba. *Ex diuerso, si quis*
B *in aliena solo sua materia ædificarit, illius fit ædificium, cuius & solum est: & si sciat alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur, itaque nec diruto quidem ædificio, vindicatio eius materiæ competit.* Huic sententiæ repugnare videtur Iurisconsultus idem, in l. vtiles. ff. de petitione hæredit. in illa verba: *Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem supernacuas impensas facere, vt tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possint.* Sed magis apertè repugnare videtur Imperator in l. 2. C. de rei vendic. sic dicens: *Id quod in solo tuo ædificatum est, quoad in eâdem causa manet, iure ad te pertinet; si verò fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, siue bona fide, siue mala ædificium extructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.*

Prima est sententia Accursij in §. ex diuerso, in inst. de rer. diuis. & Bart. in l. in fundo. num. 11. ff de rei vendic. aliud esse iuris in petitione hæreditatis, aliud in rei ven-
C dic. Quare tex. in d. l. vtiles, de petitione hæreditatis loqui, ac intelligendum esse textum verò in d. §. ex diuerso, de rei vendic. Sed nec rationem affert diuersitatis, & nihil respondet ad d. l. 2. de rei vendic.

Secunda est solutio aliorum interpretum, quam probat Eguinarius Baro in comment. ad d. §. ex diuerso. In inst. de rer. diuis. Iurisconsultum loqui, cùm quis ex propria materia in alieno solo ædificat, tunc animo donandi ædificare videtur; diuersum est cùm quis ex aliena materia ædificat, quia dissoluto ædificio, materiæ dominus eam vendicare potest. Ita loquitur Imperator, ac intelligendus est in d. l. 2. C. de rei vendicatione.

Non placet hæc sententia, quia nullum verbum est in d. l. 2 quo significetur Imperatorem loqui, cùm quis ædificat ex aliena materia. Et illa verba. *Si non donandi animo, &c.* magis propriè conueniunt ei, qui dominus sit materiæ.

Tertia est sententia eiusdem Eguinarij, malæ fidei
D possessorem censeri animo donandi ædificasse in alieno solo, & ideo materiam vendicare non posse, vt in d. §. ex diuerso. Probare tamē potest, se non animo donandi impendisse, & tūc materiam vendicare potest. Ita accipiendum est quod dicit Imperator in d. l. 2.

Sed huic interpretationi repugnat ipsa l. 2. vbi regula hæc constituitur. Malæ fidei possessorem materiam vendicare posse, nisi probetur, animo donandi imposuisse.

Quarta est sententia Frācisci Sarmienti lib. 1. selectar. interpretation. cap. 10. leges, quæ malæ fidei possessorem vtiles sumptus repetere posse statuunt, si absque detrimento auferri possint, locum habere, quando mala fidei possessor ipsam rem detinet, in quam sumptus fecit, vt in l. domum. C. de rei vendic. & in l. vtiles. ff. de petitio. hæredit. secus si rem non detineat, vt in legibus contrarijs.

Sed repugnat huic sententiæ tex. in §. certè. in instit. de rer. diuis. *Certè*, inquit Imperator, *illud constat, si in*

possessione

possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam, nec soluat precium materiæ, & mercedem fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, vtique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificauerit. Nam scienti alienum solum esse, potest obijci culpa, quòd ædificauerit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse. A

Quinta est sententia Mynsingeri in comment. ad d. §. ex diuerso, de rer. diuis. quod habetur in d. l. a. accipiendum esse de ædificio extructo à colono vel inquilino, vel emphyteuta, & idcirco eos vendicare posse materiam ædificio dissoluto, quia ius ædificandi habuisse videntur. Cæterùm alijs malæ fidei possessoribus hæc actio non competit, quia cessat ratio prædicta, & ita sunt accipiendæ leges contrariæ.

Sed primò nullum verbum est in d. l. a. quod suadeat eam interpretationem, & Imperator loquitur, siue bona fide, siue mala fide ædificium extructum sit.

Sexta est sententia Iacobi Cuiacij in posterioribus notis in institutiones, in §. ex diuerso & lib. 10. Obseru. c. 1. B
Malæ fidei possessorem iure quidem vendicare non posse materiam ædificij separatam, vt in d. §. ex diuerso. Benignius tamen esse, vt eam vendicare possit, ne petitor cum eius iactura locupletetur. argumento l. planè. ff. de petitio. hæredit. & l. Iulianus. ff. de rei vendic. si sciente domino ædificauerit. argumento l. pure. §. si donaui. ff. de doli mali except.

Huic sententiæ oppono tex. in l. sumptus. 48. ff. de rei vendic. vbi Papinianus scribit, sumptus in prædium alienum factos, peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita, per officium iudicis æquitatis ratione seruari, si à bonæ fidei possessore facti sint, ergo si à malæ fidei possessore facti sint, æquitatis ratione seruari non debent. Vtitur hoc argumento Anto. Faber. lib. 2. Coniecturar. iuris cap. 1.

Ego sic statuo. Malæ fidei possessorem vtiles impensas deducere posse, si absque rei detrimento deduci possint, vt in l. domum. C. de rei vend. in l. vtiles. ff. de peti- C
tione hæredit. & alibi. Non obstat tex. in §. ex diuerso, quia loquitur de ædificante in alieno solo. Is enim vendicare materiam non potest, quia voluntate eius intelligitur esse alienata, siue donata ei, qui dñs est soli, vt ibi dicit Imperator & Iurisconsultus in d. l. adeo. §. ex diuerso. Non obstat tex. in l. a. C. de rei vend. vbi contrarium dicitur, nempe materiam vendicari posse, quia loquitur, cum aliquis in alieno solo ædificat sciente & patiente domino, talis enim scientia & patientia hoc operatur, vt materia vendicari possit, & in hoc Cuiacij sententiam probo, argumento d. l. pure. §. si donaui. ff. de doli mali, & metus except. ibi: *Dolo enim feci, qui passus sum eum ædificare, & non reddo impensas.* Quòd d. l. a. hoc in casu loquatur, probo. Nam ita dicit: *Si inferiorem partem ædificij, quæ solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo, non ambigitur.* Hic Imperator loquitur de eo, qui in superiori parte domus habitabat, & simul dominus erat partis in- D
ferioris; quamobrem præsumitur non ignorasse ædificium fieri in parte inferiori, meritò Imperator postea considerata facti specie, et circunstantijs omnibus, declarat dissoluto ędificio, materiam vendicari posse, nisi animo donandi fuerit imposita. De qua quidem specie non loquitur textus in d. §. ex diuerso, siue Imperatoris, siue Iurisconsulti. Atque hæc mea est, de hoc perquam difficili nodo sententia.

CAPVT LVI.

Vtrum hæres in bona fide existens, condemnandus sit ad restitutionem fructuum, quando defunctus rem possedit mala fide.

SI quis mala fide rem possideat, & hærede relicto, qui sit in bona fide, moriatur, in controuersiam reuocatur, vtrum fructus restituere teneatur, an verò eos suos faciat, tanquam bonæ fidei possessor, & quidem ad restituendos fructus teneri Bart. existimauit, in l. ex diuerso. nume. 12. ff. de rei vendic. & multi alij, quos refert & sequitur Menoch. de recuper. possess. remed. 15. nume. 617. Fundamentum est in l. a. C. de fructib. & litium expensis. vbi postquam Imperator dixit: malæ fidei possessorem teneri ad restituendos fructus, statim de hærede eius verba faciens, subdit; *Hæredis quoque succedentis in vitium* (scilicet defuncti) *par habenda fortuna est.*

Contrariam sententiam amplexus est Ioannes Copus in tract. de fructib. lib. 2. tit. 4. cap. 3. Fundamentum ponit in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. & in alijs legibus, quibus dicitur, bonæ fidei possessores fructus suos facere. Quòd autem dicitur (inquit Copus) hæredem in vitia defuncti succedere, hoc non ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, quæ ob vitium defuncti nulla esse potest.

Ad l. 2. C. de fructib. & litium expensis, respondet eã esse intelligendam de hærede, qui in ipsius defuncti malam fidem succedit, quod ex eo patet, inquit, quia textus loquitur de eo hærede, qui lite contestata aduersus defunctum malæ fidei possessorem, non poterit ignorare rem alienam esse.

Mihi probabilior videtur prior sententia, quæ & communior est, quam confirmo ex l. vitia. C. de acquiren. & retin. possess. *Vitia possessionum*, inquit, *à maioribus contracta perdurant, & successorem authoris sui culpa comitantur.*

Ad argumenta Copi sic respondeo. Concedo bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed casum hunc excipio, cùm videlicet defunctus in mala fide fuit, quia ipsius vitium & culpa successorem comitatur.

Quod verò Copus dicit, hoc non ad factum, id est, ad fructuum perceptionem, sed ad ius, id est, ad vsucapionem pertinere, nec aliqua lege probat, aut ratione, & cõtrarium euincit textus in d. l. a. vbi agitur de fructibus restituendis à malæ fidei possessore, cuius hæres fortunam sequitur, vtpote in vitium succedens defuncti, vt ait ibi Imperator. Nec probabilis est illa interpretatio, quam affert Copus: Imperatorem loqui de hærede, qui litem motam non ignorauerit, & sic in mala fide fuerit, quia si in mala fide hæres existat, hæc ipsa mala fides, non autem successio in vitium defuncti fructuum acquisitionem impediret. Imperator autem eo loci perpendit, non propriam ipsius hæredis scientiam & malam fidem, sed vnum illud, quòd scilicet in vitium defuncti successerit, qui fuit in mala fide.

CAPVT LVII.

Vtrum bonæ fidei possessor lucretur, tàm fructus naturales, quàm industriales.

INgens est dissensio inter doctores, vtrum bonæ fidei possessor omnes fructus lucretur, tàm naturales, quàm industriales. Etenim Accursius in l. ex diuerso. ff. de rei vend. negat, bonæ fidei possessorem fructus industriales lucrari: Sed duntaxat naturales suos facere opinatur. Eius autem fundamentum est in l. fructus. ff. de vsuris. vbi Pomponius ita dicit. *Fructus percipiendo*

vxor,

vxor, vel vir ex re sibi donata suos facit, illos tantum, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylua ceciderit, non fit eius, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia nõ ex facto eius is fructus nascitur. Idem docet Duaren. in comment. ad tit. de vsur. & fruct. tit. qui fructus in restitutionem veniant.

Confirmatur hæc sententia ex §. si quis à non domino, Instit. de rerũ diuisione, vbi Imperator dicit, bonę fidei possessorem fructus lucrari pro cultura & cura, consequenter fructus naturales non lucratur, quia nullam ij requirunt curam, vel culturam.

Secunda est sententia Bat. in d. l. ex diuerso. Is distinguit inter possessorẽ bonæ fidei, qui & titulum habet, & eũ possessorẽ, qui non hẽt titulum. Si titulũ habeat bonæ fidei possessor, existimat Bat. eum oẽs fructus lucrari, authoritate Pauli Iurisconsulti in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rei. dom. *Bona fides emptor*, inquit, *nõ dubiè percipiendo fructus, etiam ex aliena re, suos interim facit, non tãtum eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, sed & omnes.* Si verò titulum non habeat, ea illimat eũ lucrari fructus dũtaxat naturales, authoritate Põponij, in d. l. fructus. ff. de vsur.

Tertia est opinio Iacobi Menochij, de recuper. poss. remed. 15. nu. 580. Bonæ fidei possessorem oẽs fructus lucrari, siue naturales, siue industriales, non tamen absolutẽ, sed ad tempus, hoc est, interim, donec res fuerit euicta, si enim res euicta fuerit, eos restituere tenetur. Mouetur vir præstantissimus authoritate tex. in d. l. bonę fidei, quatenus ibi I. C. dicit, bonæ fidei possessorẽ interim fructus suos facere, quod quidẽ confirmari põt, ex l. qui scit, §. vlt. ff. de vsuris. vbi Iulianus ita dicit. *Bona fides emptor, quo ad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu euictus fundus non fuerit.* Idẽ docet Cuiacius, in notis ad institutiones §. si quis à non dño, in verbo. pro cultura.

Quarta & postrema & sententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur. Bonę fidei possessorem omnes fructus consumptos lucrari, & suos facere, tam naturales, quàm industriales. Ita docet Arrius Pinell. ad l. 2. C. de rescin. vend. par. 2. c. 4. nu. 59. Ant. Fabes lib. 4. coniectu. iur. c. 17. nouissimè Harmannus Vultens lib. vnico Scholasticarum disceptationum cap. vlt.

Probatur hæc sententia primùm ex d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rer. dom. vbi Iurisconsultus ita disertè docet, sic dicens: *Bona fides possessor, &c.* Secundò, ex l. certum, C. de rei vendic. dum ibi Imperator nulla distinctione adhibita declarat, bonæ fidei possessorem esse condemnandum ad restituendũ fructus extantes. Videtur enim significare, secus esse statuendũ de fructibus cõsumptis.

Tertiò ex l. in pecudum 28. ff. de vsuris. vbi Caius docet, fructus pecudum sicuti lac, pilum, lanam & fœtum, statim pleno iure fieri bonę fidei possessoris, & tamen constat hos esse fructus naturales.

Quartò ex l. qui scit, §. vlt. ff. eodem titu. in illis verbis. *Porro bona fides possessor in percipiendis fructibus, id iuris habet, quod dominus prædiorum tributum est.*

Postremò ex l. 4. § lana, ff. de vsucapio. vbi dicitur, lanam ouium furtiuarum, si apud bonæ fidei possessorem detonsa est, statim eius fieri, quoniam in fructu est. Idéq; de agnis dicendum esse, si consumpti sint.

Ad tex. in l. fructus, ff. de vsuris, prætermissis aliorum responsionibus ac interpretationibus, illa magis probatur quàm Arri. Pinel. attulit. illa verba text. *Sicut, nec cuiuslibet bonæ fides possessoris*, hunc sensum non habere, quasi nullus bonæ fidei possessor fructus naturales suos faciat; id enim repugnaret alijs legibus, sed sensum esse, nõ quemlibet bonæ fidei possessorem tales fructus suos facere. Itaque licet bonæ fidei possessor regulariter tales fructus suos faciat, non tamen id iuris habet omnis bonæ fidei possessor, veluti si possessor talis sit, qualis in specie, de qua ille textus loquitur, videlicet, vir & vxor rem donatam possidentes. Similis casus est in bonæ fidei possessore obligato ad fructuum restitutionem, licet bona fide perceptorum in l. indebiti. 15. ff. de condictio. indeb.

Ad tex. in §. si quis à non domino, in Instit. de rerum diui. respondeo, non rectè sumi argumentum à cõtrario sensu, quia licet bonæ fidei possessor pro cultura, & cura industriales fructus nũcupatos suos faciat, nihilominus tamen lucratur etiam fructus naturales, quia loco domini habetur. Illud verbum *interim*, quod est in d. l. in bonæ fidei. in principio, ego sic interpretor, ut significet quidem, *interim*, antequam res euincatur, bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed tamen etsi res euicta fuerit, non eos restituere tenetur, nisi extent, ut in l. certum. C. de rei vend. Itaque interim suos facit, donec rem possidet, re autem euicta si extent, eos restituere tenetur domino rei, nec amplius eos percipiendi facultatem habet.

Post hæc scripta legi commentaria Don. de iure ciuili lib. 4. cap. 24. 25. & animaduerti, eum in noua quadam opinione esse. Imprimis existimat bonæ fidei possessorem omnes fructus, tàm qui natura, quàm qui opera hominis proueniunt, consumptos lucrari; quod nostræ sententiæ cohęret.

Deinde docet, bonæ fidei possessorem fructus industriales statim lucrari, & suos facere, ita vt eos etiam extantes restituere non teneatur, sed naturales extantes restituere teneatur. Et hanc dicit esse sententiam Iurisc. in l. fructus, ff. de vsuris.

Ad l. bonæ fidei, ff. de acqui. rer. dom. respondet; illud verbum, *omnes*, id est, omnes, qui diligentia & opera bonæ fidei possessoris non peruenerunt.

Et ad l. certum, C. de rei vendic. respondet, illud verbum, *extantes*, idem significare, quod pendentes; Non autem esse referendum ad fructus perceptos, & non consumptos, multisque argumentis probat industriales etiam non consumptos, restituendos non esse, & ex eo, quod Iustin. dicit in §. si quis à non domino, in Instit. de rerum diuis. bonæ fidei possessorem fructus cõsumptos lucrari, non rectè colligi opinatur, fructus industriales perceptos, & nondum consumptos eum non lucrari, sed illa collectio valere potest, quoad fructus, qui natura proueniunt: eos enim non lucratur bonæ fidei possessor, nisi consumpserit.

Sed etsi hæc speciosa uideantur, parum tamen probabilia sunt. Inprimis quod ad l. fructus, ff. de vsuris, attinet, non ibi fit mentio fructuum consumptorum, vel non consumptorum, sed textus dicit: fructus industriales acquiri possessori, non autem naturales; cuius contrarium docet textus in l. bonæ fidei. ff. de acquiren. rer. dominio.

Secundò dicit Don. illud verbum *Omnes* in dicta l. bonæ fidei, referendum esse ad omnes fructus, qui industria quidem percipiuntur, sed non industria bonæ fidei possessoris. Contrà, nam textus dicit: Bonæ fidei possessor fructus percipiendos suos facit, non tantum eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, sed etiam omnes, illud verbum *omnes*, nullos excludit: & sic non excludit fructus, qui à natura proueniunt absque possessoris industria. Quæ probabilior est expositio.

Tertio vult Don. illud verbum, *Extantes*, quod est in l. certum. C. de rei vẽdicatione, idem significare, quod pendentes: sed non uidetur hoc probabile, quia textus dicit, bonæ fidei possessorem omnes fructus extantes solere cum ipsa re præstare. Quod si fructus sint pendentes, & nondum illos habeat possessor, non uideo, quo pacto illos præstare possit.

Denique non probabile Iustin. in §. si quis à non domino, in Instit. de rer. diuisio. dum ait, fructus consumptos peti non posse, locutum esse de naturalibus fructibus tantum, cum supra dixerit, bonę fidei possessorem eos lucrari pro cultura & cura, & sic de industrialibus locutus fuerit. Aut ex illis verbis argumentum sumi à contrario sensu, respectu fructuum naturaliũ duntaxat non consumptorum, ut scilicet peti possint, cum de naturalibus ibi sermo non sit.

Quidquod fructus extantes opponūtur fructibus cō-sumptis in l. malę fidei. C. de condict. ex lege. ibi. *de extantibus fructibus rei vindicatio, &c. de consumptis verò, &c.*

Videat ergo Donellus, quo pacto cōsistat ea interpretatio, quæ estantes fructus pro pendentibus accipiendos docet.

CAPVT LVIII.

Vtrum bonæ fidei possessor conueniri possit ad restitutionem fructuum consumptorum, siue eorum æstimationem, si factus sit ex eis locupletior.

IN iudicijs vniuersalibus, quin bonæ fidei possessores fructibus consumptis locupletior effectus, eorum causa cōueniri possit, nulla est prorsus dubitatio, quia conueniri posse decidit tex. in l. 1. C. de petitione hereditatis, & in Litem veniunt. §. eos autem. ff. eod. tit.

Ceterùm in iudicijs particularibus, vt puta in rei vendicatione, & similibus, vtrum idem sit dicendum, nō est eadem omnium sententia. Affirmant Bart. in l. ex diuerso, nu. 7. ff. de rei vendic. & multi alij, quos refert, & sequitur Couar. resol. lib. 1. cap. 3. vers. tertia conclusio, & Menoch. de recuper. possess. remed. 15. nu. 598.

Ceterùm negant multi alij, quos cōmemorant Couarruuias & Menochius, & præter eos Pinellus ad l. 2. C. de rescin. vend. par. 2. cap. 4. nu. 74. & num. 60. vbi dicit, hanc sententiam forensi vsu receptam esse, & Anto. Faber. lib. 4. coniectur. cap. 17. non procul à fine.

Prioris sententiæ argumenta sunt tria. Primum. In petitione hereditatis constitutum est, vt bonæ fidei possessor teneatur, ergo id multò magis statuendum est in rei vendicatione, quia dominus rem vendicans, plus iuris habet, quàm hæres, qui aliquando hæreditatem petit, neque rerum hæreditariarum dominium habet, quia forte defunctus dominus non erat.

Secundum argumentū est ex æquitate. l. si & me & Titium ff. si certum petatur. Aequū esse quod ex re mea ad te peruenit, mihi restitui. Item ex æquitate, quę dictat neminem locupletari debere cum aliena iactura.

Tertium argumentum sumitur ex l. itē si verberatū. §. 1. ff. de rei vendic. vbi dicitur, si possessor fructus perceptos distraxit, ne corrūperentur, precium præstiturū.

Posterioris autem sententię fundamentum est in illis legibus, quibus dicitur, bonę fidei possessorem fructus consumptos lucrari, & suos facere, vt in §. si quis à non domino, in Instit. de rerum diuisione. in §. etsi hæreditas, in Instit. de officio iudicis. l. 4. ff. finium regund. l. quæsitum 40. ff. de acquir. rer. dom. & alibi.

Et hæc sententia videtur mihi verissima, quia si bonæ fidei possessor teneretur fructus consumptos restituere, eo in casu, quo factus esset locupletior, sequeretur leges, quibus dicitur eum fructus consumptos lucrari, tunc demum procedere, cū in bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumpsisset, quod sanè absurdum esset, quia nemo præsumitur iactare suum. Ideoq; non ita leges accipiendæ sunt, vt eum casum comprehendant, qui non ita frequenter euenire solitus est.

Ad primū argumentū contrariæ sententię respōdeo, in petitione hereditatis ita constitutū esse, tùm quia fructus percepti hereditatem augent. l. item veniunt. §. itē non solū, verb. fructus. ff. de petitione hæreditatis. Tū quia Senatusconsulto ita in vniuersum est constitutū, vt qui ex iusta causa existimauit hæreditatem ad se pertinere, non teneatur, nisi quatenus ex ea factus est locupletior, l. item veniunt, §. præter hæc, ver. Eos autem ff. eod. tit. Eæ antem rationes locum non habent in rei vendicatione, & cæteris particularibus iudicijs.

Ad secundum respondeo: æquitatem, de qua in d. l. si & me, & Titium, ad rem hanc non pertinere, nihil enim

A aliud docet illa lex, nisi æquum esse, vt pecunia mea, quę ad te peruenit, mihi a te restituatur. Nos autem loquimur de fructibus, quos ut bonę fidei possessor lucretur pro cultura & cura, & alias ob causas, æquum est. Itaque est hęc causa, vt possessor locupletetur cum aliena iactura, quia bonam fidem habet, & loco domini plenè est, l. qui scit. ff. de vsuris, cum alijs similibus.

Ad tertium respondeo, illam legem loqui de possessore, qui rem & fructus pendente, iudicio distraxit, vt patet ex l. officium, ff eo. tit. & ex ratione confirmatur, quod si bona fide possessor rem distraxerit ante litem inceptam, conueniri rei vendicatione nō possit, cum nec possideat, nec dolo desierit possidere.

CAPVT LIX.

B *Vtrum, si possessor ab initio sit bonæ fidei, deinde incipiat esse malæ fidei, fructus suos faciat ad interpretationem l. bonæ fides §. in contrarium ff. de acquir. rer. dom. & l. qui scit, §. ult. ff. de vsuris.*

DVo sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Primus est in l. bonæ fidei. §. in contrarium, ff. de acquir. rer. dom. Secundus est in l. qui scit, §. vlt. ff. de vsuris. Ait Paulus in dicto §. in contrarium. *In contrarium quæritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognouero alienam esse, quia perseuerat, per longum tempus vsus capio an ante fructus meos faciam. Puto verendum, ne non sit bonæ fidei possessor, quamuis capiat. Hoc enim ad ius, id est, capionem, illud ad factum pertinet, vt quis bona vel mala fide possideat.* Iulianus autem in dicto §. vlt. ita dicit *Bonæ fidei emptor sarit & antequam fructus percipiat, cognouit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat, quæritur. Respondi: Bonæ fi-*

C *dei emptor quo ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu fundus euictus non fuerit. Nam & seruus alienus quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel operis suis acquirit, quamdiu euictus non fuerit.*

Has leges conciliari nō posse dixerunt Couar. lib. 1. resol. cap. 3. nu. 7. Menochius de recuperan. possess. remedio 15. nu. 613. Eguinarius Baro in §. si quis à non domino, in Instit. de rer. diui.

Contrà Donellus in cōment. de iure ciuili lib. 4. c. 24. *Et putem, inquit recte defendi, non esse has sententias contrarias. Reperiemus enim virumque rectè dici eum, qui postea cognouit rem alienam esse, malæ fidei possessorem esse, nec quicquam ex re possessa acquirere posse, & eundem non intelligi malæ fidei possessorem esse, si esse neget, priusquam ei res iudicio euicta fuerit:* Et post multa verba tandē conD cludit ex Iuliani sententia, bonæ fidei emptorem non prius pro malæ fidei possessore habendum, quàm intellectum fuerit, eum cognouisse rem alienam esse. Id verò intelligi non posse priusquam res fuerit euicta. Paulum autem loqui, quando constat possessorem cognouisse, rē alienam esse, nec id ipse negat.

Sed hæc interpretatio non videtur congrua, quia Iulianus apertè loquitur de bonæ fidei emptore, qui postea cognouit fundum alienū esse, tamen pronunciat eum esse bonæ fidei quoad fructus lucrandos, donec fundus euictus fuerit. Quod is neget se cognouisse rem alienam esse, nullum verbum in tex. & nil ei prodesset negatio, si verum esset eum cognouisse rem alienam esse; quia fructus suos non faceret secundum Pauli sententiam. Quare vix defendi posse censeo, quin pugnantia locuti sint iurisconsulti.

Sed mihi tamē valdè probabilis videtur Accursij sententia ac interpretatio, quæ fuit etiam Iacobi Cuiacij in notis ad Institutio. §. si quis à non domino, in ver. pro cultura, ut possessor interim, donec res euicta fuerit, fructus suos faciat; & sic loquat Iulianus: Re aūt euicta eos resti-

restituere teneatur, & ita intelligendus sit Paulus. *Ab eo tempore* (inquit Cuiacius) *fructus percepti, quo possessor cognouit rem alienam esse, eius interim sunt, l. qui scit §. vlt. ff. de vsuris. at si exitum finemq; iudicij inficias, eius nõ sunt,* vt in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom.

Contrà obijcit D. Menochius verba textus in d. l. bonæ fidei in principio, quibus dicitur, bonæ fidei possessorem interim fructus suos facere; Consequenter in §. in contrarium, dum ait, bonæ fidei possessorem, qui postea fundum alienum esse cognouit, fructus suos non facere, ita intelligi debet, vt scilicet nec interim fructus suos faciat. Quod verbum *Interim* in suo Codice contineri Menochius asserit.

Respondeo illud verbum, *Interim*, non significare idẽ ac si diceretur, antequam res euincatur, quia si id significaret, sequeretur bonæ fidei possessorem fructus consumptos restituere oportere re euicta, quod falsum est, vt patet ex l. certum. C. de rei vend. & declarat optime Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. iuris, capit. 17. sed sensus est, possessorem interim suos facere donec possidet, postquam enim re euicta desierit possidere, sicut re ipsa caret, ita & fructibus.

Legibus itaq; sic conciliatis, ita statuo, quod ad propositam quæstionem attinet: possessorem fructus suos facere eius temporis, quo est in bona fide; eos autem quos percepit, postquam fuit in mala fide, nequaquam. Ita docent Io. Copus de fructibus lib. 2. titu. 4. c. 5. Menochius loco annotato, num. 612. Et probatur ex l. qui bona fide. ff. de acq. rer. do. ibi. *Cæterum si caperit scire eum alienum esse, vel liberum videamus an ei acquirat. Quæstio in eo est, vtrum initium spectemus, an singula momenta: & magis est, vt singula momenta spectemus.* Item probatur ex l. certum. C. de rei vend. vbi bona fidei possessor restituere tenetur fructus extantes post litem contestatam vniuersos. Ratio est: quia per litis contestationem mala fides inducitur, l. nemo. C. de acq. poss. l. sed etsi lege. §. si ante. ff. de petitione hæreditatis.

CAPVT LX.

Vtrum fructus post litem contestatam à possessore percepti, re euicta sint restituendi, si instantia fuerit prioris iudicij lapsu temporis perempta.

VTrum fructus actori debeantur ex die litis contestatæ in eo iudicio, cuius instantia est perempta, si nouo iudicio inchoato rem euicerit, non vulgaris est controuersia. Et quidem deberi censuerunt Bart. in l. 2. C. de fructibus & lit. expen. Menoch. de recuper. possess. remedio 15. num. 596. Robertus Lancellotus alios commemorat de attentatis, in Præfat. secũdæ partis cap. 4. nu. 56.

Fundamentum est huiusmodi. Possessor condemnandus est ad fructus, ex eo tempore, quo est in mala fide, l. certum. C. de rei vend. l. 3. C. de condict. ex lege §. 2. inst. de off. iud. l. bonæ fidei. §. in contrarium. ff. de acquiren. rer. dom. cum alijs allegatis in præcedenti capite.

Sed per litis contestationẽ in priori iudicio factam, licet instantia fuerit perempta, possessor in mala fide cõstituitur; ergo condẽnandus est ad fructuum restitutionẽ.

Probatur minor propositio ex l. 1. C. de præscript. lõgi temp. ibi. Quod si prior possessor inquietatus est, & si postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit; tamen non potest vti longi temporis præscriptione.

Contrariam sententiam habuerunt Ripa in l. 2. n. 28. C. de eden. & Antonius Valla de rebus dubijs, q. 15.

Argumẽta sunt ista. Instantia perempta est perinde ac si lis mota nõ fuisset, l. cum lite mortua. ff. iudicatum solui, sed si nulla fuisset lis mota, possessor fructus interim suos fecisset, l. bonę fidei, ff. de acq. rer. domin. ergo idem statuendum lite mota & instantia perempta.

A Secundum argumentum. Si talis possessor fructus ex die litis contestatæ in priori iudicio restituere tenetur, id propterea esset dicendum, quod per litis contestationem videretur esse malæ fidei possessor, sed consequens est falsum, ergo & illud vnde sequitur.

Probatur minor propositio. Primo ex l. 2. §. vlt. ff. pro empto. ibi. *Non interpellari vsucapionem meam litis contestatione.*

Secundo, quia non solet deterior conditio fieri eorũ, qui litem contestati sunt, l. non solet, de reg. iur.

Tertiò, quia nemo tenetur ius suum indefensum relinquere, l. illud. ff. de petitione hæred. Ergo possessor non tenetur statim lite contestata rem actori restituere, consequenter si non restituat, sed retineat, non constituitur in mala fide.

Ad l. 1. C. de præscript. longi temp. respondet Valla, illam legem nõ loqui, quando instantia est perempta; sed cùm quæstio omissa est. Vbi enim instantia est perem-
B pta, nullus effectus remanet, vt in d. l. cum mortua lite. ff. iud. solui.

Sed mihi prior sententia verissima videtur, istis non obstantibus. Nam quod possessor in mala fide constituatur per litis contestationem, patet primo ex l. nemo. C. de acq. & reti. poss. ubi Constantinus ait; ita demum possessionem esse legitimam, *Cum omnium aduersariorum silentio, & taciturnitate firmatur. Interpellatione verò inquit & controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet, ac dubitet.* Secundò, ex l. fiscus 38. ff. de iure fisci. Tertio, ex l. sed & si lege. §. si ante. ff. de petit. hæred. vbi Iurisconsultus ita dicit. *Quoniam post litis contestationem omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.* & paulo infra idem sæpius repetit.

Si dicatur id non procedere, quando post litem contestatam perempta est instantia, quia possessor credere
C potest petitorem, qui deseruit instantiam, nullum ius habere. Respondeo, id non obstare, quia etiam instantia perempta, durat effectus malæ fidei, quæ per litis contestationem inducitur, quod probatur, tùm argumento d. l. 1. C. de præscript. long. temp. tum ea ratione, quod possessor credere potest actorem destitisse eam ob causam, quod ab alijs fortè negotijs esset impeditus, ut in l. vlt. C. de præscrip. longissimi temp. 30. vel 40. anno. & si suo iure confidebat, actore cessante, debebat ipse possessor ac reus instare, vt causa expediretur, iuxta l. properandum. §. & si quidem. C. de iudicijs.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, lite mortua, seu perempta instantia, omnia extingui, quæ pertinent ad litis ordinationẽ. ita loquitur tex. in d. l. cum lite mortua. Cæterùm effectus malæ fidei, qui iam per litis contestationem inductus est, non tollitur, etsi perempta sit instantia.

Ad secundum respondeo, non probari quod assumi-
D tur in argumento, nempe per litis contestationem malam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur, nempe vt possessor fructus suos faciat. Nam qđ dicitur in l. 2. §. vlt. ff. pro emptore, id non pertinet ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, non autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum est discrimen, quia in percipiendis fructibus, quęlibet momẽta temporis spectamus, in vsucapione autem initium, l. bonæ fidei. §. in contrarium. l. qui bona fide. ff. de acquiren. rer. domin. Quod verò dicitur, non solere ex litis contestatione ius litigatorum deterius effici, l. non solet. ad rem nostram non pertinet, sed aliò, quia per litis contestationem actio perpetuatur, & multa alia sequuntur commoda, vt declarant glos. & doctor. in d. l. non solet. Sed quantum ad malam fidem, fit possessoris conditio deterior, ut dictum est, quia scilicet incipit dici malæ fidei. Neque vero nos dicimus possessorem debuisse ius suum indefensum relinque-

re, aut statim actori rem tradere; sed dicimus ex litis contestatione effici malæ fidei possessorem, quia iam de suo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod postremò dicebatur, textum in l. 1. C. de præscrip. longi tempo. non loqui, quando litis instantia est perempta, nihil mouere debet: tùm quia loquitur, quando lis incepta, fuit omissa, quod potest fieri etiam lapsu totius temporis instantiæ præfixo, imò loquitur textus, vbi tempus longum præteriit, tùm quia est eadem ratio, ac si perempta esset instantia, vt patet.

CAPVT LXI.

Quomodo sit accipiendum, quod dicitur, neminem esse cogendum stare pacto de litigando coram iudice non suo, ad interpretationem l. si conuenerit. ff. de iurisd. om. iud. & l. pen. C. de pactis.

APhricanus ait: *Si conuenerit, vt alius præterquam cuius iurisdictio esset, ius diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur eiusce modi conuentioni stare.* l. si conuenerit. ff. de iurisd. omnium iudicum &c.

Contra, Iustinianus in l. penult. C. de pactis: *Si quis in conscribendo instrumento, sese confessus fuerit non vsurum fori præscriptione, &c. Sancimus nemini licere aduersus sua pacta venire, & contrahentes decipere, &c.*

Respondent Bartolus & alij veteres communiter, Imperatorem loqui, cùm quis iure communi subiectus est iurisdictioni alicuius, sed ex speciali priuilegio eam iurisdictionem declinare potest: tunc cogitur pacto eiusce modi stare, quia facilè res reuertitur ad ius pristinum. l. si vnus. §. pactus ne peteret. ff. de pactis. Aphricanum verò loqui, cùm iure communi quis non est subiectus eius magistratus imperio, cui pacto se subijcit; tunc non est cogendus pacto stare.

Sed obstat, quòd ratio Iurisconsulti nulla sit alia, nisi quòd illud pactum nudum sit, & ideò nullam producat obligationem l. iurisgentium. § igitur nuda. ff. de pactis: quæ ratio locum habet etiam in alia specie, de qua Imperator loquitur.

Secunda est solutio Decij in d. l. penult. nume. 8. & in cap. 1. de iud. col. 10. Imperatorem loqui, vbi is, qui renunciauit præscriptioni fori, voluntatem suam mutat altero inuito; Iurisconsultum verò, quando vtraque pars consentit.

Non rectè meo iudicio, quia nullũ verbum est in d. l. si conuenerit, quo significetur vtriusq; partis consensus.

Tertia est solutio vera, vt mihi videtur, quam attulit Antonius Goueanus in commentariis in d. l. si conuenerit, & Iacobus Cuiacius ad Aphricanum tract. 7. legem Aphricani capiendam esse de pacto nudo, Iustiniani verò legem de pacto contractui adiecto, quod propterea nudum non est, & obligationem parit. Id patet ex verbis Iustiniani. Sic enim ait: *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non vsurum fori præscriptione, &c.* Et rursus; *Sancimus nemini licere aduersus pacta sua venire & contrahentes decipere.* Hæc verba ostendunt pactum in ipso instrumẽto contractus, seu in ipso contractu, vel in continenti post, adiectum fuisse. Porrò pacta huiuscemodi, quæ contractibus adijciuntur inesse cõtractui & obligationem parere notissimum est ex l. in bonæ fidei. C. de pactis, & ex aliis locis. Et hæc sententia magis placet quam Duareni ad tit. de iurisd. cap. 6. existimantis Aphricanum à Iustiniano corrigi. Cum nullum verbum in lege Iustiniani reperiatur, vnde colligi possit ea correctio. Quod igitur non mutatur, cur stare prohibetur. l. præcipimus. C. de appell.

Sed cõtrouersia est, an & eo casu locũ obtineat Aphricani sententia, quo iuretur. pactum est firmatum? Affirmant Antonius Butrius, Abbas & Decius in c. 1. nu. 23.

A de iud. eo. argumento, quòd iuramentum sequatur naturam principalis obligationis, l. vlt. ff. qui satisd. cog. l. vlt. C. de non nu. pecu.

Sed contraria sententia mihi verior videtur, quæ & communior est, vt patet ex Couar. in c. quamuis. de pactis, lib. 6. in 1. part. §. 4. nu. 7. & ex Seraphino, priuil. 74. nu. 165. Moueor eo argumento, quòd iuramentum obligat iurantem posthabitis iuris ciuilis regulis, vt in c. cũ contingat, de iureiur. Quare cùm obligetur iurans, cogetur & iuramento stare, nec ab ea pactione poterit recedere. Non obstat argumentum, quia vt aliàs dictum est, quod attinet ad vim obligandi iurantem, non inspicitur natura principalis obligationis. Nam etsi illa non oriatur, & contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen suam producit obligationem, vt in d. c. cum contingat.

B

CAPVT LXII.

Vtrum ex sententia iudicis, dominium transferatur.

VAriæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima est Accursij in §. vlt. in instit. de officio iudicis. Alexandri in l. Pomponius. §. si iussu, nu. 9. & 10. ff. de acq. posses. & aliorum, quos commemorat Ias. in l. ex hoc iure. num. 44. ff. de iust. & iur. dominium transferri per sententiam.

Argumenta sunt ista. Primum ex d. §. vlt. in inst. de offic. iud. in illis verbis: *Quod autem in istis iudicijs alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit cui adiudicatum fuit.*

Secundum, ex l. statuliberi à cæteris. §. Quintus. ff. de statuliberis, in illis verbis: *Sed verissimũ est, quod & Aristo Cælius scripsit, posse dari pecuniã hæredi ab intestato, secundùm quem sententia dicta est, quoniam lex XII. Tabul.*

C *emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, non interesse quo genere quisque dominus fieret.*

Tertium est ex l. 3. §. item quæri potest. ff. de reb. eorum, &c. in illis verbis: *Idemq; erit dicendum, etsi fundus petitus sit, qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciarunt, tutoresq; restituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

Quartum argumentum. Factum à iudice reputatur factum ab ipsa parte, l. si ob causam. C. de euictio. sed si pars condemnata rem traderet, ex iusta causa transferret dominium, ergo & per sententiam iudicis transfertur.

Postremũ argumentũ. Ex causis, quibus à non dño rei tradita vsucapiendi conditio acquiritur, si res à domino tradatur, dominiũ acquiritur. l. cùm ibus. ff. de contrah. empt. sed vsucapiendi conditio acquiritur, si per sententiam iudicis res adiudicetur, l. si per errorẽ. ff. de vsucap. l. Pomponius. §. si iussu. ff. de acquir. poss. ergo si res adiudicetur eius, qui sit dominus, transfertur dominium.

D Secunda est sententia Glos. in l. exceptio. ff. de exceptione rei iud. Petri, Cyni, Raynerij & aliorum à Iasone citatorum in d. l. ex hoc iure, nu. 44. ff. de iust. & iur. non transferri dominium per sententiam.

Fundamentum est, quia cum per sententiam res mea tibi adiudicatur, eo prætextu, quòd sit tua, ibi proculdubio error interuenit. Error autem dominij translationẽ impedire solet, l. 3. §. subtilius. ff. de condict. causa data. Si verò nullus error interueniat, sed res tua sit, dominiũ per sententiam transferri non potest, tum quia illud iam habes. §. sic itaque discretis instit. de action. tum quia sententia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio instituta, non autem illud transfert. l. & ex diuerso. §. 1. ff. de rei vendic. l. Pomponius. §. sed & is. ff. de procurat. l. sicuti. §. si quæratur. ff. si seruitus vendicetur.

Tertia est sententia Bart. in d. l. ex hoc iure. in actione personali dominium transferri per sñiam, si ad hoc

illa ten-

illa tendat, vna cum actione instituta; In reali vero non transferri, si secundum reum proferatur: cæterum, si pro actore, qui dominus non sit, transferri.

Quarta est sententia Hostiensis & Ioan. Andr. in cap. proposuit. de concess. præben. Per sententiam iudicis dominium transferri in iudicijs vniuersalibus, secus in particularibus.

Ego vero priorem sententiam magis probo, si modo, & sententia & actio instituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, sicuti dicebat Bart. & moueor authoritate d. §. vlt. in instit. de officio iudicis, & deinde hac ratione, quod sententia videtur esse iusta causa, per quam traditione secuta dominium transferatur. Quæ vero in contrarium afferuntur, locum sibi vendicare possunt in eo casu, quo, vel error admittitur, vel sententia & actio instituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, quæ præscriptionem inducunt cum mala fide, iure Canonico sint correctæ.

VAriæ atque diffidentes sunt Doctorum sententiæ circa leges, quibus præscriptio inducitur, mala fide nõ obstante, an & quomodo sint iure Canonico sublatæ.

Ac prima quidem opinio est glo. in c. vlt. de præscrip. nec non Practici Papien. in forma responsionis rei conuenti. in verbo. præscriptionis, iure Canonico sublatas non esse, sed seruandas in foro ac iurisdictione Cæsaris, Canones vero in foro Pontificis.

Et fundamentum est, quod tex. in d. c. vlt. de præscrip. leges ciuiles non corrigat, sed tantum dicat; nullam præscriptionem cum mala fide valere, siue Canonicam, siue Ciuilem. Quorum verborum sensus esse videtur, siue de re temporali agatur, siue de re spirituali & ecclesiastica, nullam iure Canonico, atque in foro ipso Ecclesiastico, valere pręscriptionem cum mala fide.

Sed reijcitur communiter hęc interpretatio, quia sensus dictorum verborum longè est diuersus. Quod enim ait S. Pontif. *Definimus, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam Canonica quam Ciuilis*, nihil aliud significat, nisi omnem pręscriptionem, tam à lege Ciuili inductam, quam a sacris ipsis Canonibus, corruere, & nullius esse momenti, propter malam fidem.

Secunda est sententia Hostien. in summa de pręscrip. tit. quę res pręscribi possunt. col. 1. vers. actiones vero personales, & Bart. in l. sequitur. §. si viam. ff. de vsucap. pręscriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, secus in pręscriptione actionum.

Et fundamentum est, quia S. Pontif. dum statuit pręscriptionem cum mala fide non ualere, semper loquitur de possessore rei alienę. Id patet ex capit. possessor malę fidei, de regu. iur. lib. 6. & ex d. cap. vlt. de pręscript. ibi: *Oportet, vt qui præscribit, in nulla tẽporis parte rei conscientiam habeat alienæ*. Quamobrem leges, quæ de actionũ pręscriptione loquuntur, eamque per longissimum tempus inducunt, non videntur esse sublatę.

Sed obstant huic expositioni illa verba dicti cap. vlt. *Nulla valeat absque bona fide præscriptio*. & rursus obstat ratio qua mouetur S. Pontif. Quòd, uidelicet, omne, quod non est ex fide, peccatum est, &c.

Tertia est sententia Panorm. in d. c. ulti. de pręscript. leges Ciuiles præscriptionem cum mala fide inducẽtes, in actionibus personalibus sublatas non esse, eo in casu, quo debitor non est in mora soluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam si non fuerit ab eo petita, is uidetur se præscriptione tueri posse, eamque præscriptionem non tàm ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verum obstat & huic sententiæ, quod licet creditor sit negligens, debitor tamen scit se obligatum esse, consequenter si post longissimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non potest se præscriptione tueri, quia est in mala fide.

Quarta est sententia nõnullorum quos Couarruuias refert in cap. possessor malæ fidei, in 2. parte §. 11. Leges correctas non esse, de quibus dictum est, quantum attinet ad forum externum, secus uero, quod attinet ad forum internum ipsius animæ & conscientiæ. Sed cùm dicat S. Pont. nullam præscriptionem ualere, vbi mala fides adest, tàm Canonicam quàm Ciuilem, sequitur, ut neque in foro externo rectè obijci possit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, secundùm tritam regulam. Non pręstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectũ, præsertim, quia S. Pont. derogat omni legi & consuetudini, quæ absque peccato mortali obseruari non potest, qualem procul dubio ibi existimat esse legem & cõstitutionem, quæ absque bona fide præscriptionem; inducit.

Quinta & postrema est opinio, uera & communis, vsu etiam recepta, Omnes leges & constitutiones, quæ præscriptionem absque bona fide inducunt, iure Canonico sublatas & correctas esse, siue pertineant ad actiones reales, siue personales, & siue agatur de foro interno, siue externo. ita docent Ancharanus & Frãcus in d. cap. possessor malæ fidei. Imola & Felyn. in d. capitu. ult. Baldus de præscript. in 2. parte 3. partis princip. q. 13. & alij quos refert & sequitur Couar. loco nuperrimè citato. Nec non Anton. Gabriel. comm. conclu. titu. de præscript. conclu. 3. nu. 3.

Probatur hæc sententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prædictas tollere & corrigere potuit & uoluit, ergo sublatæ & correctæ esse censentur, quoniam ex potestate & uoluntate, ut dicebat Aristoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuisse S. Pontificem, nemini dubium est, quia hic agitur de peccato, qua quidem in re propter animæ salutem, summã habet potestatem decernendi ac statuendi, ut in cap. nouit. de iudicijs. Voluisse autem, negari non potest, quia hoc expresse habetur in d. cap. ult. de præscript. & alibi. Vt nulla ualeat absque bona fide pręscriptio, tam Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quod nõ est ex fide, peccatum est, inquit S. Pontifex: *Et generaliter omni constitutioni & consuetudini derogandum sit, quæ absque mortali peccato obseruari non potest*. Vnde sic argumentatur S. Pontifex. Omni constitutioni est derogandum, quæ seruari non potest absque peccato mortali, sed præscriptio sine bona fide peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non est ex fide, peccatum est, ergo legibus & constitutionibus, quæ illam admittunt & probant, derogandum est, quia sine peccato obseruari non possunt. Et tantum sufficit de ista controuersia.

CAPVT LXIIII.

Vtrum præscriptione completa bona fide, si is qui præscripsit, cognouerit rem esse alienam, teneatur in foro conscientiæ eam restituere domino suo.

DOctissimus uir Alciatus in libello de quinque pedum præscript. existimauit, præscriptionem in foro conscientiæ locum non habere, & ideo possessorem teneri, si cognouerit rem alienam esse, dño restituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, quos commemorat Couar. in c. possessor malæ fidei, in 3. p. §. 2. & horum omnium illud est fundamẽtum, quod in foro cõscientię cesset ratio præscriptionis, ut litium aliquando finis esset, & si quæ alia ratio affertur, in eoque maximè bona fides uigeat, quam quilibet Christianus agnoscere debet, & ultro rem ad dominum deferre. Quibuscunque enim uerbis lex loquatur, iubeat, fingat, præsu-

mat, nunquam naturalem illam iuſtitiam abolere poteſt, in qua cardo omnis, fundamentumque Euangelicæ veritatis reſidet. Idem docuit Gregorius Syntagmate iuris lib. 40. cap. 8. nu. 4.

Sed contraria ſententia, quę crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iuriſconſultorum eſt recepta, mihi quoque magis probatur. Ita enim docuerunt Tiraquellus poſt alios de pręſcript. §. 1. Gloſ. 2. Couaru. loco ſuprà citato. Franciſcus Sarmient. lib. 2. ſelectar. interpretationum, cap. 10. & Alciatus ſibi parum conſtans ad rub. de pręſcript. nu. 13.

Fundamentum eſt præclarum ac ſolidum, quia qui præſcripſit bona fide iam dominum acquiſiuit rei alienæ, conſequenter eam alteri reſtituere non tenetur, quia non alterius, ſed ipſius, qui præſcripſit, eſt. Abſurdum verò eſt exiſtimare, præſcriptiones, quæ ſacris Cononibus receptæ ſunt, vimque habẽt in foro externo, ac poſſeſſorem tuentur, in interiori conſcientiæ foro locũ non habere. Sic enim ſequentur eum peccare, qui ſacris Canonum conſtitutionibus innititur, quo nihil eſt à veritate magis alienum. c. qui peccat. 23. quęſt. 4. Pręſertim cùm in hac ipſa præſcriptionis materia, magnoperè ſacri canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducatur, vt in c. vlt. de pręſcript. & alibi.

Quòd verò dicebatur, in foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui præſcriptionis leges innitũtur, nec poſſe leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rem reſtituendam domino, nihil mouere debet, quia iuſtas ob cauſas inducta eſt præſcriptio, ideoq; valet & obtinet etiam in foro conſcientiæ, ſicut & aliæ leges, quibus ex iuſtis cauſis decernitur, dominio rei ſuæ aliquem priuari poſſe, & ratio illa naturalis iuſtas ob cauſas temperari à legiſlatore poteſt in aliquibus caſibus, ſicuti conſtat ex notatis in c. quæ in eccleſiarum, de conſtitutionibus, & alibi.

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res ſua ſit, vel aliena, poſſit præſcribere.

SI poſſeſſor ab initio dubitauerit, an res ſit ſua, vel aliena, inter omnes conſtat eum præſcribere non poſſe.

Cęterùm, ſi ab initio bonam fidem habuerit, & poſtmodum dubitare incęperit, vtrũ poſſit iure præſcribere & vſucapere rem alienam, aliqua eſt inter Doctores controuerſia. Etenim præſcribere non poſſe talem poſſidentem, opinati ſunt Anton. Butr. in cap. vlt. de præſcript. & Dom. Sot. de iuſt. & iur. lib. 4. art. 4. q. 4.

Fundamentum eſt illùd, quòd pręſcripto requirat bonam fidem, dubitans verò in bona fide eſſe non videatur, imò verò non procul eſſe a peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id quod facit, ſit peccatũ, in peccatum incidit, iuxta ſententiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo, vt habetur in c. literas, de reſtitutione ſpoliator. & in c. in pręſentia, de ſponſal.

Sed contrariam ſententiam & communiorem & veriorem eſſe iudico. Eam ſecuti fuere Panorm. Imola & Felyn. in d. c. vlt. Baldus de pręſcript. in 2. parte 3. partis princip. q. 2. Couar. ad c. poſſeſſor malę fidei. in 2. par. §. 7. de reg. iur. lib. 6. Franciſc. Sarmient. ſelectarum interpretationum, lib. 2. cap. 10.

Probatur hæc ſententia ex dicto, cap. vltimo. ſi principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio. *Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio* (ſed in ſpecie noſtra poſſeſſor bonam fidem habet) ſequitur deinde textus: *Itaque oportet, vt qui præſcribit, in nulla temporis parte rei habeat conſcientiam alienæ.* Sed poſſeſſor in quęſtione propoſita non habet conſcientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere ſcien-

A tiam, ſicuti declarat optimè Bartol. in l. admonendi, nu. 28. ff. de iureiur. igitur præſcribere poterit.

Dubium autem eſt duplex, alterum ſpeculatiuum vt vocant, alterum practicum. Speculatiuum, cùm quiſpiã dubitat, an res ſit ſua, vel aliena. Practicum vero cum dubitat, an poſſit illam retinere ſine peccato.

Priori dubio implicitus, non eſt in mala fide, neque peccat, quia licet dubitet, an ſua ſit res, vel aliena, credere tamen poteſt, ſe iuſtè eam poſſidere, ac retinere poſſe, donec cognouerit alienam eſſe.

Poſteriori vero dubio inuolutus, peccat, & ſecundum illud habent locum argumenta prioris ſententiæ.

Cœterum non de poſteriori hoc practico dubio, ſed de priori ſpeculatiuo, communis, & noſtra hæc ſententia eſt accipienda. Vide etiam de hac re Vaſq. Controu. Illuſt. lib. 2. cap. 77.

B

CAPVT LXVI.

Vtrum mala fides authoris noceat bonæ fidei ſucceſſori, quò minus præſcribere poſſit, ſeu vſucapere rem alienam.

HÆc res partim iure definita eſt, partim controuerſa, in ſucceſſore quidem ſingulari definita eſt Auth. malæ fidei. C. de præſcript. longi temporis. Cæterùm in vniuerſali ſucceſſore, qualis eſt hæres, dubia eſt & controuerſa, vti videre licet ex Panor. Felyn. & alijs Doctoribus, in c. ſi diligenti, de præſcript. ex Dyno in regul. poſſeſſor malæ fidei, de regulis iuris, libro ſexto, & ex Didac. Couar. eodem in loco, in ſecunda parte relection. §. 9.

Ego vero in eorum ſententiam magis deſcendo, qui hæredem negant præſcribere poſſe, quamuis ſit in bona fide, ſi defunctus, cui ſucceſſit, malam fidem habuerit.

C Moueor in primis authoritate text. in l. cum hæres. ff. de diuerſ. & tempor. præſcript. vbi iuriſconſultus ita dicit: *Cùm hæres*, inquit Papinian. *in ius omne defuncti ſuccedat, ignoratione ſua, defuncti vitia non excludit. veluti cum ſciens alienum, vel precario poſſedit, quamuis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, tamen vſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*

Secundo, authoritate text. in l. nec vſufructuarium. C. de vſucap. pro hærede. *Nec vſufructuarium*, inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorũ vſumfructum habet, neque ſucceſſores eius, vlla temporis ex ea cauſa tenentes præſcriptio munit.*

Tertio, ex iuris Canonici regula, quæ habet; hæredẽ obligari ad exonerandam defuncti conſcientiam, vt vulgo dicitur, c. vlt. de ſepultur. cap. in literis, de raptor. cap. tua nos, de vſuris. c. ſi Epiſcopum. 16. quæſt. 6. ſi ergo defunctus malam fidem habuit, quippe qui ſciebat rem

D alienam eſſe, tenebatur rem domino reſtituere, ſi non reſtituit, & ad hæredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conſcientiam, & ſic domino rem reſtituere, nõ autem vſucapione ſuam facere.

Fundamentum cõtrariæ ſententiæ infirmum eſt, nec magno labore opus eſt in eo refutando. Eſt enim in eo potiſſimum, quod hæres ſit in bona fide, concedo, qui eſt in bona fide præſcribere poteſt, concedo, ergo hæres præſcribere poteſt. Nego, quia minor propoſitio in vniuerſum vera nõ eſt, excipiendus eſt enim ille caſus, quo quis in vitia defuncti ſuccedit. Etſi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præſcribere poteſt, quod defunctus non potuit. d. l. cum hæres. Non ignoro Vaſq. lib. 2. Controuerſ. Illuſtr. cap. 73. aliter docuiſſe, ſed eius argumentis alio in loco ſatisfaciam, lib. 10. Controuer. cap. vlt.

CAPVT

CAPVT LXVIII.

Quomodo sit accipiendum, quod vulgo receptum est, ac dici solet: post longissimum, tempus, malam fidem allegari non posse contra possessorem: & an sit verum.

MAlam fidem aduersus possessorem longissimi temporis, allegari non posse docuit Bartol. in l. vlt. C. unde vi: illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine posita. *Si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Bartolum secuti sunt alij, vt testatur Couar. ad cap. possessor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6. in a. parte, §. 8. nu. 3.

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum sit. Prima est sententia Cornei. in cons. 207. col. a. libr. 3. quem refert, & sequitur Crauetta in cons. 146. nu. 5. accipiendum esse illud dictum, quoad effectum. d. §. vlt. C. vnde vi. cùm enim ea lege caueatur, vt nemo possit absentis possessoris possessionem inuadere, ac inuadens eam restituere teneatur, ea allegatione reiecta, quod per ignorantiam se alienam rem occupasse dicat, dum propriam esse putaret, excipitur ille casus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, consequenter, quod ad eam speciem attinet, malæ fidei præsumptio ex lapsu triginta annorum cessat.

Verum obstat huic interpretationi, quod si in ea specie d. l. vlt. ita statuendum, est, nil proponi videtur, cur & in alijs similibus idem statuendum non sit, nam vt Iulianus dicebat, non possunt omnes articuli singulatim, aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni præest ad similia procedere, itaque ita ius dicere debet. l. non possunt. ff. de legibus.

Secunda est opinio eiusdem Crauettæ in d. cons. 146. nu. 6. quem secutus est Hyppol. Rimi. in cons. 249. lib. 3. communem illam assertionem intelligendam esse, vt locum habeat inspecto iure ciuili. Cæterum iure canonico nequaquam vera est, quoniam omnis præscriptio, etiā longissimi temporis iure canonico sublata est absque bona fide.

Sed obstat illud, quod licet iure canonico ita constitutum sit, non tamen est sublata communis assertio, de qua loquimur, nempe post lōgissimum tempus malam fidem non præsumi.

Tertia est sententia eiusdem Crauettæ, & Riminaldi locis annotatis, & ante eos Aretini in cons. 155. adhibendam esse distinctionem inter malam fidem veram, & præsumptam. Mala fides vera semper allegari potest, semperque præscriptionem infirmat, præsumpta vero nequaquam. Quare si quis probet rei alienæ possessoré etiam longissimi temporis, reuera nō ignorasse rem alienam esse, exceptio malæ fidei obtinebit, & impediet præscriptionem. Cæterùm si hoc obijciatur longissimi temporis possessori, quod præsumatur esse in mala fide, rem alienam non ignorasse, quodq; credere debuerit, quod suum non erat, ad alios pertinere, illhæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet post longissimum tempus elapsum.

Ego vero longè diuersam ab his opinionem habeo, Nam quod attinet ad l. vlt. C. unde vi; nihil illa aliud docet, nisi possessorem rem, qua occupauit, restituere oportere, nisi triginta annorum curricula excesserint. Verba textus sic habent. *His videlicet, quæ super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Hic de præsumenda, vel non præsumenda mala fide post longissimum tempus, deque potestate eam allegādi, vel non allegandi, nullum verbum animaduerto. Supra quidem Imperator dixit, *Ridiculum etenim est* A *dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis, quasi propriam occupauerit; omnes autem scire debent, quod suum non est, hæc ad alios modis omnibus pertinere.*

Cæterū hæc allegatio, hæc præsumptio, hęc obiectio, non tollitur ex lapsu longissimi temporis, quoniam & post longissimum tempus mala fides possessoris durat, qui alienam rem occupauit, sed tollitur condictio ex illa lege, sicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum spacium tolluntur, mala fide possessoris non obstante, ut in l. omnes, & in l. sicut. C. de pręscript. longissimi tēporis. Quod verò dicitur de mala fide præsumpta, nihil est, quia bona fides præsumitur in possessore, vt notum est, consequenter etiam ante longissimum tempus, malę fidei pręsumptio cessat, & qui dicit possessorem malæ fidei esse, id probare debet. leges sunt hac de re claræ & notissimæ. Quare sic statuo, bona tantorum Patrū venia; huius communis assertionis fundamentum nullū esse, ac proinde quomodo accipienda sit, superuacaneam B esse indagationem.

CAPVT LXVIII.

Vtrum statutum Ciuitatis, quo cauetur, ut nisi intra certum tempus creditor petierit debitum, excludatur, valeat, & seruandum sit;

VAriæ & inter se dissidētes sunt Doctorum sententiæ de statutis, quę in Italia potissimū multis in locis vigēt, & quibus ita cauetur vt nisi intra certū tēpus creditor sibi debitū petierit, excludatur a iure suo, an valeāt & seruāda sint. Nam valere ac seruanda esse in pœnā negligētis creditoris Bart. existimauit, in l. sequitur. §. si viam. ff. de vsucap. & cū eo multi alij, quos commemorat Ant. Gabr. commu. concl. tit. de pręscrip. concl. 4. Cæterum non ualere huiuscemodi statuta, quia pecca- C tum inducere videantur propter malam debitoris fidē, responderunt Io. Andr. & Ancharan. in c. 2. de excepti. lib. 6. & multi alij a Gabrielio citati loco annotato.

Alij distinctione hac vtuntur, vt siquidem statuti verba ad debitorem referantur, non valeant, si ad creditorem, valeant. Ita Castren. in d. §. si uiam.

Sunt & qui distingnāt, vtrum debitum sit iuratum, necne, ut primo casu non valeant, secūdo autem casu valeant. Ita Ang. Rom. & Ias. in l. nam & postea. §. si quis qui temporali. ff. de iureiur.

Alij, utrum statutum creditorem excludat a Iure suo, an vero debiti probationem infringat; priore casu illud non valere docent; posteriore casu ualere existimant. Ita Alex in cons. 170. libr. 7. Socin. sen. in cons. 120. num. 19. lib. 1. Ant. Gabriell. commun. concl. tit. de statutis. concl. 11. nu. 12. Hieron. Gabr. in cons. 4.

Alij denique statutum ualere, quatenus debiti probationem infringit, putant, si modo iusta ratione id fiat. D alias secus. Ioan. Andr. in addit. ad Specul. tit. de Instru. edit. §. compendiosè, super verbo, sed nunquid. vers. sed conuerso casu. Anton. Butr. & Abbas. in c. 2. de probat. Ego vero omnem hanc controuersiam sequentibus conclusionibus dirimi posse iudico.

Prima cōclusio. Statutum, quo cauetur, vt si creditor non petierit debitum intra certum tempus, excludatur a iure suo, non valet, siue uerba ad creditorem dirigantur, siue ad debitorem, si modo debitor sit in mala fide. Probatur hæc assertio, ex ca. ult. de pręscript. in illis verbis. *Cum sit omnis consuetudinis, & constitutioni derogandū, quæ absque mortali peccato seruari non potest.* Et supra S. Pontifex sic statuit, ut nulla valeat absq. bona fide præscriptio, tam canonica, quam ciuilis.

Secunda conclusio. Statutum huiusmodi creditorem excludens, & debiti probationem infringens, si ob iustā causam conditum esse non appareat, nō ualet. Probatur hæc cōclusio. primo, ex c. 3. de probation. Quatenus ibi S. Pon-

A S. Pontifex improbat consuetudinem, quæ absque iusta causa probationibus factis derogabat. Secundo probatur, quia statutū sicut, & lex, debet esse iustum c. erit autem lex. 4. dist. Innocen. in c. plerisque in fine. de immu. Ecclesia. Abbas in d. c. 2. nu. 4. de probat. tale autem statutum est iniustum, quia legitimis probationibus fides est adhibenda. Tertio, quia tale statutum probationem infringens, licet non directè, attamen effectu ipso considerato præscriptionem inducit cum mala fide, neq; seruari potest absq; mortali peccato, quoniam debitor scit se debitorem esse, creditor vero id probare non potest, atq; ideo excluditur & priuatur iure suo.

Tertia conclusio. Statutum, de quo agitur, si probationem infringat ex iusta, & legitima causa, valet & seruandum est. Probatur hæc sententia, quia lex potestatem habet ex iusta & probabili causa, iustam & plenam probationem infirmandi, id patet, quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus testibus, iuxta illud, in ore duorum, vel trium stat omne verbum. c. cum B esses. de testam. cap. in omni negotio. de testibus, c. forum. §. in omni negotio. de verbor. significatione, & tamen iuste ad fraudes tollendas sancitum est, vt in testamentis septem requirantur, in codicillis quinque, & in alijs multis casibus. Iustam vero causam hic ego non præsumo, nec facile probari posse iudico.

Postrema cóclusio. Huiusmodi statutum ex iusta causa probationem infirmans, ualet & locum habet, etiam in debito iurato. Probatur hæc conclusio, quia iuramentum adhibetur, ad contractum confirmandum, non autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in casu iuramentum nihil operatur, quia scilicet ipsum iuramentum probari non potest, vti dicebat Aleiat. in cap. cum contingat. n. 242. de iureiu. & ideo receptum est, iuramentum nequaquam habere vim, & potestatem supplendi solemnitatem probatoriam, vt loquuntur nostri, C talis enim sollemnitas iure publico inuenta est, ac proinde pacto & iuramento partium suppleri non potest. Vide Bart. in l. si quis pro eo, nu. 13. ff. de fideiuss. Panorm. in c. cum contingat. n. 24. de iureiur. Gabriel. comm. concl. tit. de statut. concl. 11. nu. 12.

CAPVT LXIX.

Vtrum aduersus præscriptionem competat maioribus vigintiquinq; annis in integrum restitutio, ex causa iusta & probabilis ignorantiæ.

Controuersi iuris est, an aduersus præscriptionem maioribus XXV. annis competat in integrum restitutio ex causa iustæ & probabilis ignorantiæ, vt videre licet ex Didaco Couar. in c. possessor malæ fidei in 3. parte. §. 2. de reg. iu. lib. 6. Abbate & Felyno in cap. vigilanti de præscript. Pinello in auth. nisi tricennale. nu. D 58. C. de bonis matern. Crauett. in consil. 201. Boerio decis. 39. Sfortia Oddo de restit. in integ. parte 2. quæst. 90. Francisco Sarmiento selectar. interpret. lib. 2. cap. 10. & Federico Scoto, cons. 1. lib. 4. com. 2.

Ego eam sententiam vsu forensi receptam esse non ignoro, quæ restitutioni fauet. Sed tamen contrariam sententiam, legibus esse magis consentaneam existimo, quam imprimis confirmabo, deinde communis sententiæ argumento refutabo.

Igitur maioribus XXV. annis ex dicta causa non competere restitutionem aduersus præscriptionem, his argumentis probatur.

Primum sumitur ex l. vlt. C. de præscrip. longi temporis in illis verbis. *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.* quibus verbis hoc Imperator, vult, ut præscriptio locum habeat, tam contra scientem, quam contra ignorantem, A ne si duntaxat contra ignorantem locum habeat ob eam causam nouæ lites & dubitationes exoriantur, ergo restitutio aduersus præscriptionem non est concedenda ex causa ignorantiæ, ne super ignorantia vel scientia, nouæ oriantur lites uel dubitationes.

Secundum est ex l. sicut C. de præscript. XXX. uel XL. annorum, ubi postquam Imperator dixit, eam præscriptionem contra omnes locum habere. *Non absentia,* inquit, *non malitia contra eam legem defendenda, sed pupillaris ætatis duntaxat huic eximenda sanctioni.*

Tertium est ex l. omnes. C. eod. tit. ubi dicitur, eum qui præscripsit, plenissima munitione securum esse, quod sanè verum non esset, si restitutio in integrum competeret aduersus ipsam præscriptionem ex causa ignorantię.

Quartum est ex l. vlt. C. de fundis patrimonial. lib. 11. in illis uerbis. *Nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum, &c. a publico actionem vel molestiam, uel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*

B Quintum est ex. l. vni. C. de usucapione transformanda. ubi Iustinianus commemorans antiquas circa præscriptionem constitutiones, easque corrigens, quoad tempus præscriptionis clarè indicat pręscriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduersus ignorantes. Sic enim ait.

Sed si quis res alienas Italicas tamen bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reseruabatur regressus, quæ, & nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens, & nesciens, tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Quam quidem temporis angustiam ibi corrigit Imperator duntaxat, & sic antiquæ leges valent, quibus pręscriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum est ex c. ad aures. de præscription. ibi: *Quadragenalis præscriptio, omnem prorsus actionem excludit.*

Septimum argumentum, ac postremum est huiusmodi. Quia videlicet absentibus propter iustam ignoran- C tiam iustum tempus conceditur, vt suas res perquirant. Quare si intra constitutum tempus nō perquisierint, merito excluduntur. Item, quia si restitutioni locus esset propter ignorantiam, nunquam, vel raro pręscriptio locum haberet, quis. n. sciens pateretur suas res ab *alijs* vsucapi?

Respondent contrarię sententiæ authores, his argumentis probari, pręscriptionem etiam ignorantibus obesse, sed non probari, nec ideo colligi posse, restitutionem esse denegandam. Nam & absentibus Reipublicę causa nocere solet, qui tamen in integrum restituendi sunt. Rectè, si leges extarent, quibus ex causa ignorantię restitutionem esse concedendam caueretur, sicuti ex causa absentię, Reipublicę causa cautum est, sed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multę contra extant constitutiones ac leges, quibus contrarium suadere probabiliter potest.

Sed iam videamus quantum habeant momenti sententię communioris argumenta.

D Illud in primis affertur, quod habetur in l. 1. ff. ex quibus causis maiores in integrum restituantur. *Si qua alia iusta mihi causa esse uidebitur in integrum restituam.* Respondeo, non ita simpliciter textus dicit, sed ita. *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.* At nulla extat lex, nullum decretum, quo ignorantiam esse iustam restitutionis causam aduersus præscriptionem demonstrari possit.

Si dicatur, sufficere, nullam esse legem, quę restitutionem prohibeat, quia sic illa verba edicti accipienda sunt l. nec non §. quod eis. ff. ex quibus causis maior. ibi. *Quæ clausula non illud pollicetur, se restituturum, si leges permittant, sed si leges non prohibeant.* Item sufficere si æquitas restitutionem suadeat, sic enim illa verba. *Si qua alia mihi iusta causa uidebitur,* accipienda sunt, vt in l. sed & si per prætorem. §. item inquit prætor: ff. eod. tit. respondeo, leges hoc in casu restitutionem prohibere, si non expresse,

saltem

saltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere volunt præscriptionem, nec ratio æquitatis restitutionem dari postulat, quia sic nunquam esset litium finis, & parum ipsa præscriptio prodesset, cùm scientes res suas ab alijs detineri sæpius interrumpant præscriptionem, & longum tempus, ideo fit constitutum, vt perquirēdi res suas dominis facultas daretur.

Secundò affertur tex. in l.1. §.si quis propter. ff. de itinere, actúque priuato. Respondeo, textum non loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit. Sic enim habet. *Si quis propter inundationem vsus non sit itinere, actúq; hoc anno cùm superiore vsus sit, potest repetita die hoc interdicto vti per in integrum restitutionem, ex illa parte edicti, si qua mihi iusta causa videbitur.*

Tertiò affertur tex. in l. & Atticilinus. ff. de seruitutibus rustic. prædior. Respondeo. Restitutionem dari in ea specie ex alio impedimēto, quàm ignorantiæ, sic enim ait textus. *Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me, proposueruntq; aquam, qua per aliquot annos vsi sunt, ex fonte qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quòd fons exaruisset, & postea ex eo fonte aquam fluere cœpisse, petieruntq; a me, vt quod ius non negligentia, aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. Quorum mihi postulatio, cùm non iniqua visa sit, succurrendum his putaui. Itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis restitui placet.*

Quartò affertur tex. in l. ab hostibus. ff. ex quibus causis maiores. Respondeo, textum loqui de absente ab hostibus capto, non autem de ignorante.

Quintò affertur tex. in l. si partem. §. 1. iuncta Glo. ff. quemadmod. seruitus amittatur. Respondeo, textum illum potius fauere sententiæ nostræ, & Glo. in verbo, non vtendo, quæ restitutionem in causa ignorantiæ concedendam arbitratur, niti authoritate l. & Atticilinus. ff. de seruitut. rust. præd. qui tex. ad hanc rem non pertinet, vt supra dictum est. Iurisconsulti verba, in d. l. si partem. §. 1. hæc sunt. *Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hereditate, per constitutū tempus ad amittendam seruitutem ignoraueris eam tibi legatam esse, amittes eam non vtendo.*

Sextò affertur illa ratio, quòd cùm ex causa infirmitatis & absentiæ, & ex alijs iustis impedimentis restitutio concedatur, sit etiam ex causa ignorantiæ concedenda, quia iustum impedimentum afferre videtur. Respondeo hæc esse dissimilia. Nam ideirco tempus ignoranti datur à lege, vt res suas perquirat, ne iustam conquerendi causam habeat, & vt si vel noluerit, vel non potuerit, iura sua inuenire, id vel negligentiæ suæ, vel fato adscribat, nèque enim perpetuæ lites esse debent in Republica, & dominia rerum in incerto esse.

Postremò affertur illa ratio, quòd præscriptio inducta esse videatur in odium negligētis. Is autem qui ignorat, negligens esse non dicatur. Respondeo, bono publico inductam esse vsucapionem, ne semper dominia rerum in incerto essent, & vt aliquando litium finis esset. l. 1. ff. de vsucapion. l. vlt. ff. pro suo.

CAPVT LXX.

Vtrum præscriptione, siue vsucapione acquiratur dominium directum, an verò vtile tantum.

VTile dominium, si nostrorum interpretum loquendi vsum, & placita spectemus, duobus modis dicitur. Primùm illud quod opponitur directo dominio, secundò id, quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere emphyteutæ, & vasalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidem probabili, aliquibus non satis probabili, iam non disputo, sed de re ipsa, ac omissa posteriore significatione. Quòd ad priorem attinet, non desunt, qui ex præscriptione negant

A acquiri directum dominium. Non desunt etiam, qui affirment; Inter omnes autem conuenit, si de vsucapione rerum mobilium agatur directum acquiri dominium similiter inter omnes constat non acquiri ex præscriptione longissimi temporis, si possessor sit in mala fide. Vide Alciat. in l. vt sunt. ff. de verb. signific. Vasquium; Controuers. illust. cap. 54. & Pinell. in Authen. nisi Tricennale. nu. 38. C. de bonis matern. Omnis controuersia est de præscriptione longi temporis, ac longissimi, cū possessor est in bona fide. Etenim eiusmodi præscriptione vtile duntaxat dominium acquiri, responderunt Glo. in l. traditionib. C. de pact. & in d. Auth. nisi tricennale, quam vtroque in loco secutus est Bart. & Felyn. in rub. de præscript. atque ibid. Panorm. Bald. de præscript. 2. parte 3. partis princip. q. 2. & alij quos commemorat Couar. ad reg. possessor malæ fidei, in 3. parte in princip. de reg. iur. lib. 6.

Argumenta verò sunt isthæc. Primum ex l. si duo patroni. §. 1. ff. de iureiur. in illis verbis. *Post longi temporis*
B *præscriptionem, etiam vtilem actionem habere debere.*

Secundum est ex l. 1. in fin. ff. de aqua plu. arcen. & ex l. si quis diuturno. ff. quemadmodum seruitus vindicetur. in quibus locis habetur, acquisita seruitute per præscriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumentum est ex eo, quòd ex præscriptione dicitur oriri exceptio. vt l. super longi. C. de longi temporis præscript. & in l. si quis emptionis. C. de præscript. longiss. temp. Exceptio autem est actionis exclusio. l. 2. ff. de exception. ergo is, contra quem excipitur, de præscriptione dominium rei habet, alioquin rem vendicare & agere non posset, cùm autem dominium vtile non habeat, est enim illud penes possidentem, necessariò sequitur eum habere directum, & sic vtile duntaxat præscribenti fuisse quæsitum.

Postremum argumentum est huiusmodi. Dominium ex iure gentium prouenit, l. ex hoc iure. ff. de iust. & iu.
C ergo a iure ciuili tolli non potest ex præscriptione. §. vlt. in inst. de iure naturali, gentium, & ciuili.

Sed contrariam sententiam habuerunt doctores galli veteres, Deci. & Alciat. in l. traditionib. C. de pactis. Coriasius lib. 6. Miscellaneor. cap. 20. Couar. loco nuperrimè citato. Vasquius Controuers. illust. c. 54. & Pinell. in Auth. nisi tricennale. C. de bonis matern. nu. 39.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex l. 3. ff. de vsucapion. & ex l. acquiritur. 2. §. non solum. ff. de acquir. rer. dom. & ex l. traditionib. C. de pactis, quibus in locis habetur, vsucapionib. dominia rerum nobis acquiri. Quę quidem dominij appellatio, in potiori significatu est accipienda, l. 1. §. qui in perpetuum. ff. si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur.

Secundum argumentum est ex §. 1. in instit. de vsucapion. vbi Imperat. ita dicit. *Et ideo constitutionem super hoc promulgauimus, qua cautum est, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessio-*
D *nem vsucapiantur, & his modis, non solum in Italia, seu etiā in omni terra, quæ imperio nostro gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis præcedente, acquirantur.*

Tertium est ex l. vlt. C. de edicto D. Hadriani tollendo, & ex l. omnes in fi. C. de præscript. longiss. tempor. quibus in locis habetur. Ei, qui bona fide præscripsit, plenissimam securitatem super dominio præstari.

Quartum & postremū est ex c. inter memoratos. 16. q. 3. vbi dominium præscriptione acquisitum appellatur æternū, & ex c. clerici, ead. q. vbi proprietas nuncupatur.

Ego in hac difficultate sic statuo. Primum & secundū argumentum prioris sentētię, ac postremum etiam, nullius esse momenti. Nam quòd attinet ad tex. in l. si duo. §. 1. ff. de iureiur. sensus illius loci non est ex præscriptione nasci vtilem actionem, sed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex iureiurando, etiam post longi temporis præscriptionem, scilicet ab aduersario possessore cōpletam; vti explicat omnium optimè Duaren. in comment.

ment. ad tit. ff. de iureiur. cap. 5. Quòd verò attinet ad seruitutes, quia non propriè possidentur, non mirum videri debet, si earum nomine vtilis actio ex præscriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumentum, certum est illud nil obstare, quia ius naturale, quo dominiũ propriæ rei quisque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem sumit ex alia eiusdem iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reipub. & Principibus pareamus, & sic leges præscriptionem inducentes obseruemus, quæ iustam ob causam & propter publicã vtilitatem constitutæ sunt.

Vna superest difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, antiquo rerum domino, actionem competere ad rem ipsam vindicandam, ex eo statim argumentati sunt, dominium aliquod eum habere, si non vtile, saltem directũ: quod verò agere possit antiquus rei dominus, inde deduxerunt, quoniam leges dicũt, possessorem aduersus eum exceptionem præscriptionis habere; exceptio enim est actionis exclusio, & sic præsupposita exceptione ex parte præscribentis, præsupponenda est etiam actio ex parte agentis, qui scilicet olim rei dominus erat. Sed istud argumentum parum habet ponderis, quia antiquus dominus etsi agat, & nomine tenus & de facto rem vendicare tanquam dominus videatur, attamen re ipsa & de iure dominus non est: quod patet, primò, quia exceptione repellitur ab eo, qui præscripsit; deinde, quia ita iure constitutum est, vt si is, qui rem præscripsit, bona fide à possessione cadat, rem vẽdicare possit, vt patet ex d. l. si quis emptionis. C. de præscript. longiss. temporis, consequenter non antiquus dominus, sed ipse, possessor rei dominium habet: Quæ cùm ita sint, haud quaquam opus erat distinctione vtilis & directi dominij. Nihil enim interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. l. nihil interest. ff. de reg. iu.

Quare in eam sententiam descendo, quæ sic vsucapioni fauet, vt ea directum & absolutum dominium acquiri confirmet.

CAPVT LXXI.

Vtrum iudex teneatur minorem delinquentem leuiori pœna afficere, quàm sit à lege imposita delicto.

TRactant hanc quæstionem fusè & accuratè Sfortia Oddus, de restitutione in integrum parte 2. q. 79. art. 9. & Antonin. Thesaurus, in nouis Decisionibus Pedemont. decis. 161. Alios tàm veteres, quàm recentes authores ipsi referunt, quorum aliqui ad pœnam minuẽdam delinquentibus, minoribus XXV. annis iudicem obligatum esse contendunt; alij verò negant: alij distinctionibus quibusdam vtuntur.

Ego quid sentiam in hac difficultate, paucis explicabo, si prius argumenta vtriusque sententiæ, tàm affirmantis, quàm negantis in medium attulero.

Igitur eorum, qui existimant pœnam esse leniendam, argumenta hæc sunt præcipua. Primum est ex l. auxiliũ. ff. de minoribus. in illis verbis. *Nisi quatenus interdum miseratio ætatis ad mediocrẽ pœnam iudicem perduxerit.*

Secũdũ est ex l. ferè in omnibus, de reg. iu. *Ferè in omnibus pœnalibus iudicijs, ætati & imprudentiæ succurritur.*

Tertium est ex l. si adulterium. §. fratres. ff. ad leg. Iul. de adulteriis. *Fratres deniq; Imperatores, Claudio crimen incasti propter ætatem remiserunt.*

Quartum ex c. vlt. de sententia Excommunicationis; ibi. *Propter defectum ætatis in quo fuit commissus excessus, rigor mansuetudine temperandus sit.*

Postremum argumentum est huiusmodi, quia videlicet, vbi minor est culpa, ibi minori etiam pœnæ locus esse debeat: negari verò non potest, quin minoris XXV.

A annis culpa longè sit leuior, quàm maioris, propter imprudẽtiam atque inconsultum calorem, quibus illa ætas magis est obnoxia. Igitur lenienda esse videtur pœna minoribus delictum committentibus.

Argumenta vero eorum qui contrariam sententiam amplexi fuere, ista sunt præcipua. Primum ex l. si ex causa. §. nunc videndum. ff. de minoribus. ibi. *Et placet in delictis minoribus non subueniri.* Secundum ex l. si minor. 36. ff. ad leg. Iul. de adult. *Si minor annis adulterium commiserit, lege Iulia tenetur.*

Tertium ex l. excipiuntur. ff. ad Senatusconsultum Syllanianum, ibi. *Qui verò ministri, vel participes cædis fuissent, & eius ætatis, quanquam nondum puberis vt rei intellectum capere possent, ijs non magis in cæde domini, quàm in nulla alia causa parci oportere.*

Quartum est ex l. 7. C. de pœnis, vbi tex. ita dicit. *Impunitas delicti propter ætatem non debetur.*

Quintum est ex l. 6. C. ad leg. Corn. de sicariis. ibi. *In-*
B *nocentia purgari crimen, non adulta ætate defendi conuenit.*

Postremum argumentum est ab authoritate Cõstantini Hermanopuli in promptuario iuris lib. 6. c. 6. *Qui cædem*, inquit, *meditatò & consultò fecit, cuiuscunq; ætatis sit, gladio plectitur, &c.*

Ego igitur sic statuo, in adulterij & homicidij crimine minori delinquenti, haudquaquam pœnam esse minuendam, quoniam huiusmodi delicta in ætate adulta potissimum committuntur.

Moueor authoritate tex. in d. l. si minor. 36. ff. ad l. Iul. de adult. & authorit. tex. in d. l. 6. C. ad l. Corn. de sicarijs. Quod vero ad alia delicta attinet, permagni referre iudico, vtrum semel an sæpiùs minor deliquerit, verũ fuerit aliàs punitus propter delictum commissum necne, sitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem suppleat necne, & denique, vtrum spes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem si de graui crimine agatur, quod sæpius adultus perpetrauerit, haud semel animad-
C uerti, capitali supplicio affectum fuisse, quod & magnoperè probo. His cessantibus benigniorem sententiam secutus sum.

Denique argumentum nullum video, quo sententia stabiliri possit perpetua, per quam iudices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam, teneantur. Etsi interdum id eis licere non dubitem, quemadmodũ argumenta prioris sententiæ facilè euincunt; illud enim argumentum postrẽmum, quod sumitur ex leuitate culpæ, non est solidum. Nam si verbi gratia adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac si maior esset XXV. annis, sed nõ propterea efficitur, eum minori pœna afficiendum, quàm hominem occidenti sit præscripta: ratio est, quia tam grauiter delinquit, vt pœnæ homicidij meritò reus esse debeat.

Exemplum esto. Homicidium est maius crimen adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm qui adulterium committit, & tamen vterque capitali pœ-
D na dignus est. Qui enim minus grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege constitutam.

CAPVT LXXII.

Vtrum minor XXV. annis restituendus sit, aduersus confessionem delicti.

MInorem annis qui confessus sit delictum, de quo conuictus non est, aduersus confessionem esse restituẽdum, Angelus existimauit in l. certum. §. in pupillo. ff. de confessis; quem postea secuti sunt alij, vt Alexander refert, in cons. 215. lib. 3. & Iason. in l. nam & postea §. si minor. ff. de iureiur. & alij passim. Horum argumenta sunt ista.

Primum ex d. l. certum. §. in pupillo. ibi. *Minorem à confessione sua restituemus.* Secundum est ex eo, quod minor

nor aduersus negationem restituitur, vt patet ex l. si ex causa. §. nunc videndum, ff. de minorib. ergo eadem ratione restituendus videtur aduersus confessionem. Tertium est ex regula generali. Minoribus læsis succurrendum esse l. minoribus. ff. eod. tit. cum alijs, sed hic est læsus ex confessione, quia delictum nõ potest aliunde probari, ergo restituendus esse videtur.

Istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam defendit Franciscus Sarmientus lib. 3. selectar. interpret. cap. 13. Moucor authoritate textus in l. auxilium. ff. de minorib. vbi dicitur, in delictis, minorem nõ mereri in integrum restitutionem, & paulo post de eodem minore confitente, ita dicitur: *Sed vt ad leges Iuliæ de adulterijs coercendis præcepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœna est, si se minor annis adulterum fateatur.* His verbis probatur non esse in integrum restituendum minorem, aduersus suam confessionem, quia si restituendus esset, aliqua certè esset pœnę deprecatio, quia scilicet restitueretur aduersus suã confessionem, & pœnam euaderet, nisi aliunde constaret eum deliquisse.

Confirmatur hæc sententia: nam aut verum fassus est minor, aut falsum, aut nobis non constat, vtrum verum aut falsum dixerit. Primo casu restitutionẽ non meretur, quia iure communi vsus est, l. vlt. C. de in integr. rest. mino. tenebatur enim verum dicere. Secundo casu restituendus est, si de errore suæ confessionis doceat. l. 1. §. si quis vltro. ff. de quæst. Tertio casu est indignus restitutione, quia non est pręsumendum, quod mentitus fuerit contra se, si modò sit sanæ mentis, & intelligat rem, de qua agitur, vt solent adulti.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, text. in §. in pupillo, de causis pecuniarijs intelligendum esse. Id patet ex legibus præcedentibus. Nam in præcedentibus habetur confessum pro iudicato haberi & sufficere, si tutores vel curatores fateantur. Pupillo vero confessionem non obesse, quia restituendus erit. Nos vero loquimur de adulto confitente maleficium.

Ad secundũ respondeo, tex. in d. l. si ex causa; locum habere, quando falso adultus negauit delictum, propter quam negationem crescit in duplum condemnatio, & sic dẽ læsione eius constat, & de falsitate confessionis.

Ad postremum respondeo, hic non constare de læsione, nisi vel metu fuerit confessus delictum, vel alterius dolo, vel reuera illud non commiserit, tunc enim non debet ei confessio nocere, sicut nec maiori, vt in d. l. 1. §. si quis vltro. ff. de quæst.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filiatio probetur ex solo tractatione, vt loquuntur, & educatione: vbi agitur de obtinenda hereditate, aut similibus iudicijs petitorijs.

Filiationem probari ex tractatione & educatione tradiderunt Antonius Butrius in c. transmissa, colum. 3. qui filij sint legitimi, Decius in cons. 54. Parisius in cons. 10. nu. 110. lib. 2. Cranetta in cons. 246. nũ. 2. Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs, cap. 22. num. 5. Alba in cons. 83. Purpuratus in cons. 559. lib. 2. D. Cephalus in cons. 137. nu. 44. lib. 1. Couar. de sponsalib. parte 2. cap. 8. §. 3. nu. 6. Menochius de arbitr. iudicum, casu. 89. nu. 70. & de præsumpt. li. 6. c. 35. nu. 12.

Fundamentum est in eo, quod ex tali educatione & tractatione filius quis præsumatur, & consequenter aduersæ parti id neganti, onus incumbat contrarium probandi: iuxta l. circa. ff. de probat. Quod autem ea præsumptio oriatur ex educatione & tractatione, probatur ex l. 1. §. ad quæstionem. ff. de quæstionib. in illis verbis: *Nec facile credendum, subiectam eam, quam ambo parentes*

A *tes dicũtur charam filiam habuisse, rescripto Diuorum Fratrum ad Lucium Tiberianum emisso declaratur.*

Contrariam sententiam secuti fuere Baldus in cons. 180. mortuo lib. 3. & in c. per tuas, de probat. & in l. non ignorat C. qui accusare non possunt, vbi etiam Petrus & Cynus, Albericus & Salicet. Iason. in l. neque professio. C. de testam. & in consilio 120. libro. 4. Castren. in cons. 434. non procul a principio libr. 1. Decius in consil. 321. Alciatus Reg. 3. præsumpt. 35. & in consil. 201. 523. 614. Berous in cons. 158. nume. 4. 5. lib. 2. D. Cephalus in consil. 82. nume. 48. lib. 1. Rolandus a Valle in consi. 49. nu. 48. lib. 4.

Quæ posterior sententia mihi magis probatur. Primùm ex eo, quod habetur in l. filium. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt, vbi Iurisconsultus: *Filium definimus, qui ex viro & vxore eius nascitur.* Ergo id probare debet is, qui se filium asserit.

Nec obstat, si dicatur id probare ex præsumptione,
B quæ nititur ex eo, quod habitus & educatus fuerit tanquam filius, quia in iudicijs petitorijs non sufficit actori suæ intentionis fundamentum probare ex præsumptione & cõiectura. Id patet. Nam ex possessione dominium præsumitur, secundum Bartoli sententiam communiter receptam in l. quidam in suo ff. de cond. instit. & tamen hęc pręsumptio non sufficit in rei vendicatione, sed probanda sunt quatuor, nempe titulus, traditio, precij numeratio, & diuturna possessio: vt declarat optimè Menochius de arbit. iudicum, casu. 44. sic igitur & in proposita specie, cùm principalis sit quæstio, an aliquis sit filius, ad hoc vt hæreditatem vendicare possit, probandũ erit, filium esse aliter quam per vnam illam præsumptionem, illa enim nihil amplius tribuit, quam possessionem vel quasi, filiationis, possessio autem non sufficit ad obtinendum in petitorijs iudicijs, vt dictum est.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia textus allegatus nihil aliud probat, nisi quod de pręsumptione
C ptione dictam est, eam videlicet suppositam non præsumi, quam parentes tanquam charam filiam habuerunt. Sed tamen ex eo non dicitur constare filium esse, argumento l. neque professio. C. de testam. l. non nudis l. non epistolis. C. de probationibus. Neque enim coniectura loco probationis habetur. l. tutor petitus. C. de periculo tutor. & declarat Iason in l. licet. nu. 13. de legatis 1. in petitorijs vero non sufficiunt præsumptiones, sed probationes requiruntur.

CAPVT LXXIV.

Vtrum appellare liceat a sententia Iudicis, qua pronunciat sententiam exequendam esse.

Non est certi, sed cõtrouersi iuris, vtrum ab ea sententia appellare licet, qua pronũciatur sententiã exequendam esse. Diuersarum opinionum au-
D thores nõ commemorabo, quoniam ex commentarijs interpretum nostrorũ facilè colligi possunt, ad l. ab executione. C. quorum appellationes non recipiantur, & ad l. ab executore. ff. de appellationibus & relationibus. Fuseque commemoratur a Gabriellio commu. concl. tit. de appellat. conclus. 4. rationes potius & argumenta placet diligenter expendere.

Igitur qui putant appellari non posse, trib. potissimum argumentis vtuntur. Primum. Ab executione appellari non potest d. l. ab executione. & d. l. ab executione. Ergo nec a pronunciatione de exequendo. Consequens probatur, quia pronunciatio de exequẽdo nihil aliud est in effectu, quam verbalis executio. Si ergo non liceat a reali executione appellare, nec licebit a verbali.

Secundum argumentũ. Pronunciatio de exequendo, nihil aliud est, quàm præambulũ ipsius executionis. Ergo lex, quę prohibet appellationem ab executione, vide-

videtur etiam eam prohibere ab huiusmodi pronunciatione de exequendo, quoniam est eadem ratio, & lex non est imposita verbis, sed rebus. l. 2. C. communia de legatis.

Tertium argumentum. Prohibito vno censetur etiam prohibitum id, per quod peruenitur ad illud. l. oratio. ff. de sponsal. sed prohibita est appellatio ab executione, ergo videtur et esse prohibita a pronunciatione de exequendo per quam peruenitur ad ipsam executionem.

Fundamentum autem eorum, qui contrariam sententiam sunt amplexi, illud est, quod ab omni sentẽtia regulariter appellare liceat. l. & in maioribus, C. de appellat. ergo & ab huiusmodi pronunciatione de exequendo.

Et licet ab executione appellari non possit, est tamen ratio differentiæ, quia executor non potest grauare partem, nisi modum excedat; neque enim eius officium est in cognoscendo, sed in exequendo. Verum qui pronunciat sententiam esse exequendam, prius cognoscere debet, an sit exequenda, quare, ut perperam pronunciet, facile accidere potest.

Ergo sanè, si de mero executore agatur, cuius officium in exequendo, non autem in cognoscendo, iuxta text. in c. Super quæst. de offic. delegat. in illis verbis: *Non tam cognitorem, quam executorem, &c.* non dubito, quin prior sententia verissima, eamque planè euincant argumenta superius allata. Cæterum, si de executore agatur non mero, sed mixto, qui scilicet executioni præmittere cognitionem debeat, nihil sanè video, cur appellare non liceat. Etenim, ut contra ius litigatoris pronunciet, fieri potest, ergo appellare licet. Nam & appellatio est permissa ab eo, qui sententiã male interpretatur, ut in d. l. ab executore. ff. de appellat. & relatio. Quod si ius Canonicum inspiciamus, nulla ferè dubitatio esse potest, quoniam eo iure inspecto, appellare licet ab omni sententia & interlocutione iudicis.

Quæ quidem distinctio, si recipiatur, nihil obstabunt priori sententiæ argumenta, omnia enim locum habent in executore mero, vt enim ab executione appellare non licet, ita neque ab eius præambula pronunciatione. Cæterum in executore mixto, qui & exequi, & cognoscere debet, nullas habent vires ea argumenta, quia cognitio illa & pronunciatio, an sententia sit exequenda, non est præambulum executionis, neque rei ei annexa, siue accessoria, sed principalis & prorsus separata, præcipueque definienda ac terminanda.

CAPVT LVXV.

Vtrum in causis possessorijs appellare liceat.

VAriæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ, vtrum in causis possessorijs appellare liceat. Prima est opinio eorum, qui simpliciter appellari posse negant. Ita Bart. Castr. & cæteri antiquiores, nec non Cæsar Cõtardus in cõmentarijs l. 1. C. si de momẽtanea possess. fuerit appellatum. quorum fundamentum est in textu dictæ legis, qui sic se habet. *Cum de possessione & eius momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* Confirmatur ea ratione, quoniam præiudicium, quod per sententiam in possessorio latam irrogatur, in iudicio petitorio reparari potest.

Secunda est opinio: iure quidem ciuili appellari non posse a sententia in possessorio lata, verum secus iure canonico. Ita Abbas in ca. cum ad sedem, nu. 30. de restitu. spoliator. Ripa in ca. sæpè, colu. penult. eod. tit. Federicus Senen. in consilio 77. Decius ad l. 1. nume. 6. C. de bonor. possess. secundum tabu. Contardus in commentarijs d. l. vnicæ. limitatione 3. numero 1. Couar. practicar. quæst. capit. 23.

Argumenta quibus probatur iure canonico appellari licere, sunt hæc. Primũ, quia regulariter in omnibus cau-

A sis, etiam minimis appellatio est a sacris canonibus permissa, c. de appellationibus, extra de appellationib.

Secundum, ex c. cum ad sedem de restit. spoliatorum, vbi sententia lata fuit in causa possessoria, & ad sedem Apostolicam appellatum, reformataque ipsa sententia.

Tertium ex ca. c. ea conquestione eod. tit. & cap. significauerunt, de testibus: quibus in locis de causa possessoria agitur, & præsupponi videtur appellari potuisse a sententia lata.

Quartum ex Clem. 1. de causa possess. & propriè. ibi. *Tam appellanti quam appellato licere decernimus, nedum petitorium, sed & possessorium intentare.*

Postremum ex Clem. unica de sequestratio. possess. & fruct. ubi deciditur, non esse quempiam beneficij possessione priuandum, per vnam tãtum sententiam in possessorio latam, sed beneficium esse sequestrandum apud aliquem, qui fructus ei restituat, qui victoriam obtinebit

B Deinde dicit, id obseruandum etiam circa negotia pendentia per appellationem, ea quibus omnibus Summus Pontifex indicare videtur, appellationem esse permissam in causis possessorijs.

Tertia est sententia tàm iure ciuili, quam iure canonico appellare licere in causis possessorijs: sed tamẽ executionem rei iudicatæ non suspendi, quod perinde est, ac si vna cum doctoribus diceremus, appellari posse quoad effectum deuolutiuum, non autem quoad effectum suspẽsiuum. Ita Archidiaconus in ca. & qui §. si quis ausus fuerit. 2. q. 6. Bart. in l. 2. ff. de appellat. recipien. Angelus in consi. 107. Couar. pract. quæst. c. 23. nume. 8. versic. Secunda conclusio.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi probabilior alijs omnibus. Nam si ius ciuile spectemus, non dicit lex appellationem prohiberi, sed dici sententiam latam effectum sortiri. *Etsi appellatio, inquit, interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* l. 1. C. si de momento. possess. fuerit appellatum, quæ lex à Gratiano in-

C serta est decreto, vt patet ex c. et qui §. si quis ausus fuerit. 2. q. 6. Ex quo aliquam coniecturam licet sumere, non esse hac in re discrimen inter ius canonicum & ciuile.

Nullus vero iuris canonici locus afferri potest, quo appellatio permissa esse dicatur quoad effectum suspensiuũ ut propterea loca superius relata pro secundæ opinionis confirmatione, huic nostræ non obstent: Etsi enim ea iudicant appellationem dari, non tamen continent executionem sententiæ appellatione suspendi. Quod enim est constitutum in Clem. 1. de sequest. possess. & fruct. ad beneficia ecclesiastica nominatim pertinet, nec ad alias profanas causas rectè porrigitur; quia si generaliter acciperetur, lata sententia, in petitorio, vel possessorio sequestrationi locus esset, vt in ea specie, quod tamẽ est absurdum affirmare: quonia in appellatione pendente nihil debet innouari. Vide Affl. dec. 98. Lancellottum de attentatis appellatione pend. ampl. 7.

D

CAPVT LXXVI.

Vtrum a sententia, per quam hæres institutus in testamento, in possessionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio sit permissa.

NOn permittitur appellare, ne scriptus hæres in possessionẽ inducatur. vt inquit Paulus iurisconsultus, in l. vlt ff. de appel. recipien. Id quomodo accipiendum sit nonnulla est controuersia, & quidem appellationem permissam non esse, quoad effectum suspensiuũ, vt vocant, secus autem quoad deuolutiuum, author est Iacob. Menoch. de adipiscend. possess. remedio 4. nu. 827. eo argumento, quod & in plerisque alijs casibus, cùm appellatio prohibetur, intelligitur esse prohibita quoad effectum suspensiuum, non autem quoad deuolutiuum,

veluti

veluti in possessorijs, Bar. in l. 2. ff. de appellation. recipiẽ. in sententia dotis, Baldus Nonell. de dote, par. 9 priuil. 7. Cæterùm quoad vtrumque effectum, appellationẽ esse prohibitam docuerunt Augustinus Berous, q. 44. Petrus Benintẽdius, decis. 79. nu. 7. & Iosephus Ludouicus, decis. Perus. 20. nu. 10. quibus & ipse assentior. Moueor authoritate tex. in l. quisquis. C. quorum appellationes non recipiãtur, vbi Imp. Gratianus, & Theodosius ita dicũt. *Quisquis, ne voluntas defuncti testamento scripta referetur, vel ne ij, quos scriptos patuerit hæredes, in possessionem mittãtur, ausus fuerit prouocare, interpositamq́; appellationem is, cuius ea de remotio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta, & litigatorem, qui tàm importunè appellauerit, & iudicem, qui tàm ignauam commentiam adhibuerit, inuoluat.*

Argumentum ex hoc textu sumitur in hũc modum. Nam si & appellanti, & iudici appellationem admittenti pœna irrogatur, nullo discrimine adhibito, sequitur indistinctè appellationem esse prohibitam, quia si permissa esset quoad effectum deuolutiuum, neque appellans, neque iudex puniendus esset. Liceret enim aliquo modo & appellare, & appellationi deferre.

Quæ verò afferuntur similia in argumento contrariæ opinionis, vt maximè vera sint, parum tamen obstant, quia nulla est lex in alijs causis possessorijs & similibus, quæ afferuntur, tàm disertè appellationem prohibẽs pœna etiam constituta, quemadmodum hoc in casu.

CAPVT LXXVII.

Vtrum in causa alimentorum appellatio sit permissa, & quomodo.

QVod attinet ad causam alimentorum, vtrum appellatio sit permissa, Specul. in tit. de appell. rubr. in quibus causis cessat appellatio. vers. octauo, quando res dilationem nõ recipit, &c. vtitur hac distinctione. Aut alimenta officio iudicis petuntur, & tunc à sententia iudicis appellatio prohibetur, quia incidenter, & summatim cognoscit. l. si iudex. ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. l. si quis à liberis. §. solent. ff. de liberis agnoscendis. c. ex parte, & c. penult. de accusationibus. Aut actionis iure petuntur, & tunc appellatio est permissa, quoniam iudex procedit, vt fit in iudicijs ordinarijs. Sequitur eandem distinctionem Bart. ad l. fi. ff. de appellationibus recip.

Altera est sententia, quæ mihi probabilior videtur, appellationem in causa alimentorum permissam non esse, quòad effectum suspensiuum, secus quò ad deuolutiuũ. Ita Io. Andr. in additio. ad Specul. loco superius annotato. Bal. Nouel. de dote, par. 8. priuil. 7. scilicet si de futuris alimentis agatur, secus enim si de præteritis, vt tradit Lancellott. de attent. titu. de attent. lite pend. limit. 24. num. 7.

Probatur hæc sententia, nam appellari posse à tali sententia suadetur ex generali regula, quæ in omnibus causis appellationẽ permittit, nisi specialiter sit prohibita l. & in maioribus. C. de appellat. cap. de appellationibus. extra de appellatio. Neque prohibitam esse probat tex. in l. vlt. ff. de appellationibus recipien. quia loquitur de alia causa alimentorum, videlicet ne frumentũ in vsum militum in annonę subsidia contrahatur, & sic cùm agitur de alimentis, quæ militibus debentur.

Appellatione verò non suspendi effectum rei iudicatę, eo argumento demonstrari potest, quod causa ipsa alimentorum, moram & dilationem non patitur, ne dum ipsa appellationis causa pendet, atque discutitur, alimentarius fame moriatur, quæ causa est, vt alimentorum causæ etiam diebus feriatis audiantur. l. 2. ff. de ferijs, & multa alia priuilegia sint constituta, vt patet ex Bart. & alijs ad l. Mela. ff. de alimentis & cibarijs legatis.

A

CAPVT LXXVIII.

Vtrum à sententia iudicis subdelegati appellandum sit ad subdelegantem; an verò ad subdelegantis superiorem, id est ipsum delegantem primum.

IVrisconsultus in l. 1. §. 1. ff. qui, & à quib. appell. ita dicit. *Ab eo, cui quis mandat iurisdictionem, non ipse prouocabitur.* (hoc est à delegato non appellatur ad delegantem.) *nam & generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandat iurisdictionem,*) hoc est à delegato appellandum est ad superiorem ipsius delegantis.)

Cæterùm in l. 1. C. qui pro sua iurisd. contrariũ docet Imperator. Ait enim. *Hæc teneant, nisi iudices à nobis specialiter delegantibus dati, alijs causas delegauerint iudicandas: Nã his delegantibus nullo personarũ, causarum ve habi*
B *to tractatu, appellationũ ad eos iure iudicia remeabũt.* Hoc est à delegatis iudicibus ad ipsos delegãtes appellabitur, nõ ad Principem, qui delegauit, ac delegãte superior est.

Bartolus in d. l. 1. §. 1. distinguendum putat inter Principis delegatum, & alterius. Si Principis delegatus alijs vices suas commiserit, ad ipsum delegantem appellandum erit, vt in d. l. 1. C. qui pro sua iurisd. si verò alius quàm Principis delegatus id fecerit, non ad delegantem appellabitur, sed ad superiorem delegantis, vt in d. l. 1. §. 3. ff. qui & à quibus.

Alij existimant has leges accipiendas esse secundum iuris canonici distinctionẽ, quæ habetur in c. super quæstionũ §. porrò, de off. deleg. nempe vt si delegatus totam causam subdeleget, nihil sibi reseruando, tũc ad superiorẽ ipsius subdelegantis appelletur: si verò aliquid sibi reseruauerit, ad ipsum subdelegãtẽ, vt in c. si delegatus de officio deleg. lib. 6. ita glo. in d. c. super quęstionũ, §. porro, Abbas & Imolen. ibid. Franeus in c. Dilecti. 3. nu. 30.
C de appel. Io. Longouallius ad l. imperium in 2. par. nu. 9. ff. de iurisd. om. iud. vbi ita scribit. *Ex cuius §. porrò dispositione & doctrina patet l. vnicã. C. qui pro sua iurisd. esse variandã & declarandã. Nã si delegatus Principis totã causam subdeleget, (Ad nos) in ea legẽdũ erit, (hoc est, appellatione interponẽdã esse ad ipsum Principẽ.) Si verò partẽ; scribemus. Ad eos, scilicet ad delegãtẽ, iure remeabit appellatio.*

Ego in hac re sic statuo. Quod attinet ad antinomiã, nullam esse. Nam hæc duo differũt mandare iurisdictionem, & iudicem dare, siue delegare. l. cum prætor. ff. de iudicijs. ibi. *Is quoque cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest.* Itaque mandatur iurisdictio in vniuersum, vel quo ad vnam speciem. Iudex verò datur in vna causa particulari, vel in articulo vnius causę. Vide Longouallium loco annotato, nu. 2. Soc. in l. 1. ff. quis, & à quo appel. Alciatum in rubr. extra de off. ordi. Cantiunculam lib. 2. de off. iudicis, cap. 2. vers. Hoc autem loco Federicũ Scotum ad rubr. ff. de officio eius, &c. nu. 48.

D Textus ergo in d. l. 1. §. 1. ff. qui & à quibus loquitur de iudice, cui mandata est iurisdictio, & qui alteri eã mandat: quare non ad ipsum, sed ad superiorem eius appellari debet. Ratio est; quia is cui iurisdictio mandata fuit, nihil proprium habere dicitur, sed eius, qui mandauit iurisdictione vti, l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. eius, cui mand. est iurisd. itaque videtur quodammodo sententia ab ipso mandante lata; & sic ad eum appellari nõ debet, quasi videatur idem auditorium, ac tribunal, sicuti de Episcopo & eius Vicario dicitur in cap. 2. de consuetud. lib. 6. & in c. Romana, de appella. lib. 6.

Textus verò in d. l. vnica. C. qui pro sua iurisd. loquitur in iudice dato, seu delegato à Principe, qui alij subdelegauit causam, sic enim ait textus: *Nisi iudices à nobis specialiter delegantibus dati, &c.* A iudice autẽ seu delegato secundum iuris regulas appellari debet ad delegantem. l. 1. & l. 3. ff. qui, & à quib. l. Imperatores. ff. de appell. & relatio. Ratio est, quia debet gradatim appellari, vt ibi dr.

E Quod

A Quod verò ad quæstionem ipsam propositam attinet, existimo, discrimen esse statuendũ inter ius canonicum, & ciuile. Iure canonico, seruabitur quod est in d.c.super quæstioně.§.porrò, & in d.c.si delegatus. Iure autē ciuili, quod habetur in d.l.vnica, & in d.l.Imperatores.ff.de appell.& relatio.& in l.1.& 3.ff.qui & à quib. Est enim aperta hac in re diuersitas, vt patet ex dictis legibus. Sic enim constitutum est in d.l.Imperatores. *Iidem rescripserunt à iudice quem à Præside Prouinciæ quis acceperat, non rectè Imperatorem appellatum esse; ideoq́, reuerti eum ad præsidem debere.* Vides ex hac lege ad delegantē appellari. Idem habetur in d.l.vnica. Nec enim ea variatio admitti potest, quam commemorat Longouallius, quoniam omnes Codices habent. *Adeos* non autem *ad nos.* Et in l.1.& 3.ff.qui & à quib. *Dato*, inquit textus, *iudice à magistratibus populi Romani cuiuscunque ordinis, etiãsi ex authoritate Principis, licet nominatim dederint, ipsi tamen magistratus appellabuntur.*

B Quid verò canones? Audi. *Porrò* (verba sunt Pontif. Max.) *cùm delegatus à nobis iurisdictionem suam in alium transfert totam, si fuerit appellandum, non ad eum, sed ad nos appellari debebit. Cùm autem sibi aliquid de iurisdictione reseruat, si causa sit ei, appellatione remota, commissa, non ad nos, sed ad eum poterit de iure appellari.* Hactenus tex. in d.c.super quæstionem.§.porrò, de off.deleg.

Vides nõnihil differre canones & leges. Quare vtrũque ius obtinebit in suo cuiusque foro, nec aliquod absurdum inde sequitur. Cùm & in alijs hæc iura nonnihil discrepent in eadem appellationum materia.

CAPVT LXXIX.

An post lapsum anni, sententia, à qua appellatum est, possit executioni mandari, quasi appellatio deserta sit.

C Annus appellanti conceditur ex die appellationis interpositæ, ad eam prosequendam, ac finiendã, & ex causa biennium, vt in Auth.ei qui.C.de tempo.appell.in c.cum sit, de appellation.& in Clement.sicut, eo. tit. sed vtrum elapso primo anno, sententia lata sit executioni mandanda, nonnulla est controuersia.

Et quidem negant exequendam, & biēnij lapsum expectandum esse cõtendunt, Bartolus in d. Auth. ei qui, Baldus in l.eos, colum.2. C.de appella.& ibi Salicetus, nu.6. Alex.ad Bart.in d.Auth. ei qui. Felynus in cap. ex parte, 2. col.7.de rescript. Francus in c.ex ratione, nu.5, de appellatio. his potissimum argumentis.

Primò, per lapsum primi anni certũ est appellationē desertam non dici, si aliquod impedimentum fuerit, vt in d.Auth.ei qui. Cum ergo impedimentum intercedere potuerit, iudicare debemus illud intercessisse, ne appellatio deserta esse censeatur. Hæc enim est benignior interpretatio.

D Secundò, id probari posse videtur ex ipsa Authen. ei qui, dum ibi semel atque iterum habetur, post bienuij lapsum ratam manere sententiam.

Tertiò, ex Auth. Si tamen, C.de temp. appell. ibi. *Et propterea biennium transeat, intra quod oportebat appellationem finiri, &c.* Quibus verbis patet, biennium esse constitutum ad finiendam appellationem, ergo ante hoc tempus sententia executionem habere non potest.

Verùm istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, nempe executioni esse mandandã sententiam lapso primo anno, nisi iustum allegetur, ac probetur impedimentum, propter quod expedire causa non potuerit appellationis.

Ita docuerunt Innocentius & Imola in c.ex ratione de appellat. Angelus in consi.3 ro.nu.2. Maranta par.6. de appellationib.nu.220. Senatus Pedemontanus apud Osaicum decis.28.

Probatur hęc sententia. Primum ex l.vlt.§.illud, C.de temp.appellat. in illis verbis. *Iubemus eundem appellatorem, nisi obseruauerit iudicium, & causam vsque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quo minus omnia litis certamina impleantur, nec appellatione defraudari, & sententiam contra eum latam in suo robore durare, & ad effectum perduci tanquam si ab initio minimè fuerit prouocatũ. Nisi ipse appellator euidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nixum, voluisse litem exercere, per iudicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minime valuit.*

Quodnam verò tempus sit, intra quod finiēda sit appellatio, initio legis habetur, nempe annũ esse. ibi. *Et in desidia reliquum tempus permaneat, & annale tempus post inchoatam litem præterierit, &c.*

Secundò probatur hæc sententia ex Clem. *Sicut, de appellatio. Sicut appellationē iudicialem, sic & extraiudicialem intra annum à die interpositionis ipsius, vel a die illati grauaminis, vbi à futuro grauamine appellatur, prosequi &* B *finire tenetur appellans. Quod si iusto impedimento cessante non fecerit, debebit eius appellatio deserta censeri.* Hactenus summus Pontifex.

Ad primũ argumentum cõtrariæ sñiæ respondeo, negando illã consequentiã. Potuit impedimentum interuenire, ergo interuenit. Non valet argumentũ de potentia ad actũ ad affirmandũ. l.non hoc C.vnde legit. Et text. docet in d.l.vlt.§.illud; impedimentum esse probandum ab appellante, non autem allegandum duntaxat.

Ad secundũ rñdeo; textum in d. Auth. ei qui, nõ obstare, sic enim ait. *Ei, qui appellat, impertitur annus, intra quē secundùm se, communiter cum aduersario litem exequatur, aut si iusta causa intercesserit, alius annus indulgeatur, quo transacto, lite non completa, rata manet sententia.*

Illa verba, *quo trãsacto* (scilicet bienio) *rata manet sententia*, nihil obstant, quia intelligũtur, qñ alter annus ex iusta causa indulgetur. Sed nos dicimus indulgendũ nõ esse, nisi probetur iusta causa ab ipso appellante.

C Ad tertiũ eadē rñsio valet, quia qđ dr̃ in d.Auth.si tñ; *Intra bienniũ oportere appellationē finiri*, intelligendũ est, cum elapso primo anno, ex iusta causa bienniũ indulgetur; Etenim iusta causa cessante, lapso primo anno, appellatio deserta censetur, vt in d.Clem.sicut, de appellat.

CAPVT LXXX.

Vtrum iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria.

Iudicem, à cuius interlocutione appellatur, regulariter non teneri appellationem interpositam admittere, authores sunt glo.& Francus in c.de priore, de appellatio.& Angelus in l.quoniam iudices.C.eod.tit.

Quorum illud est argumentum; quia si appellationi deferre teneretur, appellatione admissa, vlterius de causa cognoscere non posset, c.cum appellationibus, de ap- D pellat.lib.6. Certum est autem ipsum iudicem appellatione interposita nõ obstante, in causa cognoscenda procedere posse, antequam inhibeatur, vt in c.Romana.§.si verò, & c.non solum, de appellation.lib.6.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, Decium secutus in d. c. de priore. & Romanum in cons.501. sic autem statuo. Si talis causa fuerit allegata ab eo, qui prouocauit, quæ si vera esset, appellatio meritò fuisset interposita, iudicem debere appellationi deferre. Moueor ex c.debitus, de appellationib. vbi summus Pontifex monet appellantem, vt causam probabilem appellationis exponat, *talem videlicet* (inquit) *quæ si foret probata, deberet legitima reputari, & tunc superior de appellatione cognoscat, & si minus rationabiliter eum appellasse constiterit, illum ad inferiorem remittat.* His verbis colligitur, si causam afferat appellans iustam, ac probabilem, appellationem esse admittendam, aliàs secus.

Idem clarius colligo ex c.cordi, de appellation. lib.6. vbi

vbi summus Pontifex ita dicit. *Sancimus igitur, ut si quis in iudicio, vel extra super interlocutoria, vel grauamine aliquo ad nos duxerit appellandum causam appellationis in scriptis assignare deproperet, petat apostolos, quos et praecipimus exhiberi. In quibus appellationis causam Iudex exprimat, & cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan ex superioris reuerentia sit delatum, &c.* A

His verbis summus Pontifex aperte indicat, appellationem esse admittendam, si iustam causam, vt supra dictum est, appellatus allegauerit; nam si iudex non teneretur illam admittere, non teneretur etiam causam allegare summo Pontifici, cui eam non admitteret.

Secundo moueor ex c. Romanos. §. quod si obijciatur, de appellat. libr. 6. *Quod si obijciatur*, inquit tex. *ex iniusta causa, seu minus legitima, ante sententiam appellationem interpositam extitisse, & ex eo non esse appellationem huiusmodi admittendam, nequeunt praedicti &c.* Quib. ex verbis apparet appellationem admittendam non esse, vbi ex legitima causa interposita non est, igitur admittenda erit, si ex causa interponatur. B

Causam verò legitimam appello, vt iam dixi, quae scilicet, si probata esset, legitima censeretur, vt in d. cap. vt debitur de appellatio.

Postremò appellationibus friuolis deferendum non est, c. cum appellationibus, de appellat. libro 6. ergo legitimis est deferendum. Quare cum ab interlocutoria tute canonice liceat appellare, iudex appellationem admittere debet, si fuerit legitima, & non friuola, hoc est, ex causa minus probabili interposita.

Ad argumentũ contrariae sententiae respondeo; iudicem a quo est appellatũ, non posse de causa cognoscere, postquã appellationem admisit, quia dicitur a se iurisdictionem abdicasse, vt in d. ca. cum appellationibus, de appellation. lib. 6. sed si appellationẽ non admittat, tũc procedere in causa potest antequam inhibeatur. Quod si appellationis causam, verã esse constiterit, processus reuocabitur: ita loquuntur canones in argumento citati. cap. non solum, de appellatio. lib. 6. Si vero minus rationabiliter appellatũ fuerit, appellãs ad iudicem inferiorem remittendus erit, a quo scilicet appellauit, & in expensis condemnandus, vt in cap. ut debitus, de appellationibus. C

CAPVT LXXXI.

Vtrum appellans probare debeat, se iustè appellasse, & perperam fuisse iudicatum: an vera appellatus in sic pronunciatum, & perperam appellatum.

Appellanti onus incumbere probandi se instè appellasse, indicare videtur tex. in l. hi qui ad ciuilia C. de appellat. in illis verbis: *Cum igitur ad munus uocatus appellaueris, apud Praesidem Prouinciae, iuste te appellasse, ostende.* Sed contrariũ Imperator docet in §. illud Auth. de his qui ingrediuntur ad appellan. Ait enim: *Ita potiantur victores sententijs, si eas rectè habere monstrauerint.* D

Bart. in d. l. hi qui, tres casus distinguit. Primus cùm quaeritur, an ritè, hoc est, legitimo tempore fuerit appellatũ: & tunc appellanti onus incũbit probandi. Secũdus cum quaeritur, an iustè fuerit appellatũ, & tunc si ex negatione fundatã habeat intentionẽ appellans, ei sufficit dicere, se iniustè condemnatũ, & acta exhibere. Si vero ex testibus vel instrumentis pendeat probatio, tunc probandi onus ad eũ pertinet in causa appellationis, ad quẽ pertinet in causa ipsa principali, l. per hanc. C. de temp. appellat. l. eos. §. 1. C. de appellat. si tamen ex ligatoribus vnus tantum appellationem prosequatur, altero absente, tunc is probare debet, qui prosequitur. §. illud in auth. de his qui ingrediuntur de appell.

Bartolũ secuta est Capella Tholosana decis. 341. Sed quod attinet ad primũ distinctionis membrũ, contrariũ decidit Rota decis. 316. Itẽ si possessor in notis, vbi decidit, non incumbere id onus appellanti, vt doceat se intra decẽ dies appellasse, sed aduersario, vt contrariũ demonstret. Idem docet Francus in c. 1. num. 11. de appellatio. & in c. bonę. col. 8. vers. octauo debet appellans, eod. tit.

Fundamentum est, quia tempus appellãti currit a die scientiae, non autem a die sententię latae, cap. concertatio ni de appellat. lib. 6. ignorantia uero praesumitur. l. verbis ff. de probation. ergo probãdum est, appellantem sciuisse sententiam datam, & ex eo tempore intra decennium non appellasse.

Quod vero Bart. dixit in secundo membro distinctionis, si vnus tantum ex litigatoribus appellationem prosequatur, altero negligente, onus ad eũ spectare probandi, se iustè appellasse, visum est iniquũ Praeposito, in c. vt debitus de appellat. & Aufrerio in additione ad Capellam Tholosanam dicta decis. 341.

Ego vero sic statuo Bart. rectè locutum esse, si rectè intelligatur. Aut n. appellans fuit praesens inię latę, & tunc cum scientiã habeat, tenetur appellare intra decẽ dies, & id probare se fecisse, neque enim praesumitur, argumento l. quicunque. §. qui a pupillo. ff. de Publiciana: aut absens fuit, & tunc diuersis sententia locum habere potest.

Quod vero attinet ad alterum caput seu membrum distinctionis Bartoli, simili modo distinguendum est, vt si quidem is, qui prosequitur appellationem, altero absente, ex sola productione sententiae contra se latae praesumptionem habeat pro se, veluti, si tanquam debitor fuerit condemnatus, & se debitorem esse neget, tunc probare non debeat se iustè appellasse, quia aduersarius eius, qui est actor, probare debet l. actor quod asseuerãt. C. de probat. & ita accipiendus est tex. in §. illud, in authẽ. de his, qui ingrediuntur ad appellatio. si vero appellans pro se non habeat praesumptionem, ac vt dicitur vulgo, intentionem fundatam, tunc is probare debet, se rectè appellasse. Veluti si actor, qui se creditorem esse contendit, in prima sententia succubuerit, & ab ea appellauerit, nõ habet intentionem fundatam, sed probare debet se creditorem, atq. adeo se iustè appellasse. Ita accipiendus est text. & doctrina Bart. in d. l. hi qui ad ciuilia. C. de appellat. Et enim appellatio rem in eum statum reuocat, in quo erat ante sententiam, l. appellat. C. de appellat. sed in prima instantia ante latam ipsam sententiam a primo iudice actori onus probandi incũbebat, ergo & in causa appellationis incũbet. Vide Menochiũ de Praesumpt. lib. 2. c. 95.

CAPVT LXXXII.

Vtrum sit locatio, an vero alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, sed aliud.

Communis est, & vera sententia, locationem esse, cum pro mercede pecunia datur, si verò aliud quam pecunia, alium esse contractum. Ita docet Glo. in l. 5. 1. ff. de praescripi. verb. in l. si olei. C. locati. & in l. t. §. si quis seruum. ff. deposit. & Bar. & alij in dictis locis. Ant. Gomes. de contract. c. 3. n. 3. & recentiores, Baldumus, Eguinarius, & alij in Inst. de locatio, in prin.

Argumenta sunt ista. Primum ex d. l. 5. §. at cum do. ff. de praescript. verb. *At cum do ut facias*, inquit textus *si tale sit factum, quod locari soleat, puta, vt tabulam pingas pecunia data, locatio erit, sicut superiore casu emptio fit, si non erit locatio, sed nascetur, vel ciuilis actio, in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio.*

Secundum est ex d. l. 1. §. si quis seruum. ff. depositi. in illis verbis: *Quod si opera eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus locati & conducti interuenit; Sed quia pecunia non dabatur, praescriptis verbis datur actio.*

Contrariam sententiam defendit Ioannes Coriasius li. 2. Miscellan. cap. 11. nec non Arrius Pinell ad legem 2.

C.de rescin.vend.in 2.parte rubr.c.3.nu.29.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.si olei. C.locati. *Si olei certa ponderatione*, inquit textus, *fructus anni locasti, de contractu bonæ fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem ei obtulit ponderationem, recedi non oportet.*

Secundum est ex l. & hæc distinctio. §. vlt.ff. eod. tit, in illis verbis: *Si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, conuenisse, ut alterius fundũ, ita conductum haberet, ut fructus mercedis nomine pensarentur, &c.*

Tertium es l.licet.C. eod.tit.ibi. *Certis annuis quantitatibus*, quæ verba non magis ad mercedem in pecunia, quam in fructibus applicari possunt; pro qua sententia facit etiam textus in l.excepto.C.eodem tit.

Quartum est ex l.si merces §. uis maior.ff.eod.tit.ibi: *Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit, alioquin partiarius colonus, quasi iure societatis, & damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.* Quibus verbis apparet prædium conduci posse, ita vt pecunia, vel fructus præstentur.

Quintum ex §.adeo. in inst. de conduct. & locat. ibi: *Quamdiu pensio, siue redditus præstentur, &c.*

Ad text. in l.5.§.at cum do, respondet Corasius, verbũ *pecunia*, eo in loco omnes res significare, iuxta l. vlt. C. de constituta pecu. aliter etiam Pinellus respondet, nempe illa verba; *Si res sit*, referri ad differentiam facti, vel rei in locationem deductæ, non autem ad mercedem ipsius. Sed hæc & similia, quæ isti afferunt, nõ tanti ponderis mihi esse videntur, vt quempiam a communi sententia amplectenda deterreant. Ea enim satis luculenter probatur ex duabus legibus allegatis. Et quod Corasius dicit, planè est improbabile, nempe pecuniæ verbum in d.l.5.§.at cum do, omnes res significare. Nam eo in loco pecunia opponitur rei, siue alijs rebus: *Pecunia data*, inquit textus *locatio erit, si res sit, non erit locatio*, hoc est, si res detur, quæ non sit pecunia, non erit locatio. Confirmatur hæc interpretatio, Nam textus dicit, *Pecunia data, locatio erit, sicut superiori casu emptio*. Constat autem in emptione requiri pecuniam numeratam. Minus vero probabilitatis habet Pinelli sententia, alio referentis illa verba. *Si res sit*, contra apertam Iurisconsulti mentem hoc discrimen statuentis, vt siquidem pecunia detur, sit locatio, si vero aliud quam pecunia, non sit locatio.

Itaque cum satis clara sint loca, quibus sententia communis fulcitur, ego conuenientius esse iudico, alias leges, quæ obscuriores esse videntur, declarandas esse ex magis claris & perspicuis, quam è contrario.

Igitur quod attinet ad l.si olei. respõdeo, illud verbum *Locasti*, ibi impropriè vsurpatum esse: nec mirum, quia etsi pecunia non detur, vr tamen esse quoddam genus locati & conducti, vt in d.l.1.§.si quis seruum. ff. depositi.

Ad l.& hæc distinctio.§. vlt. respondeo, non hoc velle Iurisconsultum ibi, vt locatio sit cum fructus dantur pro mercede, sed quando merces constituitur in pecunia numerata, ita tamen vt fructus mercedis nomine compensentur. Aut si secus Iurisconsultus dixerit, non erit propriè locatio.

Ad tertium respondeo, illa verba, *Certis annuis quantitatibus*, accipienda esse de pecunia, si propriè sit locatio, non autem de alijs rebus, vbi locatio propria non sit & vera, quæ responsio valet etiam ad l. excepto.

Ad quartum respondeo. Inter colonum partiarium, locationis contractum propriè non esse, sed potius societatis, vt habetur in d.l.si merces, §.vis maior.

Quintum nihil obstat, quia Imperator in d. §. adeo, loquitur de contractu emphyteusis, in verbis, quæ ponderantur.

Cætera quæ Pinellus adducit loco annotato, mihi videntur esse leuiora, quam vt confutatione egeant.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore in conductione manserit, censeatur tempus redimendi prorogatum esse.

In proposita specie renouatam uideri locationem & conductionem cum eodem redimendi pacto rñdit Alex. in cons.28.lib.4. quem refert, & sequitur Menoch. de præsumpt.lib.3.cap.85.n.21.& fundamentum est l.item quæritur. §. qui impleto. ff. locati. in illis verbis. *Etiam pignorũ videtur durare obligatio, &c.* Item quia tpis protogatio censetur facta cum eisdem qualitatibus ex regula desumpta, ex l.lecta.ff.si certum petatur, præsertim vero, quia pactũ huiusmodi videtur esse pars precij. l. fundi partem. ff. de contrah. emptio.

Verùm istis nil morantibus cõtrariam sñiam veriorẽ esse existimo, nempe locationẽ quidem renouatam censeri, sed nõ pactum redimendi ad longius tps prorogatũ videri, ita respondit Alexander sibi contrarius in consil. 76.lib.5.Gozadin.ad.l.2.C. de rescind.vendit. quæst.31. Cagnol.ibid.q.58. Alios refert nouissimè Iosephus Maschardus, de probation.vol.2.concl.992.nu.4. & 5.

Probatur hæc sententia ex regula generali. Quoties obligationi certũ tps est constitutũ, si post tps agaẽ, obstat exceptio. l. eũ qui ita stipulatur.§.qui ita.ff.de verb. oblig. Cum ergo venditor stipulatus fuerit, sibi ius ac potestatem redimendi intra quinquẽnium concedi, elapso quinquennio redimere volenti obstat exceptio.

Ad textũ in d.l.item quærit.§.qui impleto, rñdeẽ, illum textũ loqui de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus, ita vt renouata locatione, renouatæ ẽt intelligantur cæteræ obligationes, quæ ipsam locutionẽ comitatur. Quæ rñsio valet etiam ad regulam l.lecta.ff. si certum petatur. Quòd verò dicitur pactum esse partem precij, nihil obstat, quia intelligitur esse pars precij, secundum tempus conuentioni adiectum, quare tempore conuentionis elapso, is, qui vendidit, summa ratione redimendi facultati priuatur.

CAPVT LXXXIIII.

Vtrum, sicut locatio finito tempore, renouata dicitur ex vtriusque partis taciturnitate, iuxta l. Item quæritur. §. Qui impleto. ff. locati, ita etiam Emphyteusis renouata intelligatur.

Respondet Ias. in l.1.nu.66.C.de iure emph. renouatã non censeri, quia emph. requirit scripturã, vt in l.1.C.de iure emph. vbi aũt scriptura requiritur tacita reconductio locũ nõ habet, vt in d.§.qui impleto, in vltimis verbis. Eandem sententiam habuit Alex. cõs. 76.lib.5.Ruyn.cons.61.nu.6.li.1.Crauetta cons. 87. nu. 3.Iacob.Menoch.de præsump.li.3.c.85.nu.36.

Addit Alex. hanc rõnem. Quod si emphyteusis renouata intelligeretur, id esset argumento a locatione sumpto, vt in d.§.qui impleto, sed tale argumentum sumi nõ potest, quia diuersa est ratio inter locationem & emphyteusim. Per emphyteusim ius in rem, atq; adeo vtile transfertur dominium. Per locationem vero non æquè.

Contrarium placuit Ludouico Romano in cons. 103. & Alciato in tractatu de præsump.regu.2. Præsumptione 17.num.3.

Mouet Romanus non solũ argumento de locatione, sumpto ex d.§. qui impleto, verum ẽt quia datur tacita emphyteusis renouatio, si enim emphyteuta canonem non soluat per triennum, exclusus ac priuatus iure emphyteutico dicitur. & tamen si postea soluat, dño conniuente,

niuente, renouatio emphyteusis tacitè facta dicitur. A

Quod uerò dicebatur ad emphyteusim scripturam requiri, & idcirco tacitè renouari non posse, respondet Romanus consuetudine haud quaquam esse id receptum.

Verior uidetur mihi communis sententia, quia quidquid Romanus de consuetudine dicat, quæ in locis illis est obseruanda, in quibus uiget l. de quibus. ff. de legibus illud certum est, de iure scripturam esse necessariam ad emphyteusin constituendam, propter illa uerba. l. t. C. de iure emphy. ibi. *scriptura interueniente*, ut tradunt Iulius Clar. lib. 4. sententiar. q. 4. & Ioseph. Mascard. de probationib. nu. a. concl. 602. qui alios multos commemorant, consequenter tacito consensu absque scriptura constitui non potest.

Non obstat, quod Romanus adducit de emphyteuta priuato propter canonem non solutum domino, renouatio enim emphyteusis per canonis receptionem fieri dicitur, non principaliter, sed per consequentiam. Nam per receptionem canonis pœna remissa uidetur, remissa autem pęna manet saluum ius emphyteutæ, quod prius habuit, ante scilicet quā priuatus esset, & multa permittuntur in consequentiam, quæ principaliter non conceduntur. l. 1. ff. de autho. tuto. B

CAPVT LXXXV.

Vtrum conductor gratia colligendorum fructuum sumptus in rem conductam factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti sunt.

RESpondit Paulus Castrensis in cōsi. 270. lib. a. tales sumptus repeti non posse. Primò, quia uidentur esse facti gratia colligendorum fructuum. l. sumptus. ff. de rei vendic. l. diuortio. §. impendia. ff. soluto matr. secundò, quia conductor est obligatus omnia facere, quæ pertinent ad vtilitatem & culturam agri. l. itē si fundi. ff. de vsufructu. l. si merces. §. conductor. ff. locati. Tertiò, quia conductor ipse eam ob causam vberiores fructus percipiet, argumento l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. & l. si merces. §. vis maior. ff. locati. C

Verùm istis non obstantibus contrariam sententiam amplector vnà cum Ruyno in cons. 135. lib. 3. & Rolando à Valle in consi. 28. lib. 1. Moueor hoc argumento. conductor repetere sumptus potest qui cadunt in perpetuam vtilitatem rei conductæ l. colonus. l. dominus horreorum. §. 1. ff. locati. tales sunt sumptus de quibus agitur, ergo, &c.

Non obstat primum argumentum, quia intelligitur de sumptibus qui solent fieri vt plurimum, veluti in arādo, serendo & similibus, secus est in his sumptibus, qui pertinent ad perpetuam rei vtilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque necessarij. D

Ad secundum, negatur conductorem obligatum esse ad tales sumptus faciendos; licet enim teneatur agrum colere, non tamen obligatus est ad sumptus ingentes faciendos, quo longè melior & preciosior reddatur.

Ad tertium respondeo, rationem habendam non esse eius vtilitatis & commodi, quod conductor percipiet, quia temporaneum est, & non perpetuum, & si ratio habenda esset, nunquam sumptus tales repeti possent, quoniam nunquam ferè accidere potest, vt res locata melior & preciosior reddita, maiora commoda & emolumenta non afferat, & tamen certum est, huiusmodi sumptus repeti posse, quod summa ratione constitutum est, vt scilicet locator, qui est dominus rei, & qui perpetuam vtilitatem est percepturus, onus illud sustineat refundendorum sumptuum conductori, l. secundum naturam. ff. de reg. iur.

CAPVT LXXXVI.

Si conductor susceptat in se periculum casus fortuiti, & casus insolitus contingat, vtrum ad illum, an vero ad locatorem pertineat.

REspondendum uidetur ad locatorem pertinere, quia is, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, censetur cogitare de solito, non autem de insolito, ex notatis per Bart. in l. sed etsi quis. §. quæsitum. ff. si quis cautionibus. Ripam in tracta. de peste. rubr. de priuilegijs contractuum tempore pestis, nu. 97. Bossium de remissione conductori faciēda, num. 66. vbi dicit hanc sententiam communem esse. Menoch. de arbit. iud. casu 80. Andr. Geyll. lib. a. practi. obseru. cap. 23. & probatur ex l. si fistulas. §. frumenta. ff. de contrahen. emptione.

Contrarium tamen mihi uidetur verius, ex l. si quis fundum. ff. locati. vbi dicitur, standum esse pacto, si quis locauerit fundum ea lege, vt etiam si quid vi maiore accidisset, præstaretur ei merces. Vis autem maior intelligitur omnis vis tempestuosæ calamitatis, cui resisti nō potest, vt in l. ex conducto. §. si quis tempestatis. ff. eodem. Vnde saltem in genere, de omni casu fortuito, siue solito, siue insolito, cogitatum uidetur ea pactione. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro cōtingat, vt dicebat Bald. in d. l. sed etsi quis. §. quæsitum. ff. si quis cautio. qui propterea discessit à sententia Bartoli, sicuti ab eadē discessere Angel. Fulg. Castren. & Alex. in d. §. quæsitum. Imola in c. 1. de locato. Iason. in consi. 107. lib. 1. Crauetta in consi. 294. nu. 8.

Et re vera ille tex. in d. §. frumenta, nihil facit pro altera sententia. Eius verba hæc sunt. *Frumenta quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum. Ea frumenta niues corruperunt. Si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.*

Sensus legis est, eū qui uendidit frumenta in campis existentia, si promisit emptori se præstaturum id, quod vis, ac tempestas mala damni attulisset, eum ex hac promissione teneri, si damnum niues immoderatæ intulerunt, & contra consuetudinem sæuientes, non si ordinariæ, mediocres & moderatæ sunt; quia cùm tempore hyemis ningere soleat, non cēsetur emptor damnum ex moderata niue ac solita tempestate uoluisse, sed ex insolita, nec venditor præsumitur voluisse obligare se ex causa cuiuscunque damni euenientis. Quæ res nihil iuuat sententiam dictam, imò alteram, quā sequimur, potius confirmat.

CAPVT LXXXVII.

An si domus conducta comburatur, locatoris damnum sit, vel conductoris.

QVæstio est sanè difficilis, quam Doctores tractant in §. præterea. instit. quibus modis re contrahi. oblig. in l. data opera C. qui accusa. non possunt & in l. quæ fortuitis. C. de pigno. actio. Ex consulentibus. Alex. in consi. 50. lib. 1. Angelus 197. Cæpolla consi. crim. 69. Roland. à Valle cōsi. 95. lib. a. ex alijs scriptorib. Grāmaticus dec. 3. Insephus Ludouicus decis. Perusina 25. Menoch. de arbitr. iud. casu 390. Andr. Geyll. lib. a. pract. obser. cap. 21. Ioseph. Maschardus lib. 2. de probationib. in verbo incendium. Aliquid per Couar. relect. to. 1. a. par. cap. 6. nu. 14.

Atque in duobus articulis omnes conueniunt, in vno autem discrepant. Inter omnes conuenit, si fortuito casu incendium exortum sit, conductorem non teneri, ex l. ex conducto, §. si vis, in fine. ff. locati. ex l. contractus. ff. de reg. iur. & similibus.

Item conuenit inter omnes è contrario conductorẽ te- A neri, imo puniri etiam, vbi culpa, vel dolo eius incẽdium factum fit. ex l. si quis fundum. §. imperator. ff. eod. l. sicut certo. §. nunc videndũ. ff. commodati. l. capitalium. §. incendiarij. ff. de pœnis. de genere autem pœnæ consulendus est Menochius loco nuperrimè citato.

Controuersia autem inter doctores est in eo. Quid si nesciatur, vtrum culpa, vel casu ortum sit incẽdium? Alij enim, quorum sententia est communior, dicunt conductorem non teneri, & damnum ad locatorem pertinere. Alij vero contrà, eum teneri, nisi de diligentia sua doceat. Et hæc posterior sentẽtia videtur mihi verior, ea ratione, quia incẽdium plerunq; culpa inhabitantiũ fit. vt ait Iurisconf. in l. 3. ff. de officio præfecti vigilũ. Respondent omnes id verũ esse, sed culpam hanc leuissimã esse, de qua cõductor non tenetur. allegant glo. vtrunq; dicẽtem in §. præterea. Inst. quibus modis re contrahi. oblig.

Sed non videtur bona responsio, quia glo. illa hoc dicit absque lege & ratione. Verba glo. hæc sunt. *Furtum* B *fieri non potest sine leuissima culpa, vt ff. prog. socio. l. cum in duobus. vel incendium nasci absque leuissima culpa, licet nõ noceat talis leuissima culpa inculpabilibus, vt ff. de off. præf. vigil. l. 3. §. 1. & ff. de peric. & cõmodo rei vẽditæ. l. si vendita & supra proximo §. sic Accurs.* hic §. quẽ citat nihil facit.

Ad probandum itaque incendiũ leuissima culpa inhabitantiũ plerunque oriri, & cõsequenter non nocere adducit tex. in d. l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vigi. qui nõ loquitur de leuissima culpa, sed de culpa simpliciter. Item l. si vendita. ff. de pericu. & cõmo. rei vend. sed ille textus non solum id non dicit, verùm etiam mirè adiuuat sententiam nostram. Verba eius hæc sunt. *Si vendita insula combusta esset, cùm incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondi, quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa est. Quamobrem si diligentiam venditor adhibuisset eã in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.*

C Sensus legis est, incendium quidem regulariter absq; culpa non fieri, & plerunque inhabitantium culpa, vt alibi dicit IC. sed non statim patremfamilias esse condemnandum, qui si diligentiam adhibuit, non tenetur. Diligentię ergo probatio excusat patremfamilias, quod argumento est, ad eum alioqui incendij damnum pertinere, proptereà quod in culpa præsumatur, vt habet sententia nostra, scilicet, nisi probet diligentiam.

Nonnulla alia iuris loco citatur à Menoch. loc. annot. nu. 9. ad probandum, ex leuissima culpa conductorẽ non teneri. nimirum l. sicut certo. §. nunc videndum. ff. commodati, l. in iudicio. C. locati. & l. contractus. ff. de reg. iur. sed nullum in his verbum de leuissima culpa.

Sed dicit Andr. Geyll. loco proximè citato. Ad hoc, vt quis de incendio teneatur, & condemnari possit, necesse est probare culpam certi hominis, quia licet incendium culpa inhabitantium factum præsumatur, nõ tamen pręsumitur culpa certæ personæ, per tex. inquit in l. si ven- D dita. ff. de pericu. & cõmodo rei vend. vbi calũ? apertus, quod incendium sine culpa patrisfamilias fieri possit, ergo vt teneatur condnctor ex generali illa pręsumptione, quæ ex habitatione suboritur, necesse est probare culpã certæ & determinatæ personæ, quæ si nõ probetur, remanet incertitudo, & per consequens sententia condemnatoria sequi non potest. l. licet. §. vlt. ff. nautæ, caupones & stabul. ibi. *Vt certi hominis factum arguamus.*

Respondeo; Licet d. l. si vendita, affirmet incendium fieri posse absque patrisfamilias culpa, non rectè tamen infertur patrisfam. culpam non præsumi. Si non præsumeretur, non esset ei necesse probare diligentiam.

Nec vera est illa ꝓpositio, sic generatim sumpta, sequi non posse condemnationẽ, nisi culpa probetur certæ & determinatæ personæ. Nã contrarium docet tex. in l. ita vulneratus. vers. his consequens est. ff. ad l. Aquiliam. vt per Menochium de arbitr. iud. casu 362. nu. 19.

Quòd verò dicitur in d. l. licet. §. vlt. locũ habet in cau pona publica, vbi sunt plures hospites & viatores, quot si culpa euenire potest incendium, vt meritò caupo non reneatur, nisi certi hominis factum arguatur, si enim apparere posset, culpane cauponis, aut ipsius familiæ, incendium ortum fuerit, an vero hospitum & peregrinorum.

CAPVT LXXXVIII.

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia sua sua bona, vt plerunque fit in Italia, deinde rem vendiderit, vtrum emptor possit conductorem expellere.

Finitur locatio, si locator rem vendiderit, l. emptorem. C. locati, sed tamen ex cõmuni doctorum sententia si in instrumento locator obligauerit omnia sua bona conductori, vel specialiter ipsam rem locatam pro contractus obseruatione, poterit conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec sibi quod sua interest, præstetur, ob id quod re locata vsus non est, sicuti adnotarunt Bartolus in d. l. emptorem, & alij, vt per Couar. lib. 2. uariar. resol. cap. 15. nu. 5. & probatur hæc sententia in l. si creditor. §. vlt. ff. de distract. pignor.

Controuersia igitur est, si emptor ac singularis successor offerat ipsi cõductori id, quod interest, an possit eum expellere? et posse cõmunis est doctorũ sentẽtia, de qua testatur Neguzantius de pignorib. primo mẽbro secũdę partis, nu. 6. & Couar. loco proximè citato. Etenim conductori, cui non licet facto locatoris uti re conducta, nil aliud debetur, nisi quod sua interest, eũ posse uti re cõducta, l. ex cõducto. ff. locati, & l. si merces §. 1. & l. qui fundũ, cod. tit. si ergo ei tale interesse offeratur, nihil habet quod cõqueratur. Porrò à tertio offerri posse probat, ex l. Paulus. §. qui pign. ff. quib. modis pignus uel hypoth. soluatur, & ex l. cum secundus. ff. de distractio. pignorũ.

Contrarium respondit Bart. Socinus in cõs. 90. lib. 4. & ad superius argumentum respondet negando conductorem pro obseruatione contractus agere posse tantũ ad interesse. Imo uero locator (inquit Socinus) *tenetur* & compelli potest præcisè ad præstandam patientiam vtendi, ut in l. æde. C. locati, & in l. si duo. §. si cum inquilinis, cum ibi notatis. ff. uti possidetis, qui locus nihil penitus ad rem facit, & nihil de hac re dicit.

Ad l. æde. respondeo nihil facere. Dicitur ibi cõductorem expelli non posse, si pensionẽ soluat, quod facilè concedo, sed non efficitur, quin dominus possit eam rem alteri uendere, ut in d. l. emptorem. C. eod. tit. & consequẽter quin ab emptore expelli possit, ut ibi dicitur.

Secundo dicit Socinus, communem sententiam non procedere, quando stipulatio contractui locationis interposita est, quia illa corroborat contractum & maiorẽ ei efficaciam præstat. iuxta l. ex placito. C. de rerum permutation. cum similibus.

Rñdeo, stipulationem cõtractui robur addere, quoad hoc, ut actionẽ producat, in reliquis naturã sequi cõtractus, sup quo interponitur l. 2. in qs sub cõditione. ff. ut legatorũ nomine caueatur, & ex l. si stipulatus ff. de usuris, & simil. Quare cũ natura locationis sit, ut nõ impediat alienationẽ rei locatę, dominijq; eius in altũ translationẽ, vt d. l. emptorẽ, sequetur, stipulationẽ haudquãq; immutare ius emptoris, & singularis successoris pcsse.

Tertio Socinus dicit, memoratam conclusionem nõ habere locum, vbi iuramentum in locatione interpositũ est, simul cum bonorum obligatione, qua illud præcisè obligat ad obseruanda promissa. Et Socinum sequi videtur Couar. loco supra citato, licet subdat dubiam esse hanc Socini sententiam, cùm hic non tractetur de vinculo iuramenti respectu iurantis, sed successoris eius uniuersalis, qui iuramento stare tenetur, sed respectu singularis successoris, qui non tenetur stare iuramento.

Sed

Sed mihi videtur vera Soc. sententia, quia cùm iuramentum obliget præcisè ad factum, vt in l. si pecuniam. ff. de cond. causam. vbi Glo. Ias. & alij. Poterit conductor rem conductam retinere. Et si singularis successor dicat, quod tua interest, paratus sum dare, respõdebit ipse, obligatus est mihi locator, ac rei dominus præcisè ad factũ, hoc est, ad patientiam præstandam vtendi, fruendi, in eamque causam obligauit bona. Quare competit mihi retinendi ius, quia tu non potes melioris esse conditionis, quàm locator, à quo causam habes, vt in l. si mulier. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Velleianum. Vide etiam de hac re Roland. à Valle, cons. 6. lib. 1. num. 10. & 29.

CAPVT LXXXIX.

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei emphyteuticæ substantia non depereat, vtrum ad emphyteutam pertineat, etiam quando non exiguam pensionem soluere tenetur domino, sed magnam & respondentem fructibus.

B

SI particulare damnum contingat, illud spectare ad emphyteutam certum est, l. 1. C. de iure emphy. sed controuersia est, quid si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & talis sit emphyteuta, qui nõ exiguam, sed magnam pensionem soluere teneatur, vtrũ idem statuendum sit?

Duplex est interpretum sententia. Prima est, hoc in casu locum nõ habere, & remittendam esse pensionem emphyteutæ, sicut conductori remittitur. Ita respondit Alex. in cons. 112. lib. 1. Franc. Aretin. cons. 55. nu. 110. Carol. Rui. 77. nu. 7. lib. 1. Rolan. à Valle 96. nu. 26. lib. 1. Io. Sicardus, in d. l. 1. nu. 28. Clar. lib. 4. sententiarum. §. emphyteusis, q. 8. vers. Sed numquid propter sterilitatẽ. Hipp. Rimi. cons. 49. nu. 14. lib. 1. Et hanc sententiam benigniorem sibi videri dicit Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. c. 23. nu. 24.

C Altera est sententia penitus contraria, non esse remittendam pensionem emphyteutæ, sed omne damnum particulare ad ipsum pertinere, siue modicam pensionẽ soluat, siue magnam, ita respondit Natta in cons. 49. & 194. & alij, vt refert & sequitur nouissimè Aurelius Corbulus in tract. de iure emphyt. cap. 15. amp. 12.

Videbatur mihi prima sententia verior, primò ex l. si vno. ff. locati. vbi dicitur cõductori fundi vectigalis propter sterilitatem remittendam esse pensionem, si conductori fundi vectigalis remittenda est, ergo & emphyteutæ, is enim ab eo cõductore via differt, vt docet Glos. in rubr. ff. si ager vectig. vel emphyt. peta.

Secundò ex eo, quod habetur in §. lex itaque in Auth. de non alienandis reb. eccles. & in Auth. perpetua. C. de sacros. eccl. dicitur in illis legibus concedi posse rem Ecclesiasticam in emphyteusim cũ diminutione sextę partis mercedis iusta, & hoc propter fortuitos casus, qui ad emphyteutam spectant, ergo si iusta pensio ab emphyteuta soluatur, videtur dicendum, casus fortuitos ad eũ D non spectare.

Tertiò. Nã cessante rõne legis, cessat lex. l. adigere. §. quamuis. ff. de iure patro. Sed ratio cur damnum particulare spectet ad emphyteutam, illa est, quia is modicam pensionem soluit in recognitionem dominij, non autẽ in compensationem fructuum, quos percipit ex re emphyteutica, vt docet Bart. in d. l. 1. in 2. oppositione, C. de iure emphyt. ergo si magnam pensionem præstet æquiualentem fructibus, secus est dicendum.

Postremò quia illa non est propriè emphyteusis, in qua magna pẽsio soluitur fructibus attemperata, sed est potius locatio. Emphyteusis n. est propriè, cùm res datur ad meliorandum, modica aliqua pensione data. Id patet ex verbi etymologia, ex qua sumi potest argumentum, vt docet Bart. in l. ex populi. in 6. q. ff. de iust. & iu.

Cæterùm re diligentius considerata & perspecta, contrariam sententiam veriorem esse puto; Non esse remit-A tendam pensionem emphyteutæ propter sterilitatem, licet magnam pensionem soluat. Mouror ex d. l. 1. vbi dicitur damnum ex quo tota rei substantia non perit, ad emphyteutam spectare, sed damnum propter sterilitatem contingens, non est tale, vt tota res intereat, ergo ad emphyteutam spectat.

Non obstant argumenta in contrariũ adducta. Quòd enim attinet ad l. si vno. Rñdeo non esse veram assumptionem, quòd emphyteuta non differat à conductore fundi vectigalis. Illa sententia Glo. nullo iure probatur. Contrarium patet esse verum ex traditis per Franc. Conna. lib. 7. comment. iu. cap. 12. num. 7. & per Alciat. lib. 3. dispunctionum, cap. 10. & lib. 1. parerg. cap. 36.

Ad secundum respondeo, non esse bonam consequentiam illam. Res Ecclesiastica in emphyteusin concedi potest cum diminutione sextæ partis pensionis propter casus fortuitos, qui ad emphyteutam pertinent. Ergo si iusta pensio præstetur ab emphyteuta absque vlla dimi-B nutione, casus fortuiti ad eum non spectabunt. Consequentia debet sic fieri. Ergo si casus fortuiti ad emphyteutam non spectent, res Ecclesiastica concedi nequit, cum diminutione illius sextæ partis. Quid enim prohibet, quò minus emphyteuta damnum ex fortuitis casibus patiatur, secundum naturam contractus, & ad iustã & magnam pensionem soluendam obligetur expressa conuentione?

Ad tertium argumentum rñdeo, Ratio cur particulare damnum ad emphyteutam spectet, illa est, quia soluit pensionem in recognitionem dominij, non autẽ in compẽsationem fructuum, sicut conductor, concedo, sed dũ dicitur, quia modicam pensionem soluit. nego. Quid enim impedit, quò minus soluat in recognitionem directi dominij, etiam magnam & iustam pensionem?

Ad quartum & vltimum. Emphyteusis dicitur propriè cum res datur ad meliorandum, concedo, sed cùm dicitur constituta modica pensione annua, id nego. Nec C argumentum illud probat. Et quod dicatur emphyteusis, licet magna & iusta pensio soluatur, probat tex. in §. quia verò leuis in Authen. de non alienand. reb. eccl.

CAPVT XC.

Si res emphyteutica sit ab hostibus occupata, vtrum remittenda sit pensio emphyteuta.

ILlud etiam est in controuersia. Vtrum si res emphyteutica sit ab hostibus occupata, remittenda sit emphyteutæ pensio?

Variæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ. Alij enim docent locum esse remissioni; & hæc videtur magis communis sententia legistarum, vt inquit Abbas in c. potuit de loca. Ias. in l. 1. nu. 91. C. de iure emphyt. Iul. Clar. lib. 4. sententiar. §. emphyteusis, quæst. 8. vers. sed quid in em-D phyteutica. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. cap. 23.

Alij contra, non esse locum remissioni, quia casus fortuiti ad emphyteutam spectant; vt in §. lex itaque, in Authen. de reb. eccles. non alien. bellum autem dicitur casus fortuitus, l. in rebus. ff. commod. & quia tota res non perit, licet fructus pereant, fructus enim dicuntur pars rei, l. fructus pendentes. ff. de rei vendic. ita Card. Florentin. respondit, vt refert Abbas loco annotato, & ita etiam respondit Collegium Patauinum, vt refert Iason, vti supra. Idem voluit Conanus lib. 7. comment. iuris, cap. 12. num. 7.

Alij distinguunt, vtrum pensio modica soluatur, an verò magna, & primo casu locus non sit remissioni, secundo casu sit locus. Ita Collegium Mediolanense, vt post Curtium. refert Clarus loco supra dicto.

Alij distinguũt, vtrum bellum sit iustum, an iniustũ, primo casu locus sit remissioni, quia bona capta ab hostibus effecta sunt capientiũ, secundò verò casu nõ, quia

spes

ſpes eſt recupetationis. Ita Ang. in d. l. 1. tit. noſtro, & ibi. Io. Sicard. num. 31.

Alij denique alitet, preſertim Aurelius Corbulus, qui diſtinguit io plures caſus hanc quæſtionem de iure emphyt. cap. 15. ampl. 18.

Mihi omnium optima, veriſſimaq́ue communis ſententia videtur, quòd ſcilicet emphyteutæ remittenda ſit penſio, qoando propter tumultus & calamitates fundū ingredi non poteſt: Et moueor, qnia eo io caſu fundum poſſidere non dicitur l. cum vnus, §. vlt. ff. de bonis auth. iud. poſſi. ibi. *Aut propter latronum potentiam non poteſt poſſideri, rectè dicitur, non eſſe quod poſſideatur.* Si enim fundum oon poſſidet, ergo penſionem ſoluere noo tenetur fundi nomine, & perinde eſt, ac ſi fundos non extaret & perijſſet, reſpectu tpis, quo poſſideri nou poteſt.

Vnde nihil mouet, quod dicitur hoc in caſu fundum extare, & oon perijſſe, quia idem eſt, ac ſi oon extaret. Nec enim dominus patientiam vtendi & fruendi præſtare poteſt, nec quicquam omnino habet emphyteuta ex eo fundo amplius, quàm ſi verè non extaret.

Non obſtat, quod dicitur caſus fortuitos ad emphyteutam pertinere, vt in d. §. lex itaque. Quoniam id concedo, niſi tota res pereat, vt in l. 1. tit. noſtro. Hoc verò caſu, idem omnino eſt, ac ſi perijſſet pro eo tempore, quo impeditur poſſideri, & in poteſtate hoſtium reperitur.

CAPVT XCI.

An emphyteuta Eccleſiæ teneatur ſoluere collectas, & tributa fiſcalia domino temporali.

CONtrouertitur etiam, vtrum emphyteuta eccleſię obligatus ſit ad ſolueodas collectas, & onera fiſcalia. Reſpoodet Bart. in l. priuatæ. C. de excuſa. mune. lib. 10. emphyteutam Eccleſiæ non teneri, ne grauetur duplici onere ſoluendi, ſcilicet Eccleſiæ penſionem, & fiſco tributum. Eandem ſententiam ſecutus eſt Iaſ. in l. 1. num. 31. C. de iure emphyt. eamque tutiorem dicit Boſſius, in tit. de Principe, & priuilegiis eius, nu. 128. Eandem aliis citatis nouiſſimè amplexus eſt Marcus Antonius Eugenius, in conſ. 96. num. 22. lib. 1.

Sed contrarium docuit Andr. Iſer. in tit. Quæ ſiot rega. in verb. plauſtrorum, dicens, inſpiciendam eſſe perſonam emphyteutæ, qui cùm ſit obnoxius collectis, tenetur eas ſoluere etiā pro re emphyteutica Eccleſiæ, quia res à perſona conditionem accipit, non contra, l. 1. C. de imponenda lucratiua deſcript. lib. 10.

Idem reſponderunt Alex. in conſ. 101. lib. 1. Natta, cōſ. 114. nu. 18. Et ad rationem illam Bart. reſpondeot, eam oullius eſſe momenti, quia duplici ooere aliquis grauari poteſt diuerſo reſpectu, vt patet ex multos, ſed præcipuè ex l. ſi pendentes. §. ſi quid cloacarij. ff. de vſufr. vbi conductor fundi vectigalis ſoluere tenetur vectigal municipio, & tributum fiſco. Et ſi bona eſſet ratio hæc, nullus emphyteuta, etiam priuati, obligatus eſſet ad collectas. Is enim penſionem ſoluit domino, vnde ne duplex onus ſubiret, non teneretur ſoluere tributum fiſco, quod tamen eſt contra, l. 2. C. de iu. emphyt.

Ego puto veriorem eſſe Bart. ſniam duplici ratione. Primò, quia vr̄ hæc ſatis bona regula in hac materia, vt quoties dn̄s ad collectas non tenetur, non teneatur etiā emphyteutta. l. priuatæ. C. de excuſa. mune. lib. 10. vbi emphyteuta fiſci oon tenetur, quia fiſcus eſt immunis, ſed Eccleſia non tenetur de collectis. l. 2. C. de Epiſcopis & Cler. c. 1. de immu. eccleſ. lib. 6. cum vulg. ergo nec emphyteuta tenetur. Altera ratio eſt, quia vbicunque aliquis poſſidet rem immunem à collectis & tributis, is collectas & tributa peodere non teneatur. l. 1. C. de imponeoda lucratiua deſcript. lib. 10. ibi. *Contraq́, ſi cuiuſlibet, &c.* ſed emphyteuta Eccleſię poſſidet rem immuoē à collectis, quia bona Eccleſiæ ſunt immunia. l. placet. C. de ſacroſanct. eccleſ. ibi. *Ne prædia vſibus cœleſtium*

A *ſecretorum dedicata, ſordidorum munerum faſce vexentur, &c.* Et c. noo minus de immu. eccleſ. cum ſimilibus. ergo non tenetur ad collectas.

Ad argumentum reſpondeo. Quod dicitur rem à perſooa cooditionem recipere, concedo, ſi intelligatur iuxta terminos. d. l. 1. C. de impo. lucra. deſcript. a qua deſumitur pronunciatum. Dicitur ibi, Curiales eſſe immunes a collectis, & ꝙ ſi bona collectis ſubiecta perueniant ad eos, ſint immunia, ſed ſi ad alios, ſecus; quia inquiritur perſonæ conditio. Iſte non eſt caſus noſter, quia Eccleſiæ bona ab ipſo principio, oatura ſua ſunt exempta & libera, unde ad quemcumque perueniant, ſarcinam collectarum effugere debent, ut inquit tex. in d. l. 1. uerſ. contraque ſi cuiuſlibet. C. de imponenda lucratiua deſcript. Poſſet autem argumeotum procedere, & ſimul etiā cōtraria doctorum ſnia, ſi res ab Eccleſia in emphyteuſim conceſſa fuiſſet ab aliquo priuato Eccleſiæ uendita, ac propterea collectarum oneri ſubiecta, tunc. n. locus eſſet

B deciſioni dictæ legis, quod a primordio tituli, poſterior formetur euentus. i. cùm res a principio eſt deſcripta in libro fiſci, cum alijs rebus, quæ collectarum oneri ſubiacent, ſi perueniat ad Eccleſiam, quæ immunis eſt, ipſa res euitabit onus collectæ, ſed ſi ab Eccleſia transferatur ad alium non exemptum, redibit ad naturam ſuam, ꝑꝑ perſonam poſſeſſoris, & ſic ad collectas erit obligata.

CAPVT XCII.

Emphyteuſi finita abſque culpa emphyteutæ, vtrum meliorationes repeti poſſint.

DIcitur in l. 2. C. de iore emphyt. emphyteutam in ſolutione canonis ceſſantem per triennium, iure ſuo cadere, emphyteuticamq́ue rem reuerti ad dominum, uuà cum meliorationibus factis. Nunquid hoc procedat etiam, quādo emphyteuta cadit à iure ſuo,

C abſque culpa, ut uerbi gratia, ſi res emphyteutica concedatur vſque ad certum tempus, certamue generatioō, & illud ſit elapſum, ac geoeratio extincta.

Reſpondit Bald. in l. ſenatus. §. marcellus. ff. de legatis. hoc caſu meliorationes ad emphyteutam pertinere, eiuſque hæredes, noo autem ad dominum, ſequitur Iaſ. d. l. 2. C. de iure emphyt. num. 27. Deci. qui alios citat in conſ. 518. probatur hæc ſententia multis ſimilibus.

Primò ex eo, quod habetur io cap. 1. §. ſi uaſallus. tit. hic finitur lex, & conſuetudines regni incipiūt. ubi tex. dicit. *Si vaſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit, & contingat poſtea, vt ſine filio maſculo decedat dominus, aut patiatur ædificium auferri, aut ſoluat precium meliorationis.*

Secundò ex eo, quod dicitur in l. diuortio. §. impendia. ff. ſoluto matr. vbi tex. loquens de meliorationibus à marito factis in fundo dotali, ſic ait. *Planè ſi nouā villam neceſſario extruxit, vel veterem totam ſine ſua culpa colla-*

D *pſam reſtituit, erit eius impenſæ petitio.*

Tertiò ex l. domos. ff. de legatis. *Domos hæreditarias exuſtas* (ait lex) *& hæredis nummis extructas ex cauſa fideicommiſſi, poſt mortem hæredis reſtituendas, boni viri arbitratu ſumptuum rationibus deductis &c. reſpondi.*

Quartò ex l. cum ad quē. C. de vſufr. vbi de meliorationibus vſufructuarius ſic dr̄. *Proinde, ſi quid vltra, quàm impendi debet, erogatum potes docere, ſolemniter repoſces.*

Quintò & vlt. ex l. ſed addes. §. ſi inquilinus. ff. locati, vbi tex. ait. *Si inquilinus oſtium, vel alia quędā ædificio adiecerit, quæ actio locum habet? Et eſt verius, quod Labeo ſcribit, competere ex cōducto actionē, vt ei tollere liceat, &c.* ſcilicet eiuſmodi adiectiones & meliorationes.

Verū iſtis nō obſtantibus cōtrariā ſniam ueriorē eſſe puto, unà cū Franciſco Sarmiento lib. 3. ſelect. interpret. c. 4. mirum eiuſmodi meliorationes ad dominū pertinere, non autem ad emphyteutam, uel eius hæredem.

Et moueor, qa emphyteuta ex natura cōtractus emphyteu-

phyteutici, tenetur fundum, ac rem meliorare, vt verbū ipſum oſtendit, quod ſignificat meliorationem ſiue plantationem, conſequenter non poteſt meliorationes factas repetere, facit enim id, quia tenetur, vnde res non poteſt parere liberationem & repetitionem. l. qui hominē, §. vult, ff. ſolut. matr.

Confirmatur argumentum ex l. colonus. & ex l. dominus hortorum, §. in conducto, ff. loca. quibus in locis dicitur, conductorem demum impenſas ac meliorationes factas repetere poſſe, ſi non tenebatur ex lege contractus eas facere. Vnde cum emphyteuta ex lege contractus teneatur, idem eſt dicendum, quia tantundem operatur natura contractus, quantum expreſſa contrahentium cōuentio, l. quia tantundem, ff. de nego. geſtis.

Ad ſimilia in contrarium adducta, vno verbo reſponderi poteſt, ea non loqui, nec procedere, quādo is, qui meliorationē facit & impenſas, tenetur ex natura cōtractus eas facere, vel ex conuentione & pacto. Quamobrē nec concluſio eiā procedit in ijs expenſis, quas emphyteuta facere nō tenetur ex natura contractus, veluti ſunt ædificia. Vide Arrium Pinel. de reſcin. vend. 2. par. c. 3. nu. 10.

CAPVT XCIII.

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, an cadat ipſo iure ab omni iure quod habet, an verò ita demum, cum lata erit ſententia.

Dicitur in l. 2. C. de iure emphyt. Emphyteutam ceſſantem in ſolutione per triennium, cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit, an ipſo iure cadat, an verò per ſententiam. Hanc quæſtionem tractat Spec. in tit. de emphyt. q. 41. & concludit non ipſo iure priuari, ſed per ſententiam iudicis.

Sequuntur eandem ſententiam Paul. Caſtr. in conſil. 68. lib. 1. Ludou. Rom. in conſ. 215. & alij quos refert Tiraq. in rep. l. ſi vnquam. C. de reuoc. don. in verbo reuertatur, nu. 187.

Argumenta vero ſunt hæc, vbicunque lex vtitur verbis futuri temporis, nō autem præteriti vel præſentis, priuatio non inducitur ipſo iure, ſed per ſententiam, vt docet glo. in l. iubemus, §. ſanè, C. de ſacroſan. eccle. in verſ. priuetur, & in l. in crimin. in verſ. habeatur, C. de iuriſd. om. iud. ſed lex vtitur verbis futuri temporis, dicit enim in §. ſi vero quis aut locator, in Auth. de alien. & emphy. Emphyteuta qui non ſoluit canonem *extraneus fiet a iure ſuo*. & l. 2. C. de iure emphyt. vtitur verbo illo, *Cadat a iure ſuo*, quod videtur tempus futurum deſignare.

Secundò probatur ex d. l. 2. eod. tit. dicitur enim emphyteutam cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit, neceſſaria ergo eſt domini petitio, & conſequenter ſententia iudicis.

Tertiò facit argumentum à ſimili. Nā vaſallus feudo priuatur, ſi id irrequiſito domino alienauerit, vel alias ob cauſas à lege definitas, & tñ ipſo iure nō cadit: ſed per ſententiā, vt in c. 1. de feudo ſine culpa non amitten. c. 1. §. ſancimus, quo tempore miles inueſtitu. petere poſſit.

Quartò, quia ēt lex dicit cōpenſationem ipſo iure fieri l. vlt. C. de compenſat. & tamen ſententia iudicis requiritur. l. quod in diem, §. 1. ff. de compenſ. l. ſi autem, §. ult. ff. de nego. geſt. ergo idem dicendum in emphyteuta.

Poſtremò facit tex. in l. lex vectigali, ff. de pignor. vbi præſupponitur à iudice pronūciari ſuper huiuſmodi priuatione iuris, cùm aliquis conduxit fundum vectigalem, & debitū vectigal non ſoluit, ibi: *Si cum exolutione vecti galis, tam debitor, quam creditor ceſſaſſent, & propterea pronunciatum eſſet, fundum ſecundum legem domini eſſe, &c.*

Contrariam ſententiam habuerunt alij, quos refert & ſequitur Iaſ. in d. l. 2. C. de iure emphyt. num. 14. Alex. in conſ. 6. lib. 3. Dec. 146. & alij multi quos refert & ſequi-

A tur Aurelius Corbulus de iure emph. cap. 15. ampl. 45.

Argumēta huius contrariæ ſententiæ hęc ſunt. Primo, quia l. 2. C. de iure emphy. dicit domino licere emphyteutam expellere, qui per triennium ceſſauit in ſolutione. Si enim licet domino eum repellere, ſequitur ſententiam iudicis non eſſe neceſſariam.

Secundò, quia eadem l. 2. vtitur verbis illis, *Cadat omnino*, & eodem modo loquitur tex. in §. ſcire. in Auth. de non alien. reb. eccl. Verbum autem illud eſt præciſum, & ſignificat ipſo iure, vt tradit Lud. Rom. in ſing. ſuo omnium primo, ex glo. in l. 1. §. ſi pecuniam, in verbo omni, ff. depo. idem docet Mattheſil. ſing. 10.

Tertiò, quia tex. in l. lex vectigali, ff. de pign. dum loquitur de ſententia iudicis ſuper eiuſmodi priuatione, dicit pronunciationem fieri declaratoriam priuationis. & propterea (inquit textus) *pronunciatum eſſet, fundum ſecundum legem domini eſſe, &c.* Quod ſi non induceretur

B priuatio ipſo iure, tunc per ſententiam eſſet inducenda, & ita concipienda foret, ac ſi iudex priuaret emphyteutā ex doctrina Bald. in c. 1. §. 1. quibus mod. feud. amitt.

Hanc poſteriorem ſententiam ego ſequor, vt veriorēq; de iure puto, quia d. l. 2. C. de iure emphyt. dicit, emphyteutam cadere à iure ſuo, ſi dominus voluerit, q̄ autem ſententia iudicis requiratur, nullum verbum in textu, ut parum ſit credibile, id Iuſtinianum omiſiſſum fuiſſe, ſi neceſſarium eſſet. Illud tamen moneo, hanc ſententiam intelligendam eſſe, quando certum eſt & in confeſſo, emphyteutam in ſolutione ceſſare. Quod ſi dubium eſſet, tunc ad hoc vt conſtaret, iudicis pronunciatione, ac ſententia opus eſſet, ex notatis per Iaſonem in l. ſi quis maior. num. 25. C. de tranſactio. & fuſius per Monachum conſ. 99. nu. 169. lib. 1.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia quod attinet ad primum de verbis futuri temporis, verum eſſe fateor, illud quod dicitur, verba futuri temporis, legis deſignare priuationem, non ipſo iure, ſed per ſententiam.

C Sed non procedit, quando talia verba ſunt coniuncta, cum verbis deſignātibus ipſo iure induci priuationem, vt eſt dictio, *mox, ſtatim, omnino*, & ſimilia. Bart. in d. l. iubemus, §. ſanè, C. de ſacroſanct. eccl. & in l. Imperatores, ff. de iure fiſci. Sic autem eſt in quęſtione noſtra. ut dictum eſt ſuprà.

Ad id autem quod ſecundo loco dicebatur, emphyteutam non priuari iure ſuo, niſi dominus voluerit, conſequenter neceſſariam eſſe petitionem eius, ac ſubinde iudicis ſententiam. Reſpondeo, negando conſequentiam. Neceſſaria quidem eſt domini petitio & declaratio, ſed quid prohibet, quo minus domino voluntatem ſuam declarante, priuatus emphyteuta dicatur abſque alia iudicis ſententia?

Ad tex. d. l. lex vectigal. reſpondeo, ibi quidem iudicialis pronunciationis fieri mentionem: ſed nullum verbum, quod talis pronunciatio ſit neceſſaria. Et nos quoq; fatemur euenire poſſe, ut iudicis pronunciatio in hac re

D ſequatur, negante, exempli gratia, emphyteuta, ſe in ſolutione canonis ceſſaſſe, & domino eum non ſoluiſſe dicente, tunc & iudex adeundus eſt, & ſententia expectanda, quę diſputationem dirimat, licet ante eius prolationem emphyteuta intelligatur priuatus, ſi non ſoluerit.

Quod autem adducebatur de vaſallo, non adeo exploratum eſt, ſiquidem Iaſone teſte in l. 2. C. de iure emphyteut. num. 16. multi contrarium docent, ipſo iure, ſcilicet, vaſallum feudo priuari. Et licet ſententiæ iudicis fiat mentio in legibus in contrarium allegatis, illud eſt propter controuerſiam inter dominum, & vaſallum, quæ ubi exiſtit, neceſſe eſt, ut competentis iudicis ſententia definiatur.

Eadem reſponſione tollitur vltimum argumentum de compenſatione. Nam compenſatio ipſo iure inducitur, ſed in legibus allegatis, iudicialis ſententiæ facta mētio eſt propter controuerſiam inter partes, vtrum locus eſſet compenſationi, exiſtentem.

CA-

CAPVT XCIV.

Emphyteuta cessante in solutione, & domino declaratione sua voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant, an ad dominum, an verò ad emphyteutam?

QVid si emphyteuta cessauerit in solutione canonis, & antequam dñs declarauerit se velle eũ iure suo cecidisse, fructus perceperit, an teneatur ad restitutionem eorum? Videbatur mihi prima facie respõdendũ, teneri Primò, quia posteaquã cecidit, dicitur esse malæ fidei possessor. Possessor autẽ malæ fidei fructus non facit suos, sed restituere tenetur. l. si fundũ. C. de rei vendicat.

Secundò ex eo, quod in vsufructuario cõstitutum est, is enim ad restitutionem fructuum tenetur, quos finito vsufructu percipit. l. si pater. C. de vsufruct.

Tertiò ex eo, quod dicitur de vasallo Nã committat crimen feudi priuatione dignum, restituere tenetur fructus, quod percipit, antequã lata sit in eum sententia priuationis, l. 1. vbi Castren. notat. C. de his quib. vt indig.

Quartò, nam emphyteuta priuatur iure suo si dominus voluerit: hæc autem verba, *si dominus voluerit*, conditionem important: sed hæc est natura conditionis, vt retrotrahatur. l. si filiusfa. ff. de verb. obli. domino ergo declarante se velle, idem est, ac si statim cùm cessauit, priuatus fuisset; quo casu fructus, haud dubiè, ad dominũ pertinuissent.

Quinto, nam & filio legitimæ supplementum debetur cum fructibus. §. prohibemus. in Authen. de triente & semisse, l. scimus, C. de inoffic. testam. si voluerit. vt declarat ibi glos. in verbo, ipso iure. Et tamen cùm declarat se velle fructus consequi, debet à die mortis Patris, non à die declarationis, ut tradunt Bald. in l. Papinianus, §. vnde si quis, ff. de inoff. testam. & Corn. in consi. 265. circa finem, lib. 3.

Sextò, rei legatæ dominium in legatarium transit, si velit, hoc est, si acceptauerit legatum, & tamen si acceptauerit, ea die aditę hæreditatis res eius esse intelligitur, non autem ea die acceptationis, l. si tibi homo, §. cum seruus, ff. de leg. 1. Sic ergo & in quæstione nostra, res emphyteutica ad dominum pertinet ex die, quo emphyteuta in solutione cessauit, non autem ex die, quo dominus voluntatem suam declarauit.

Septimò, mouebat me iuris regula, quod principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat, l. si hæres testamento, ff. de act. emp. l. vxorem, §. agri plagam, ff. de leg. 3. Causa autem principalis, ob quã priuatur emphyteuta, est, quia non soluit canonem, unde illa videbatur inspicienda, & ex ea iudicandum, priuationem inductam esse, consequenter ex eo die fructus ad dominum pertinere, ad quem res pertinuit, non aũt ad emphyteutam iam exclusum, & priuatum iure suo.

Octauò, vbi lex imponit pęnam ipso iure, propter aliquod factum, illa non habet locum, nisi sequatur iudicis declaratio, per quam constet de tali facto, vt tradit Ias. in l. si quis maior, nu. 25. C. de transactio. & alijs, & tamen etiam ante declarationem pęna effectum habet, l. vlt. C. ad leg. Iul. Maiest. Dec. in cons. 235. Sic igitur in quæstione nostra etiam ante declarationem domini, videbatur locus esse pęnæ, & priuationi iuris emphyteutici.

Postremò, nõ parũ mouebãt authoritates eorũ, qui in terminis quæstionis nostræ id affirmarunt iuris esse, ita enim rñderunt Ang. in §. si verò in perpetuũ. in Auth. de non alien. reb. eccl. Spec. tit. de emph. q. 30. Bal. in l. si pater in 3. notabili, C. de vsufr. Soc. sen. in cons. 176. nu. 10. lib. 2. Ias. in l. 2. C. de iure emph. n. 17. Fel. in c. de quarta. nu. 33. de præscrip. Cępolla in cõs. ciuil. 25. nu. 7. Ripa in l. 1. §. si hæres, nu. 26. ff. ad Treb. & alij, ut p Tiraq. in rep. l. si vnquã. in verbo reuertatur, nu. 271. C. de reuoc. dona.

A Verum re maturiùs considerata & discussa, contrariã sententiam veriorem esse iudico, secundum quam iudicauit Rota Bononiensis, ut per Petr. Beninten. decis. 37. Sequitur Aurelius Corbulus in tractat. de iure emphyt. cap. 15. ampl. 38. licet distinguere videatur inter dominum scientem & ignorantem.

Sed mihi videtur indistinctè in proposita quæstione fructus ad emphyteutã spectare, non aũt ad dominum.

Moueor hac ratione, quia fructus ad eum spectant, qui rei est dominus, l. ea diuerso, §. 1. ff. de rei vend. Sed antequam dominus declaret se velle, emphyteuta non est priuatus iure suo, sed dominium rei retinet, ergo fructus ad eum spectant.

Minor probatur ex l. 2. C. de iure emphyt. vbi dicitur emphyteutam cadere iure suo ob canonem non solutũ, *si dominus velit*, ergo antequam dominus velit, non dicitur cadere, illa enim verba *si dominus velit*, important cõditionẽ, antequam aũt conditio eueniat, actus sub conB ditione factus, non habet effectum. l. cedere diem ff. de verb. sig. l. legata sub conditione, ff. de cond. & demonst.

Non obstant argumenta in contrarium. Quod enim attinet ad primum, nego emphyteutam esse malæ fidei possessorem, ex eo tẽpore, quo cessauit in solutione, quia non dicitur priuatus iure suo, nisi dominus velit, ergo ante domini declarationem, non est priuatus, & sic est bonæ fidei; potestque probabiliter credere dominum velle ei pęnam remittere.

Non obstat secundum, quia fateor finito vsufructu ad dominum fructus pertinere, non autẽ ad vsufructuariũ. Sed nego in quæstione nostra finitum esse, & extinctum ius emphyteuticum ex sola cessatione in solutione.

Ad Castr. in l. 1. C. de his quib. ut indig. respondeo, *dato quod verum dicat, non enim disputo, doctrina eius nititur eius legis decisione*. Ideo autem in casu *dictæ legis* fructus interim percepti ad fiscum pertinent, quia statim hæres priuatus fuit, nec expectanda fuit conditio à lege C expressa, vt in quæstione nostra. Cõditio scilicet, si fuerit

Ad quartum argumentum de conditione, quod retrotrahatur, respondeo duobus modis. Primò, id non habere locum in quæstione nostra, quia illud procedit ex fictione legis, & ubi agitur de pœna, cessat fictio legis, *l.* sciendum, cum l. seq. ff. ex quib. cau. maio.

Secundò respondeo, id quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habere, quando à casu pendet, secus cum à potestate contrahentium. l. potior. & ibi. Bat. ff. qui pot. in pign. habeantur. Sed conditio illa, si dominus voluerit, pendet à voluntate domini, potest enim velle & nolle, ergo nõ trahitur retro. Item in præiudicium tertij, cõditio non trahitur retro, ut probat tex. & ibi Bald. in vlt. col. in l. 1. C. an seruus ex suo facto. Ales. in consil. 228. num. 3. lib. 6. Tiraquel. tractat. de iure constitut. 2. parte, ampl. 21. num. 6.

Ad quintum & sextum argumentũ. Concedo supplementum legitimæ ea die mortis patris filio deberi, nec-D non legatæ rei dominium ex die aditæ hæreditatis legatario acquiri. Sed ex his nego ad quæstionem nostram rectè inferri. Est enim differentia inter conditionem à lege expressam, & eam, quæ tacitè subintelligitur. Conditio expressa suspẽdit dispositionis effectũ, ita vt locũ habere non possit, antequã illa purificetur, sed conditio tacitè subintellecta, dispositionem non suspendit. Vtrumq; docet tex. in l. sciens legatum. §. ille si volet, ff. de leg. 1.

Quod attinet ad legitimam & eius supplementum, itemque ad rem in testamento legatam, verum est hæc non acquiri, nisi filius & legatarius velint, posset enim filius, si vellet, repudiare legitimam. Sed hæc conditio tacita, & a lege subintellecta, merito non suspendit acquisitionẽ legitimæ & legati, sed ex die mortis legitima deberi dicitur, & legatum ex die aditæ hæreditatis acquiri

Secus est in conditione expressa à lege, qualis est in quæstione nostra, dicit enim lex, emphyteutã cadere à iure suo, si dominus voluerit. Hęc conditio à lege exprimitur,

mitur, vnde dispositionem & actum, id est, priuationem emphyteutæ suspendit, donec impleatur, meritò ex die quo purificata est huiusmodi conditio, & sic ex die, quo dominus se velle, dixerit, priuatio effectum habet.

Ad septimum, quod causa principalis sit attendenda, concedo, si talis sit causa, quæ possit effectum producere, sed causa illa, nempe negligentia soluendi canonem, sola non potest effectum producere, nisi concurrat domini voluntas, meritò ante voluntatem domini emphyteuta cadere nō àdicitur iure suo, consequenter fructus lucratur interim perceptos.

Ad octauum de pœna ipso iure imposita, concedo etiā ante declarationem iudicis pœnam effectum habere, ratio est, quia declaratio iudicis non requiritur ad essentiā rei, id est, ad hoc, vt pœna lege imposita locum habeat, quasi pœnæ locus non sit, si declaratio iudicis sequatur, imo verò locus est pœnæ ipso iure ante iudicis declarationem, quia declaratio requiritur, non vt pœna imponatur, quæ iam imposita est, sed vt constet de facto, propter quod pœna irrogatur. Sed in quæstione nostra, declaratio & voluntas domini, est de essentia priuationis emphyteutæ, vnde ante declarationem non est locus.

Ad postremum argumentū ex authoritate sumptum, respondeo, argumentum ab authoritate doctorum, probabile esse, non autem necessarium, rationique & legi cedere, vt latè docent doct. in l. 1. ff. si cert. pet. Euerard. in locis legalibus loco ab authoritate.

CAPVT XCV.

Vtrum dominus authoritate propria expellere possit emphyteutam propter canonem non solutum per triennium.

ARdua est quæstio propter multiplices doctorum sententias. Aliqui enim dicunt, non posse dominum authoritate propria eum expellere, quia nemo potest sibi ius dicere, vt in tit. C. ne quis in sua causa iudicet, & ius sibi dicat. & l. nō est singulis. ff. de reg. iur.

C Alij vero affirmāt dn̄m id facere posse, argumēto l. 2. C. de iure emphyt. in qua dr̄, domino licere emphyteutam expellere. Item, quia idem in locatore cōstitutum videtur, vt conductorē expellere possit ob pensionem non solutam. l. æde. C. locati. l. quæro. §. inter locatorem. ff. eod. & postremo ea ratione, quia dominus rem emphyteuticam possidere dicitur ciuiliter, vt docet glos. in l. 3. §. ex contrario. ff de acquir. poss. is autem, qui ciuilem habet possessionem, authoritate propria ingredi potest naturalem ab alio occupatā. l. clam possidere. §. qui ad nundinas. ff. eod. & hæc videtur magis communis sententia. Vide Iasonem in l. 2. C. de iure emphy. nu. 105. Decium in cons. 146. nu. 7. Alex. cons. 105. nu. 18. lib. 3. 113. nu. 11. libro 1. Clar. libro 4. sentent. §. emphyteusis, quæst. 44. & quæst. 11. Corbulum de iure emphyt. cap. 15. quæst. 12.

D Alij dicunt domino licere emphyteutam in possessione turbare, sed non expellere. Ita Bart. in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 3.

Alij distinguunt hoc modo. Aut certum est emphyteutam non soluisse canonem, vt quia id fatetur, aut dubium est, quia fortè ipse negat. Primo casu, licet domino propria authoritate eum expellere, secundo autem casu non licet. Specul. tit. de emphyt. q. 48. Alij aliter dicunt, & distinguunt.

Mihi verior videtur eorum sententia, qui negant domino licere propria authoritate emphyteutam expellere. Imprimis, quia nemo potest sibi ius propria authoritate dicere, vt dictum est.

Secūdo ex l. creditores. C. de pig. vbi Imp. ita dicit: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conuentionis legem ingressi, possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen authoritate Præsidis possessionē adipisci debent.*

A Si creditor non potest absque iudicis authoritate possessionem ingredi, licet ex lege conuentionis potestas ei facta sit, ergo nec dominus potest authoritate propria expellere emphyteutam, etiamsi maximè potestatem habeat eum expellendi ex lege contractus.

Tertio ex eo, qđ constitutū est in dote, soluto. n. matrimonio dos ad mulierem reuertitur, & potest mulier eā vendicare. l. in reb. C. de iure do. & tamē propria authoritate id facere non potest. l. dotis. C. solu. matr.

Quarto & vltimo, quia possent ex eiusmodi expulsione, authoritate propria facta, oriri scandala, rixę & delicta, quæ omnia leges euitare student, vt in l. æquissimum. ff. de vsufr. inde enim iniurias nasci non oportet, vnde iura oriuntur. l. in fundo. ff. de rei vend.

Ad argumenta in contrariū, facilè rn̄deri potest. Nam quod attinet ad primum & scd̄m, concedo esse domino permissum, vt si velit, emphyteutam expellat, sicut & conductorē locatori expellere licet, sed nego id propria

B authoritate fieri posse, nec id allegatæ leges dicunt.

Quod vero dr̄, ei, qui ciuilem habet possessionē, licet authoritate propria ingredi naturalem ab alio occupatam. Ergo dn̄o licebit emphyteutam expellere. hoc argumentum, quod vrget omnium maximè pro hac sententia Ias. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 105. tollitur ex notatis per eundem Iasonem in d. l. clam possidere. §. qui ad nundinas, nu. 24. ff. de acq. poss. vbi dicit, domino non licere emphyteutam expellere authoritate propria, quia emphyteuta naturaliter possidens, initium habet iustum suæ possessionis, & is expelli potest, qui possessionem naturalem iniustè occupauit, sicut loquitur ille tex. in d. §. qui ad nundinas, & aliæ leges concordantes à Iasone ibi allegatæ.

CAPVT XCVI.

Vtrum emphyteuta, qui per triennium canonem totum non persoluit, sit priuandus iure suo.

EMphyteutam, qui totum canonem non soluit per triennium, iure suo emphyteutico priuandum esse docuerunt Specul. in tit. de emphyteut. q. 29. Paulus Castr. ad l. in executione. §. item si ita. ff. de verb. oblig. Ias. in l. 2. nu. 54. 55. de iure emphyt. Decius Authen. qui rem. C. de sacros. eccles. & alij, quos refert. & sequitur Aurelius Corbulus de iure emphyt. c. 15. ampliatione 5.

Argumenta vero sunt ista. is, qui tenetur aliquid præstare sub pęna, in pœnam incidit, nisi totum præstet, d. l. in executione. §. item si ita. ff. de verb. oblig. ibi: *Nisi totus detur, pœna committitur centum*, sed emphyteuta tenetur canonem præstare domino sub pœna priuationis iuris sui, ergo nisi totum præstet, in pœnam incidit.

Secundo, quęlibet conditio indiuidua est, nec pro parte impleri potest. l. cui fundus. ff. de cond. & demonstr.

D sed emphyteuta ius suum sub illa conditione habet, vt canonem domino pendat, ergo nisi totum pendat, cadit omni suo iure.

Tertio, facit regula vulgaris. Nihil actū vr̄, vbi superest aliquid agendum, l. pen. C. de his quib. vt indig. vnde etiam dicimus; Non defendere eum, qui totum non defendit. l. defensor. ff. de interrog. act. & is edere non dicitur, qui in totum nō edit, l. argentarius. §. 1. ff. de eden.

Quarto facit, quod habetur in l. fistulas. §. qui fundum. ff. de cōtrah. empt. ibi: *Nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget, quoniam contractum ex aliennum diuidi non potest.*

Quinto, textus in l. quamdiu. C. de distract. pignor. ibi: *Quamdiu non est creditori integra pecunia numerata, etiamsi pro parte maiore eam cōsecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.*

Sexto, is, qui totum canonem non soluit, non adimplet pro sua parte contractū, frustrà ergo petit sibi à do-

mino

mino adimpleri, l. quarto. §. inter locatorem. ff. locati.

Septimò, emphyteuta, qui totum canonem non soluit, impunè euadere nõ potest, itaque vel totum ius suũ amittere debet, vel partem, sed partem non debet amittere, quia dominus inuitus cogeretur cum eo habere rẽ communem contrà l. si non sortem. §. si centum. ff. de condict. indeb. ergo totum debet amittere.

Octauò, pœna ista priuationis imposita est emphyteutæ, quia cùm canonem non soluit, dominum contẽnere videtur, sed si non soluat totum, videtur dominum contemnere; igitur in pœnam incidit.

Nonò facit, qđ docet glos. in l. res bona fide. ff. de contrah. empt. vbi docet. Pactum legis cõmissoriæ, quo cauetur, vt si emptor intra certum tps venditori precium nõ soluat, res sit inempta, locũ habere etiam vbi totum nõ soluit, licet deficiat, vt inquit illa glos. *In vno nummo.*

Postremò facit, quod docet Bart. in l. cùm si exhibuissent. §. vlt. ff. de Public. & Bald. in l. minorib. C. de his quib. vt indig. vbi docent, eum, qui offm̃ habet denunciandi maleficia, puniendum esse, licet vnum tantũ maleficium denũciare neglexerit. Item id quod docet Bald. in l. etiam, nu. 8. C. ad leg. Falcid. eum, qui fidem accommodat defuncto testatori de restituendo aliquid incapaci, tota nihilominus hæreditate indignum reputari, ac proinde eam fisco applicandam.

Cõtrariam sententiam habuerunt Ias. sibi contrarius in d. l. in executione §. item si ita. ff. de verb. oblig. Guido Papa decis. 174. Petrus Benintendius decis. 6. Paulus Picus in Auth. Præterea, nu. 12. C. vnde vir. & vxor.

Primum argumẽtũ est ex l. si seruus. §. si plurium. ff. si quis cautio. in. ibi: *Pœnam quidem integram committi, licet vnus status non sit, Labeo ait: quia verum sit, omnes status non esse. Verum, si pro rata vnius offeratur pœna exceptione doli vsurum eum, qui ex hac stipulatione conuenitur.*

Scd̃m est ex c. suam, de pœnis, vbi obligatus ad certã quantitatem certa die sub pęna soluendam, si partem intrà terminum soluit, ad pœnam integram non tenetur.

Tertium, ex l. commissoriæ, C. de pactis inter empt. & vend. qui textus iudicio meo nihil ad rem facit.

Quartum, quia pœna non debet esse maior delicto. l. sancimus. C. de pœnis, & pœnæ sunt interpretatione potius molliendæ quam exasperandę. l. interpretatione. ff. eod. tit.

Ego verò tres casus distinguendos puto. Primus est, qñ emphyteuta non soluit quidem per triennium totũ canonem, sed tñ tãtum soluit singulo anno, quod si coaceruetur, vnius anni æquat canonis debitam quantitatem, hoc in casu existimarem eum non esse priuandum iure suo, duabus rationibus. Priore quidem, quia solutio à debitore facta cedere debet in duriorem & grauiorem causam. l. 1. & 3. l. si ex pluribus. ff. de solutio. l. 1. C. eod. tit. ergo in proposito cedere debet in causam debiti canonis vnius anni, vt sic pœna euitetur, quæ vt incurratur, triennium requiritur. Altera est ratio, quia si exempli causa emphyteuta sit obligatus ad soluendum annua decem, & singulo anno quinque soluerit, proculdubio soluisse dicitur plus, quam vno anno teneretur soluere. Qualis ergo esset rigor priuare istum iure suo, qui aliqđ supra vnius anni integram pensionem soluit? qui si solã vnius duntaxat anni pensionem solueret, non priuaretur. Respondet, sed frustrà, Corbulus loco superius annot. & Ias. in d. l. 2. num. 57. C. de iure emphyt.

Secundus casus est, quando id, quod soluit emphyt. nequaquam sufficit ad vnius anni integram pensionem debitam, sed tamen aliquid minimum deficit, & hoc in casu idem statuendum puto, argumento tex. in c. suam, de pœnis. Et quia, vt solet dici, de minimis non curat Prætor. l. scio. ff. de in integr. rest.

Tertius est casus, quando id, quod soluit emphyt. singulis annis, non æquat debitam vnius anni portionem, & modicum non est, sed verbi gratia, deest tertia pars vel dimidia. Hoc in casu communiorem amplector sen-

A tentiam, quæ docet emphyteutam esse priuandum iure suo, moueor ijs argumentis, quę superius allata fuere pro eiusdem sententiæ confirmatione.

Ad argumenta in contrarium ita respondeo. Ad primum, maior propositio est vera, minor autem falsa, quia emphyteuta non tenetur canonem soluere sub pœna priuationis, sed priuationis pœna est imposita in solutione cessanti per triennium. Non videtur autem cessare per triennium, cum id, quod soluit annuatim, ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad secundum concedo totum argumentũ, & sic emphyteutam obligatum esse ad soluendum totum canonem, sed dum infertur, ergo nisi totum soluat, absolutè priuatur iure suo, nego consequentiam.

Ad tertium, fateor, si totum canonem non soluat, nõ videri canonem soluisse, sed non sequitur, ergo indistinctè priuandus est iure emphyteutico.

Ad quartum, cõcedo ei, qui contractũ nõ adimplet in

B totum, actionem nõ competere: vt in d. §. qui fundum, sed non sequitur eum iure suo priuandum, quia sic priuandus esset, licet vno duntaxat anno cessaret in solutione, quod tamen est falsum, quia requiritur triennium.

Ad quintum respondeo, creditori ius esse pignora vendendi, licet debiti pars soluta sit, quia nisi totũ soluatur, ius illi remanet pignoris pro residuo, ideo rem obligatã rectè distrahit, quæ res ab hac nostra longè diuersa est.

Ad sextum patet solutio. Neq; enim bona est consequentia; emphyteuta pro parte sua fidem non seruauit, ergo cadit à iure suo, quia si id sequeretur, vnius anni negligentia in soluendo sufficeret ad incurrendam pęnam. Illud sequitur, actionem denegari emphyteutæ non seruanti fidem, argumen in d. § inter locatorem.

Ad septimum dico, emphyteutam nec toto iure suo priuandum esse, nec parte, quia non est absolutè verum, eum in solutione cessasse per triennium, vt lex requirit. Non cessauit, inquam, vbi canonis pars soluta singulo

C anno, ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad octauũ nego, ita dñm contemni ab emphyteuta totum canonem non soluente, vt proinde iure emphyteutico sit priuandus, neq; enim omnis ad hunc effectũ sufficit contemptus, sed requiritur cessatio triennalis.

Ad nonum rñdeo, nõ ita constitutum esse in emphyteutica, vt nisi canonem persoluat anno quolibet, iure suo priuetur, sicut in pacto legis commissorię constitutũ est, vt nisi totũ precium soluatur, res sit inempta. Dicimus enim emphyteutã cadere à iure suo, si per triennium in solutione cessauerit: Eundem vero nõ cessasse per triennium, si tantum soluit annis singulis, quod simul cumulatum, unius anni pensionem adæquet.

Ad postremum respondeo, constitutus officialis ad maleficia denuncianda merito punitur, si unum maleficium denunciare negligat, peccat enim in officio. Sic & ille, qui fidem suam accommodauit de restituendo aliquid incapaci. Non idem iuris in emphyteuta, quia pro

D omni culpa & negligentia nõ punitur, sed propter triennalem cessationem, ut dictum est, duntaxat.

CAPVT XCVII.

Vtrum, si emphyteuta decedat pluribus heredibus relictis, quorum vnus suam canonis portionem soluat, alter verò non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an verò pars tantum.

QVatuor sunt opiniones doctorum. Prima, totam rem ad dñm reuerti. Authores sunt Spec. tit. de locato, q. 71. Ias. ad l. 2. num. 57. 58. C. de iure emphyt. Clarus §. emphyteusis, quęst. 9. quæro quid si emphyteuta, & alij à Corbulo relati de iure emphyteutico, cap. 15. ampliatione 8.

Fundamentum est, quia si defunctus obligatus sit ad pecuniam soluendam sub aliqua pœna, altero ex hæredibus

redibus suā partem non soluente, pęna committitur cōtra omnes, & qui suam partem soluit, familiæ herciscundæ iudicio id, quod sua interest à cohærede, qui non soluit, consequitur, l. hæredes, §. in illa, ff. fam. hercisc. tex. in l. stipulationum, 2. §. item si in facto, & in l. stipulationum, 5. §. si sortem, ff. de verb. oblig. *Si sortem*, ait textus, *promiseris, & si ea soluta non esset, pœnam, etiamsi vnus ex hæredibus tuis portionem suam ex sorte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis soluatur.* A

Secunda est opinio quorūdam antiquorum, quos Io. Andr. refert in additione ad Specul. loco annotato; rem emphyteuticam ad dominum reuerti pro parte non soluentis tantum.

Fundamentū est in l. fraudati, §. sed si vnus, ff. de publicanis, vbi, *Si vnus ex pluribus hæredib. rem communem causa vectigalis surripiat, portiones cæteris non auferuntur*, hoc est, si vnus ex pluribus hæredibus rei cōis vectigal non soluerit, tota res non incidit in commissum, sed portio tantum non soluentis, vt ibi declarat Paulus Castrē. B

Tertia est opinio Bart. in commentarijs d. l. fraudati, vt si vnus hæredum singulis annis tātum soluerit, quòd spacio annorum trium ad vnius anni pensionem integrā sufficiat, tunc nullo modo res ad dominum reuertatur, qa solutio ab vno facta, cedere debet in causam vtiliorē ad euitandam pœnam l. 1. & seq. ff. de solutio. Si verò nō tantum soluerit, tota res emphyteutica ad dominum reuertatur, & sic pœna committatur contra omnes.

Quarta est sñia Imolensis in c. potuit, nu. 47. de locato: iure ciuili inspecto, totam rem ad dominum reuerti, secus autem inspecto iure canonico, quo iure tantus rigor non seruatur, argumento, c. suam, de pœnis.

Ex his quatuor sententijs eligendam arbitror secundam, quæ docet non totam rem emphyteuticam ad dominum reuerti, sed portionem non soluentis tantum. Moueor ex d. l. fraudati, §. sed si vnius, ff. de publicanis, cui nemo respondet.

Moueor secundò, quoniam vbi emphyteuta moritur relictis pluribus hæredibus, tot videntur esse emphyteutæ, quot hæredes existunt; Vno ergo non soluente, alter prægrauari non debet, sed qui non soluit, suam totis emphyteutici partem amittit. C

Ad argumentū in contrarium sic respondeo: heredes defuncti emphyt. non esse obligatos ad pensionem soluendam, tanquam hæredes, ex persona. s. defuncti, sed tanquam nouos emphyteutas, ex persona propria. Videtur enim is, qui rem concessit alicui in emphyteusin, pro se, & suis hæredibus, vel filijs, ipsis hæredib. & filijs emphyteusin dare. Quare sicut, si pluribus res in emphyteusin detur, dicuntur esse plures emphyteutæ, nec alterius negligentia in soluēdo alteri nocet, ita & in pręsenti specie respondendum est. Alia ratio in eo est, qui sub pœna aliquid promittit. Nam ex persona hæredum, conditio obligationis non mutatur, l. stipulationum, 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. conditio autem obligationis est, vt pœna committatur, nisi tota res promissa, præstetur, l. in executione, §. item si ita, ff. de verb. oblig. D

CAPVT XCVIII.

Vtrum emphyteuta priuati moram incontinenti post elapsum tempus ad euitandam pœnam purgare possit.

Est in emphyteuta Ecclesiæ definitum, celeri satisfactione eum moram purgare posse, c. potuit, de locato. Sed in emphyteuta priuati controuersum. Namque moram eū purgare non posse censuerunt multi, quos commemorat Iason in l. 2. nu. 73. C. de iure emphyt. Couar. lib. 3. variar. resol. c. 17. nu. 4.

Alij posse affirmarunt, Angelus in l. etsi post tres, ff. si quis caution. Bald. in l. si pacto quo pęnam, C. de pactis, Franciscus Sarmientus, lib. 3. selectarum interpretationum, cap. 5.

Alij denique, vt refert Ias. loco annotato, emphyteutā purgare posse morā, docent, antequam dñs declaret priuationi locum esse; post declarationem verò, non posse.

Ipse opinor priorem sententiam esse probabiliorem, quam imprimis confirmabo, deinde argumentis in contrarium respondebo.

Probatur hęc sententia primum ex eo, quòd vbi dies, & pœna est obligationi adiecta, mora purgari nō potest, l. traiect. §. de illo, ff. de verb. oblig.

Secundò ex l. Celsus, ff. de arbitr. vbi si arbiter intra Kalendas Septembris dari iusserit, nec datum erit, licet postea offeratur, attamen *semel commissam pœnam compromissi non euanescere*, ait Iurisconsultus.

Nec valet Sarmienti respōsio, excipientis casum, quo incontinenti moram debitor purgauerit, quia nullo iure probatur hæc interpretatio.

Tertiò probatur argumento l. 1. vers. Nisi fortè, ff. de pecunia legata, ibi: *Habebit igitur hæres obligationem, tamdiu quamdiu cum eo lis de pecunia contestetur, nisi fortè aliud tempus testator, vel mente vel verbis præstituit.*

Quartò ex l. 2. C. de iure emphyt. vbi dicitur, emphyteutam, qui non soluit per triennium, omnimodò repelli posse, ibi: *Sed omnimodò eo si dominus voluerit, repellendo, &c.* Quæ verba arguunt, ita absolutè repelli posse, vt nec moram purgare possit.

Postremò, quia vbi pœna ipso iure imponitur, mora purgari non potest, l. qui ob rem, ff. de cond. indeb. l. si is cui, de leg. 2. Tiraq. ad l. si vnquam, in verbo, reuertatur, nu. 310. C. de reuocan. donatio. Pœna verò de qua agitur ob canonem non solutum, ipso iure est imposita, vt conclusum est supra, c. 93.

Primum argumentum contrariæ opinionis. Vbi aliquid est decisum iure canonico, illud est seruandum etiā in foro Cęsareo, vt in Authent. vt clerici apud proprios Episcopos, &c. sed iure canonico decisum est, moram purgari posse, vt in d. c. potuit, de locato, igitur, &c.

Respondeo, in emphyteuta Ecclesiæ id esse decisum, non in emphyteuta priuati; ratio differentiæ esse potest, quia emphyteuta Ecclesiæ iure suo cadit, si per bienniū in solutione cesset, meritò purgare moram potest, sed emphyteuta priuati, triennale tempus habet, & sic longius tempus, & sic moram purgare non poterit.

Secundum argumētum est ex l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. vbi dicitur, ex ęquitate moram purgari posse, æquitas verò rigori præfertur, l. placuit, C. de iud.

Respondeo, illum textum non procedere, vbi dies & pęna est obligationi adiecta, sicuti docent leges superiùs allegatæ, tunc enim moræ purgationi locus non est.

Tertium argumentum est ex l. si cum dies, §. vlt. ff. de arbit. Respondeo, loquitur quando certa dies obligationi non est adiecta.

Quartum est ex l. etsi post tres, ff. si quis caution. Respondeo, id, q; ibi dicitur, locum habet in obligationibus prætorijs, & iudicialibus, in quibus tantus rigor nō seruatur, quantus in contractibus, & conuentionibus.

Postremum est ex l. si insulam, ff. de verb. oblig. ex l. continuus, §. item qui insulam, & ex l. si ita quis, §. sein cauit, ff. eod. tit. Respondeo, illas leges loqui, quādo dies tantum obligationi est inserta, secùs vbi dies est adiecta, & simul pęna à lege imposita, vt in specie nostra.

CAPVT XCIX.

Si dominus canonem receperit ab emphyteuta, postquam iam erat priuandus iure suo, quia non soluerat, vtrum videatur pœnam ipsam priuationis seu caducitatis remittere.

Quæstio hæc grauis est, difficilis, & controuersa, nec ab aliquo, quem viderim, interprete, clarè explicata. Ego sententiis omnium perpensis, eā distinctionem adhibendam puto, quæ sequentibus conclusionibus continetur.

A Prima conclusio. Si dominus sciat emphyteutam suo iure cecidisse, & canonem nihilominus recipiat temporis futuri, caducitatis pœnam remisisse videtur. Probatur hæc cõclusio, quoniam iniuria dissimulatione aboletur, §. vlt. instit. de iniuria. dicitur autem iniuria domino inferri ab ipso emphyteuta, si canonem ei non soluat, quasi non videatur illum agnoscere tanquam dominum, cũ non soluat, quod in dominij recognitionem debet. Ita docent Bart. in d. l. nu. 8. C. de iure emphyt. Ias. ibid. nu. 124. Ruyn. in cons. 110. lib. 1. Clar. §. emphyt. q. 10.

Secunda conclusio. Si dominus ignoret emphyteutã cecidisse iure suo, recipiendo canonem, non videtur pœnam remittere caducitatis, quia nemo renunciare intelligitur iuri, quod sibi ignorat competere. l. mater. ff. de inoff. testam. l. si quando, §. vlt. C. eod. tit. l. legitima, ff. de petit. hæred. ita Specul. tit. de emphyteusi, q. 24. Ias. in l. 2. C. de iure emphyt nu. 130. Aurel. Corbul. de iure emphyteutico, c. 15. declar. 21. nu. 14.

B Tertia conclusio. Si dominus declarauerit emphyteutam iure suo cecidisse propter canonem non solutum, & nihilominus temporis futuri Canonem receperit, nisi protestatus fuerit, saluũ sibi esse ius caducitatis, videtur eam remittere, ita Bart. in l. 2. nu. 8. C. de iure emph. D. meus Ceph. in cons. 222. lib. 2. quia protestatio reseruat ius protestantis. l. sed debitor, §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypot. solu. & declarat eius animum. l. at si quis, §. plerique, ff. de relig. & sumpt. funer.

Si dicatur talis protestatio est contraria facto, vnde nihil prodest, vt in hac specie dicebãt Rimin. in cõs. 249. nu. 49 Curt. sen. in consil 81. Ruin. in cons. 110. lib. 1. respondet D. Cephal. argumentum procedere, quando dominus recepit canonem ante caducitatis declarationẽ, secus si post quia tunc est ius quæsitum, cui renunciare velle non præsumitur, argum. l. cum de indebito, ff. de probation. & eorum quæ tradit Alexa. in l. non solum. §. morte, n. 17. ff. de oper. noui nunc. & in cõs. 26. col. 1. li. 3.

C Sed contraria sententia verior & communior est, bona præceptoris mei pace; nam protestationem hoc in casu non prodesse, docuerunt Iason in. l. 2. nu. 124. C. de iure emphyt. Ruin. in d. cons. 110. lib. 1. Clar. in §. emphyteusis, quæst. 10. Aurel. Corbulus, loco paruum ante citato nu. 2 protestatio enim contraria facto, nihil releuat, l. 1. §. 1. ff. si vsusfr. petat. l. æmilius, ff. de minoribus Iason in l. si quis extraneus, nu. 6. ff. de acq. hæred. & vbi quis post ius quæsitum actum facit penitus contrarium, &, vt vocant, incompatibilem iuri quæsito, censetur illi renunciare, l. post diem; ff. de lege commissor. l. commissoriæ C. de pactis inter empt. & vend. l. 2. C. de iure dom. impetr. l. vltim. ff. de inoff. testam. est autem actus receptionis canonis pro tempore futuro prorsus repugnans iuri quæsito nam ius quæsitum præsupponit soluentem non esse amplius emphyteutam, eo quod iure suo ceciderit; receptio verò canonis, esse emphyteutam, quia nemo soluit canonem, nisi sit emphyteuta.

D Quod vero respondit. Alexand. in consi. 26. & in d. §. morte, ad rem non facit; quia loquitur in casu longè diuerso. Vendidit quis rem suam cum pacto redimendi, Instrumentum venditionis aliquot post menses celebrauit nulla mentione facta pacti redimendi, respondit Alexander, non idcirco pacto redimendi renunciatum, rectè, quia actus postea factus, videlicet, instrumentum vẽditionis, non repugnat pacto, licet enim pacti mentionem non contineat, non tamen aliquid contrarium continet.

Si tamen Emphyteuta soluens, tali protestationi consentiat, sibi præiudicabit, l. vlt. §. itẽ si prædixerit, ff. Nautæ, caupones & stabular. Ita ripa, in c. cum M. nu. 130. de constit. Ruin. in consi. 151. nu. 12. lib. 1. Iason in d. l. 2. nu. 127. C. de iure emphyt. secus est, si taceat emphyt. vt per Aret. in cons. 55. in fine, Alex. in cons. 14. col. penult. lib. 2. Ruin. in cons. 110. nu. 4. & 151. n. 12. lib. 1. Boer. qu. 309. Clarus, §. Emphyteusis, qu. 10. D. Menoch. lib. 3. de præsumpt. c. 112. nu. 21.

A Nec obstat argumentum Imolæ, in c. potuit, de locato, ex l. vlt. §. item si prædixerit, iuncta glos. ff. Nautæ, caupon. & stabul. quia ibi agitur de vectoribus, quibus facta est protestatio, vt suas res custodiant, & seruẽt, ea protestatio nocet ijs, quibus est facta, si non contradicant. Rectè; quia non est contraria facto, ut in præsenti specie.

Quarta conclusio. Si dominus recipiat canonem temporis præteriti, & de emphyteusi Ecclesiæ agatur, non cẽsetur remissa caducitatis pœna, auth. qui rem, C. de sacrosanct. Eccl. §. si vero aut locator. in auth. de alien. & emphyt. ita Iason. in l. 2. nu. 127. C. de iure emphyt.

Quinta conclusio. Si dominus receperit canonẽ temporis præteriti, & agatur de emphyt. priuat., distinguendum est. Aut dominus primò emphyteutam expulit, deinde canonem recepit, & tunc non videtur pęnam remittere, l. colonus, ff. locati auth. qui rem, C. de sacrosanct. Eccl. aut prius canonem accepit, deinde vult emphyteutam expellere, & tunc non potest, nisi fuerit protestatus,

B se nihilominus eum velle expellere, ita Bart. in l. 2. nu. 8. C. de iure emphyt.

Sed longè probabilior est contraria sñia, qui docent pœnam caducitatis remissã intelligi absolutè hoc in casu, ita Specul. tit. de emphyt. q. 23. Imola, in c. potuit, num. 4. de locato. Franciscus Sarmientus select. interpret. lib. 3. c. 6. Probatur argumento l. rescript. § si pacto, ff. de pactis, ibi *Sabinus putat q. est verius, utraque via uti posse, prout elegerit, qui stipulatus est si tamen ex causa pacti exceptione vtatur, æquum erit accepto eum stipulationẽ ferre.* Item probatur in l. 3. §. labeoait, ff. de doli mali except. & in l. vlt. §. vlt. ff. de eo quod certo loco, & in l. 2. ff. si quis caution.

Sic & dominus vtraque uti potest, nimirum pœ emphyteutam expellere, uel canonẽ exigere, si canonẽ maluerit, æquum est, eũdem pęnã caducitatis accepto ferre.

Non obstat text. in auth. qui rem, C. de sacrosanct. *Ecclesi.* quia loquitur in emphy. Ecclesiæ, & ratio est, quia ius quæsitum ex caducitate, prælatus remittere non debet

C in præiudicium ipsius Ecclesiæ.

Non obstat tex. in l. colonus, ff. loca. quia colonus non habet ius in rẽ, nec meliorationes amittit, sicuti emphyteuta, est enim naldè durum & iniquum, ut emphyt. ius suum amittat, meliorationes perdat, & canonem soluat. Facit text. in l. 4. § labeoait, ff. de doli mali except. ibi. 4. *Exceptione esse repellendum: iniquum enim esse hominem possidere & pœnam exigere.*

Sunt qui pro contraria opinione adducunt tex. in l. si pro fure, §. 1. ff. de condict. furtiua, ubi pęna legalis remissa non uidetur, ex eo, q. quis agat ad rem furto subtractã. sed non rectè, quia in ea specie constat utrumque deberi, rem, & pęnam: at in specie nostra non constat, immò illud est, quod quæritur, utrũ emphyteuta cogi possit ad soluẽdum canonem temporis præteriti, quando iure suo est priuandus, quia non soluit.

D Sexta conclusio. Si dominus accipiat canonem, ut in pręcedenti conclusione, adhibita tamen protestatione, saluum sibi esse ius caducitatis, non uidetur pęnã remittere caducitatis, quia protestatio reseruat ius, & declarat animum protestãtis, l. si debitor. §. 1. ff. quib. mod. pig. uel hypo. sol. l. & si quis, §. plerique, ff. de relig. & sumpt. funer. ita Bald. in l. 2. ff. si quis caution. Iason. in l. ulti. nu. 4. ff. de eo quod certo loco. Clar. §. emphyteusis, q. 10. Menoch. de præsumpt. lib. 3. cap. 112. nu. 18.

Septima conclusio. Si dominus petierit Canonem, uidetur pęnam caducitatis remittere; argum. est text. in l. Aemilius, ff. de minorib. uersi. *Pretium petendo recessisse a lege sua uidetur.* & l. Post diem. ff. de leg. commissor. ita Ias. in l. 2. nu. 128. C. de iure emphyt. quod tamen intelligendum nisi emphyteuta soluere recusauerit, argum. l. nihil interest, §. 1. ff. de inoff. testam. l. penult. ff. ne quis eum, qui in ius uocat, est, in eximat.

Octaua conclusio, si postea quam emphyteuta iam in pœnam incidit caducitatis, canonem recipiat, non ipse dominus, sed eius procurator, non uidetur remissa caducitatis

citatis pœna. Ratio eſt: quia ius quæſitum domino, procuratot remittere ſine ſpeciali mandato nō poteſt, l. contra iuris, §. filius, ff. de pactis. Ita Decius, in conſil. 329. nu. 3. Ruyn. in conſ. 100. nu. 10. lib. 3. Berous in conſ. 116. nu. 10. lib. 1. Pariſ. in conſ. 86. nu. 17. lib. 4.

CAPVT C.

Vtrum, ſi res emphyteutica fuerit ad dominum reuerſa morte emphyteutæ ipſius, & liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato.

NOn deſunt qui affirmant dominum teneri. Ita Bartolus, in l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quot. & æſt. Iaſon in l. 2. num. 22. C. de iure emphyteut. Dec. in conſ. 131. Ripa, in l. 1. ff. de priuil. cred. & alii, quos commemorat Antonius Gabrielius comm. concl. tit. de iure emphyteutico, concl. 1.

Sed contrariam ſententiam, quæ negat dominum teneri, longè arbitror probabiliorem; quam amplexi fuere Aretinus, Caſtrenſis, & alii à Gabrielio citati loco citato, Ruynus in conſi. 152. lib. 1. Franciſcus Sarmientus lib. 3. ſelectar. interpret. c. 7. Rota Bonon. Beuiutend. deciſ. 19. Audt. Geyll. lib. 2. obſeru. c. 148.

Probatur hæc ſententia in hunc modum. Res in emphyteuſim conceſſa vſque ad certam generationem, extincta generatione ad dominum reuertitur, ergo dominus poteſt eam pro ſe retinere, vel cui maluerit, concedere, argumento l. dudum, C. de contrah. empt. eſt enim vnuſquiſque in re ſua moderator & arbiter, l. in re mandata, C. mand. & nemini iniuriam facit, qui ſuo iure vtitur, l. iniuriarum, §. vlt. ff. de iniur.

Primum argumentum contrariæ opinionis eſt ex l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quot. & æſtiua. *Permittitur autem* (ait Iuriſconſultus) *aquam, vel ex caſtello, vel ex riuo, vel ex alio loco publico fluere; idque à Principe conceditur, alij nulli ius competit aquæ ducendæ, & datur interdum prædijs, interdum perſonis. Quod prædijs datur, extincta perſona non extinguitur; quod datur perſonis, cum perſonis amittitur; ideoq; neque ad alium dominum prædiorum, neque ad heredem, vel qualemcumque ſucceſſorem tranſit. Planè ei, ad quem dominium tranſit, impetrabile eſt: nam ſi docueris prædijs ſuis aquam debitam, etſi nomine eius fluxiſſet, à quo dominium ad ſe tranſit, indubitatè impetrat ius aquæ ducendæ. Nec eſt hoc beneficium, ſed iniuria, ſi quis forte non impetrauerit.* Hactenus Iuriſconſultus.

Reſpondeo, Iuriſconſultum loqui de iure aquæ ducẽdæ, & de eo, cui aqua debetur, is facilè eam impetrare poteſt, cum ei debeatur, & eam habuerit is, à quo dominiũ habuit. Alia eſt ratio rei in emphyteuſin datæ, quæ maioris eſt momenti, nec proximior docere poteſt ſibi debitam eſſe, eam ob cauſam, quòd aliarum rerũ dominium ad ſe tranſierit.

Secundum eſt l. congruit, & l. vlt. C. de locat. prędior. ciu. lib. 11. *Congruit* (inquit tex.) *æquitati, vt veteres conductores fundorum publicorum, nouis conductoribus præferantur, ſi facta nobis augmenta ſuſcipiant.*

Reſpondeo, id ſpecialiter ita conſtitutum eſſe in veteribus conductoribus, quia & ipſi cogi poſſunt ad reconducendum finita locatione, ſi lucrum aliquod fecerunt ex priori conductione, nec inueniantur alii, qui conducant, l. cotem, §. vlt. ff. de publican.

Tertium eſt ex. l. 1. C. de metallariis, lib. 11. quæ nihil ad rem facit, hoc enim vult duntaxat, vt metallarii fiſco vendere cogantur metalla, quæ foderunt, potiùs, quàm alijs.

Quartum eſt ex l. ſi in emptionem, ff. de minoribus quæ lex huc non pertinet, loquitur enim de minore in integrum reſtituendo, vt rem recuperet, quæ fuerat ſuorum maiorum.

Quintum eſt l. vlt. C. de iure dom. impetr. vbi dicitur, creditorem cui res eſt pignorata, impetrare poſſe dominium pignoris, ſi tamen prius debitorem moneat, vt ſoluat, & redimat pignus, quæ res nihil habet commune cum quæſtione iſta.

Sextum ex l. iubemus, §. & filios, C. de aduoc. diuerſor. iud. vbi filius aduocati aliis in officio paterno præferrut. Reſpondeo, alia eſt ratio in officiis publicis, in quibus parentum merita filijs proſunt, & ſperatur filius ſimilis futurus patri, ſi ſit idoneus, & fore, vt prudenter adminiſtret officium, ſicuti pater fecit.

Septimum ex l. 1. ff. de priuileg. cred. ibi. *Potior habetur creditor cognatusve*, & idem in l. imperatores, ff. de pact. Reſpondeo, textum loqui, cum de vendendis bonis debitoris agitur, vt præferatur cognatus creditor, quod ad rem noſtram nihil facit.

Poſtremum eſt ex cap. 1. porrò, qualiter olim feudum poterat alienari, ſed nihil ad rem facit. Hoc enim ille textus vult: vaſallo alienare volente rem feudalem, dominum eſſe præferendum, ſi idem pretium offerat.

Porrò ſi agatur de re Eccleſiaſtica in emphyteuſim cōceſſa, quæſtio hæc eſt definita ex §. neque illud, in Authen. de non alien. reb. eccl. vbi dicitur pactum non valere, quo cauetur, vt Eccleſia teneatur finita generatione proximioribus emphyteuſim renouare. Nam ſi eccleſia teneretur id facere, nulla eſſet ratio, cur pactum non valeret, l. non impoſſibile, ff. de pact.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SECVNDVS.



CAPVT PRIMVM.

Tres controuersiæ circa pretij certitudinem, ex qua consistit emptionis & venditionis substantia.



SICVT inter omnes conuenit, emptionis & venditionis substantiam ex re, & pretio consistere, & pretium certum esse oportere; ita controuersia est nonnulla circa pretij certitudinem. Quid enim si venditio fiat eo precio, quod in arca habeo? vel precio iusto? vel precio declarando a peritis æstimatoribus, quorum vnus eligendus sit a venditore, alter ab emptore, an pretium satis certum esse dicatur, vt consistat emptio ac venditio?

Et quidem cum Vlpianus dicat in l. hæc venditio, §. 1. ff. de contrah. empt. *Huiusmodi emptio, quanti tu eum emisti, vel quantũ pretij in arca habeo, valet.* Accursius ibidem in verbo. *Quantum. Facias vim*, inquit, *in eo, quod dicit. Quantum. Nam in quantitate debet consistere, secus ergo si diceret, pro eo pretio, quod in arca habet.*

Accursium secutus est Barto. ad l. si seruus, 111. §. qui quinque, de leg. 1. necnon Ias. in l. vlt. nu. 12. ff. de condic. causa data, & alij, quos commemorat Fabianus de Monte, de empt. & vendit. in 5. q. princ. nu. 34. vbi dicit, hanc sententiam esse communiter receptam.

Fundamentum est in eo, quòd verba illa; *Eo pretio, quod in arca habeo*, corpus siue speciem designent, nõ autem quantitatem, vt probatur ex l. planè, §. 1. & ex l. sed etsi certos, & ex l. si seruus, §. qui quinque, de leg. 1. emptio autem sine quantitate nulla est, vt inquit Imperator in l. empt. C. de contrah. empt.

Sed contrariam sententiam longè probabiliorem & communiorem esse iudico, nimirum, in ea specie venditionem esse. Hanc sentẽtiam amplexi sunt Albet. & Salicet. in d. l. hæc venditio, §. 1. Fabianus de Monte, loco proximè citato, & alij, quos refert & sequitur Arius Pinellus, in Commentatiis l. 2. C. de rescind. vend. in prima parte Rubricæ, c. 1. nu. 2. & 3.

Probatur hæc sententia: quia nulla est differentia inter illa verba. *Quantum pretij in arca habeo.* Et illa verba.

A *Eo pretio quod in arca habeo.* Vtroque enim casu designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arca. Vnde non oportet calumniari, aut verba legis captare, vt alibi dicit tex. in l. penult. ff. ad exhib.

Huc accedat, quòd verba sunt accipienda secundum subiectam materiam, l. si vno, ff. locati, subiecta autẽ materia postulat, vt verba illa quantitatem significent, non autem speciem. Præsertim, quia per hanc interpretationem actus sustinetur, l. quoties, ff. de rebus dubus, & l. de verb. oblig.

Alia ratio est in legatis & fideicommissis, de quibus loquuntur leges allegatæ, valet enim legatum, licet species designata esse videatur.
B

Nec rectè ad propositam quæstionem accommodatur l. vlt. ff. de cond. causa data, quia illis lex non loquitur in ea specie, in qua contrahentes utuntur uerbo, uenditionis, sicut in quæstione nostra.

Quod attinet ad secundum, Alber. & Fulgos. in d. l. hæc uenditio, § 1. in ea specie uenditionem esse dixerũt, quasi mentio illa iusti precij certitudinem continere uideatur, ex eo, quòd arbitrio boni uiri declarandum sit, *in quo nulla dicitur esse mora vel conditio*, vt dicebat Vlpianus, in l. 1. de leg. 2. & latè respondit Io. de Anania, in cons. 19. num. 12.

C Potissimum autem horum fundamentum est in l. si fundus, 16. §. vlt. ff. de pignorib. Cuius uerba hæc sunt: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecave, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat rem iusto pretio tunc æstimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.*

Alij magis communiter dixerunt, non esse uenditionem, sed cõtractum innominatum. Ita Bal. in l. ult. nu. 8. C. de contrah. empt. Alexander ad Bartolum, in d. l. hæc uenditio, & in l. sciendum, nu. 17. ubi etiam Ludouicus Romanus, nu. 33. ff. de uerb. oblig. Socinus, in l. si quis arbitratu, nu. 19. ff. eod. Fabianus de Monte, de empt. & uend. in 5. q. princ. nu. 25. & 26. Ripa, in l. ita stipulatus,

num.

num.20.ff.de verb.oblig. Ruyn.in conſ.144.nu.1.li.1. Iacobinus Rimin.in conſi.412.lib.3. Crauetta,in cõſ.272. nu.19.ver.aliter etiam reſpondeo, D.Ioannes Cephalus in conſi.10.nu.14.& 15.lib.1.

His ſubſcribit Antonius Gomeſ. var. reſol.iuris,ti.de contract.c.2.nu.9.verum dicit, uenditori non competere actionem ad pretium,ſed ad rem,& fructus, actionẽ. inquam præſcriptis verbis, vel in factum, ex æquitate, l.quoties,ff.de præſcriptis uerbis.

Atius autem Pinellus, in commentarijs l.2. C. de reſcind.vendit.in 2.parte rubricæ,cap.1.nu.21.in propoſita ſpecie,neque venditionem eſſe reſpondit,neque contractum innominatum;non eſſe venditionem, quia pretiũ non eſt certum; non eſſe contractum innominatum, quia contrahentes de venditione tantum cogitabant. allegat.l.uerbis ciuilibus,ibi, *Ne fiat contra uoluntatem*.ff.de vulg. & pupill.

Probat vero Gomeſij ſententiam dicentis, in hac ſpecie uenditionis iuſto pretio factæ,nõ eſſe dandam actionem ad iuſtum precium petendum, etiam traditione facta. *Quia cum conuentio illa*, inquit: *quæ ad venditionem tendebat,nulla ſit ex defectu ſubſtantialium, non poteſt per obliquum ſuſcitari ex traditione ſecuta, l. nunquam nuda, ff.de acquir rer.domin.* l. obligationes quæ proprijs virib. non ſubſiſtunt,ff.de action. & oblig.

Ego in hac re ſic ſtatuo. Primum, communem ſententiam veriorem eſſe: nempè in ea ſpecie non eſſe venditionem. Secundo,eſſe contractum innominatum. Tertio traditione facta, actionem dandam eſſe venditori ad pretium iuſtum conſequendum,quod ſ. Iudex æſtimauerit.

Priorem propoſitionẽ ita probo. Venditio non valet, niſi pretiũ ſit certum,§.pretiũ,in inſtitutionib.de empt. & vend. ſed in hac ſpecie non eſt certũ, igitur nõ valet.

Si dicatur ſatis eſſe certum,quia iuſtum pretium intelligitur arbitrio boni viri.

Reſpondeo, huic argumento Iuſtinianum occurrere, in l.vlt.C.de contrah.empt. vbi ſtatuit,nullam eſſe venditionem,ſi pretium certum non ſit,vel commiſſum arbitrio certę perſonæ. *Nulla coniectura*, inquit, *immo magis diuinatione in poſterum ſeruanda, utrum in perſonam certam; an in boni uiri arbitrium reſpicientes contrahentes, ad hac pacta uenerunt, quia hoc penitus impoſſibile eſſe credentes,per huiuſmodi ſanctionem expellimus*. Quamobrẽ, quod dicitur: In boni uiri arbitrio nullam eſſe moram, vel conditionem, vel etiam incertitudinem, locũ habere poteſt in legatis, quemadmodum Vlp. loquitur in d.l.1. de leg.2. ratio eſt:quia legatum in arbitrium alterius conferri poteſt, & intelligitur in arbitrium boni uiri collatum,& certa ſemper perſona nominatur.

Ad l.ſi fundus,§. vlt.ff.de pignorib. placet mihi communis reſponſio,quam latè defendit Pinellus loco proximè citato, Iuriſconſultum in ea ſpecie loqui, vbi pactum venditionis iuſto pretio pignori accedit:nos autem loquimur, vbi pactum venditionis per ſe conſideratur, ac in eum modum celebratur.

Secundam autem propoſitionem ſic probo. Vbi contrahentes venditionem appellant eam conuentionem, quæ verè non eſt venditio, intelligitur eſſe contractus innominatus l.inſulã,ff.de præſcriptis verbis: *Inſulam*, ait Neratius, *ut aliam reficeres, vendidi*, (hæc non poteſt eſſe vera venditio, nullo pretio deſignato) *Reſpondi, nullam eſſe venditionem, ſed ciuili intentione incerti agendum*, id eſt, *præſcriptis verbis*, inquit Gl. *quæ datur ad incertum*, id eſt, *ad intereſſe, velut fiat quod conuenit.*

Et Paulus Caſtrenſis ibidem. *Non eſt venditio*, inquit, *quæ ſine pretio ſtare non poteſt, ſed eſt contractus innominatus*, & eodem in loco Iaſon: *Hic non poteſt*, inquit, *eſſe venditio, quia ſine pretio non conſiſtit, erit ergo contractus innominatus.*

Quamobrem dum ita Pinellus argumentatur, cõtrahentes de venditione tantum cogitabant, ergo illa conuentio nõ valet, quaſi contractus innominatus. Reſpon-

A den argumentum procedere, ſi conſtaret contrahentes voluiſſe tantummodo emptionis & venditionis contractum celebrare. Cęterum, id non conſtat, ex eo, quod de venditione facta fuit mentio: nam & apud Neratium venditionis verbo uſi ſunt contrahentes, & tamen contractus eſt innominatus.

Tertiã vero propoſitionẽ ita probo. Nempè, actionem eſſe dandam, ad pretium conſequendũ, facta traditione, ſcilicet actionẽ præſcriptis verbis. Actio præſcriptis verbis datur, vt fiat id, quod conuentum eſt, l. naturales. §. etſi quidem, ff. de præſcr. uerbis. etſi non fiat ad intereſſe, ibi: *Sed vt damneris mihi, quanti intereſt mea*, &c. ſicuti declarant ibi Bar. Caſtr. nu.7. & Iaſ. num.6. ergo venditori, qui rem tradidit, actio danda erit, ut emptorem cogat ad iuſtum pretium præſtandum, quod ſcilicet iudex declarauit.

Quanquam interim non negauerim, eidem uẽditori actionẽ competere, vt res reſtituatur veluti ob eam cauſam data, quæ ſecuta non ſit, vt in d.§. etſi quidem.

B Deniq. quod attinet ad tertium, duplex eſt Doctorum ſententia; altera Pinelli, in d l.2.de reſcin.vend in 1. par. rubricæ c.1.nu. 6. exiſtimantis, venditionem ſic factam non valere, quia pretium ſit incertum, argumento l. vlt. C.de contrah.empt.& l.ſi merces,ff.locati.

Altera eſt ſententia magis cõis: huiuſmodi venditionem conſiſtere. Ita docent Bar.& Caſtr.in l.ſi merces,ff. locati. Corn.in conſi.50.lib.1. Dec.in conſil. 648. Franc. Burſatus in conſi.159.num.25.lib.2.& Simon Pretus in conſi.6.num.16.

Et hæc ſententia videtur mihi ualde probabilis. Non enim vllũ uideo diſcrimen, aut differentiæ rationẽ inter hanc ſpeciẽ & illam, qua pretium cõmittitur arbitrio certæ & nominatę perſonæ. Quæ quidẽ uenditio valet, ſi ſequatur declaratio. Idcirco enim uenditio ualet in ea ſpecie, quia pretium definiri debet a perſona electa, nec circa eã electionem vlla poteſt inter contrahẽtes eſſe diſſen-

C ſio. Itaque negotium non dicitur eſſe tũc imperfectum, ſicuti cum dicitur: *Quanti velis. Quanti æquum putaueris. Quanti æſtimaueris, habebis emptum*. Vel cum pretium alieno arbitrio generaliter committitur, in quibus caſibus non ualet venditio, vt in d.l.ſi merces, ff.locati, & in l.quod ſæpè,§.1.ff.de contrah.empt.

Idem ergo iuris eſt in caſu de quo loquimur, cũ ſcilicet pretium declarãdum eſt a peritis æſtimatoribus, quorum aliter eligẽdus ſit ab emptore, alter a uenditore. Nã & nulla inter eos accidere põt diſcordia, & videntur eſſe iã electi aut pro electis habẽdi, quaſi quod ex pacto deſtinatum & conſtitutũ eſt, pro iã facto habendum ſit, ut & alibi, l.etſi non ſunt,§.quod ergo, l.lana, l. veſtimẽtorum ff.de auro & arg.leg. l.ligni,§.1.ſi chorus,§.1.de leg.3.

Ex his patet reſponſum ad argumẽtum Pinelli: quia licet perſonæ non ſint certæ ac nominatæ, quarum iudicio precij quantitas committitur, ex pacto tamen eligendæ ſunt, eademq. eſt ratio, ac ſi eſſent electę, ut dictũ eſt.

D

CAPVT II.

Vtrum duobus uendentibus cum pacto redimendi, liceat uni totum pretium offerendo rem redimere.

DVobus uendentibus cum pacto redimendi, uni eorum ius redimendi rei partẽ non competere, partem pretij offerenti, cõis eſt omnium ſententia, ita.n. docuit Bar. in l.ſi quis aliam, ff. de ſolutionib. & in l.cui uſusfructus, ff.de vſufructu leg. & in conſi.195. Angelotus, Caſtr. in d.l.ſi quis aliam, & in conſil.221.libr.1. Fabianus de Monte, de empt. & uend.7.q.princ. non procul a principio, Decius in l.eius qui,§.quas uero,ff. ſi certum petat. Iaſ. in l.ſtipulationes non diuiduntur, nu.20. ff.de uerb.oblig. Franciſcus Aret. in conſ.3. Socin. in conſil.16.lib. quarto, Cagnolus in l.2. C. de pactis inter emptorem & uenditorem, numer. 102. ubi dicit Ruynum

contrarium docuiſſe in l. 4. §. Cato. in 2. lectura, ff. de verbor. obli. Qui tamen hoc non dicit, immo ipſemet Ruynus hanc ſententiam eſt ſecutus in d. l. ſtipulationes non diuiduntur, nomer. 31. Eandem ſententiam ſecutus eſt Tiraquellus de retractu conſanguineorum, §. 23. Gloſ. 1. vbi num. 11. dicit, ſe neminem inueniſſe qui contrarium docet, præter Obertum Cremonenſem, & Firmianum. Sed quid facerent, inquit, aduerſus tot legum proceres, & eos quidem tot armis rationum & legum munitos?

Controuerſia igitur eſt in eo: vtrum ſi totum preciũ vnus offerat, ac rem totam redimere intendat, audiẽdus ſit, altero nolente vel negligente redimere.

Etenim Caſtr. in d. l. ſi quis aliam, ff. de ſolutionibus apertè negat eum eſſe audiendum. Eandem ſententiam ſecuti ſunt Io. Crotus & Alciatus in l. 4. §. Cato ff. de verbor oblig. & idem Alciatus in l. creditori, C. de pactis, ſi Tiraquello credimus hos ita referenti de retractu conuentionali, §. 1. Gloſ. 6. num. 33. ſed Alciatum non inueni ita docentem, immo veto contrarium docet in d. l. ſtipulationes non diuiduntur, n. 66. & 69. Refert tamen alios eiuſdem ſententiæ ſectatores.

Alij reſponderunt non licere vni totam rem redimere, licet totum offerat precium, ſed et licere partem ſuam redimere, ſi modo totum offerat precium. Ita reſpondit Raphael Fulgoſius in l. quod ſi nolit, §. idem Marcellus ff. de ædilitio edicto. Necnon vt mihi videtur Soc. in conſi. 16. an. 51. lib. 4.

Sed hæc ſententia eſt iniquiſſima, & minus firmo nititur fundamento. Eſt enim iniquum, vt is, qui reuendit rem, totum precium conſequatur, & ſimul etiam partem ipſius rei.

Fundamentum vero ſolidum non habet, quia nititur l. quod ſi nolit, §. idem Marcellus, ff. de ædilitio edicto. Eius verba hæc ſunt: *Idem Marcellus ait, non poſſe alterum ex dominis conſequi actione ex empto, vt ſibi pro parte venditor tradat, etſi pro portione precium dabit.* Ex his verbis ſic Fulg. argumentatur; ergo ſi non pro portione preciũ dabit, ſed totũ, partem rei, actione ex empto, conſequetur.

Reſpondeo, non rectè ſumitur argumentum, ſed ita ſumi oportere, non poteſt partem precij ſoluendo partem rei conſequi, ergo ſi totum precium offerat, totam rem conſequi poterit. Ita licet argumentari, non autem ad eum modum, quo Fulgoſius eſt argumentatus. Quanquam non diffiteor, etiam altero modo ſumptum argumentum non eſſe admodum forte.

Cæterum communior eſt ſententia, & vt mihi videtur etiam probabilior, licere vni ea venditionibus totum precium offerendo, totam rem redimere. Ita docuit Caſtrenſ. ſibi contrarius in conſil. 221. lib. 1. Soc. in l. 1. §. ſed & quoties, ff. ad Trebell. Iaſ. in d. l. ſtipulationes non diuiduntur, nu. 21. & ibid. Ruyn. nu. 32. & Alciatus num. 65. & 66. Cagnolus in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. nu. 103. & alij quos refert & ſequitur, Tiraq. de retractu conuentionali, §. 1. glo 6. num. 37. quibus addo Laurentium Syluanum in conſi. 22.

Probatur hæc ſententia, primum ex l. ſi ſtulas, §. qui fundum, ff. de contrah. empt. vbi Labeo ita ſcribit. *Qui fundum ea lege emerat, vt ſoluta pecunia traderetur ei poſſeſſio, duobus hæredibus relictis deceſſit. Si vnus omnem pecuniam ſoluerit, partem familia herciſcunda iudicio ſeruabit. Nec ſi partem ſoluat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum eſt alienum diuidi non poteſt.*

Ex ſententia igitur Labeonis, audiendus eſt, qui totum petit, ſi totum precium offerat.

Secundo probatur ex l. fundus, ff. eod. tit. vbi Iabolenus ita. *Fundus ille eſt mihi, & Titio emptus. Quæro vtrum in partem an in totum venditio conſiſtat, an nihil actum ſit? Reſpondi perſonam Titij ſuperuacuo accipiendam puto, ideo que totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Sic & in quæſtione noſtra ſuperuacua videtur eſſe illius perſona, qui redimere negligit, & totum ius redimẽdi ad alterum ſpectat.

A Tertio probatur ex l. 1. §. ſi pecunia, ff. depoſiti. *Si pecunia, inquit, in ſacculo ſignato depoſita ſit, & vnus ex hæredibus eius qui depoſuit, veniat repetens, quemadmodum eo ſatisfiat videndum eſt. Promenda eſt pecunia, vel coram Pratore, vel interuenientibus honeſtis perſonis, & exſoluenda pro parte hæditaria.* Et paulò poſt: *Sed ſi res ſunt quæ diuidi non poſſunt, omnes debebit tradere ſatiſdatione idonea ei petitore ei præſtanda, in hoc quod ſupra partem eius eſt.*

Quarto probatur, Nam ſi duo ſint hæredes, vnus poteſt pignus luere, totam debitam pecuniam offerendo, l. hæredes, § idem obſeruatur, ff. familiæ herciſcundæ, ergo idem in propoſita ſpecie ſtatuendum eſt, cum nulla ſubſit ratio diuerſitatis.

Poſtremo probatur ex æquitate quadã. Emptor enim rem reuendere tenetur. Si pars precij offeratur, partem reuendere non cogitur, ne ſcilicet inuitus in communionem incidat. Sed ſi totum precium offeratur, non habet iuſtam cauſam recuſandi, cum nihil ſua interſit, ſi
B modo ei caueatur a redemente in eo, quod ſupra eius partem eſt.

Sed videamus quantum habeant momenti contrariæ ſententiæ argumenta. Sunt autem tria potiſſimum.

Primum argumentum. Vnus præoccupare nõ debet ius alterius, niſi altero conſentiente, ſed redimere volens hoc in caſu præoccupat ius alterius, ergo non eſt audiendus.

Reſpondeo. Non præoccupat ius alterius, ſibi videlicet alterius partem applicando, immo tenetur alterum ipſius ſocium ad communionem recipere, & partem ei tradere fundi redempti, ſi precij partem reſtituere paratus ſit.

Secundum argumentum. Vbi quis tenetur plurib. ad factum indiuiduum, non poteſt cogi ad illud præſtandũ, niſi omnes conſentiant, l. 2. §. ea his, ff. de verb. obl. *l. vlt.* ff. communia prædiorum, ſed qui tenetur reuendere, tenetur dicitur ad actum indiuiduum, ergo cogi non poteſt
C ad illud preſtandum, niſi omnes conſentiant.

Reſpondeo, nego maiorem. Non obſtant leges allegatæ, Nam in §. ex his, hoc tantum habetur. Hæredes vnius, qui obligatus erat ad aliquid indiuiduum, omnes inſolidum teneri. in l. vlt. ff. communia prædiorum. textus dicit; Plurium dominorum fundi conſenſum requiri, in imponenda, uel acquirenda ſeruitute. Rectè. Nam & in ſpecie noſtra inuitus alter partem redemptæ rei non habebit.

Tertium argumentum. Obligatio reuendendi dicitur continere obligationem dandi, quæ diuidua eſt, ſecundum gl. in l. 4. in verbo, nam, ff. de verb. obli. in obligationibus autem diuiduis vni actio in ſolidum non datur, ſed tantum pro parte, l. duo fratres, ff. de acquir. hæreditate, ergo uni actio non eſt danda ad totam rem conſequendam.

Reſpondeo. Nego maiorem. Quoniam obligatus ad reuendendum nõ dicitur eſſe obligatus ad dandum, ſed
D ad tradendum, licet ex traditione dominiũ tráſferatur, ſi tradens ſit dominus, l. ex empto, ff. de action. empti. Nec contraria ſententia legibus probatur.

CAPVT III.

Vtrum minor viginti quinque annis emens rem cum pacto reuendendi, abſq; decreto iudicis, & alijs ſolemnibus, eiuſmodi pacto obligetur.

CONtrouerſia eſt inter Doct. de minore, qui rẽ emit cũ pacto reuendendi, an teneatur eiuſmodi pacto, neene. Et enim eum obligari reſponderũt Bal. ſub ſcribens A ogeli reſponſo, in conſ. 416. lib. 2. And. Iſernia in c. 1. §. 1. de feudo dato in vim legis cõmiſſoriæ, Cagn. in l. 2. C. de pact. inter emptorem & venditorem, n. 149. Pinellus in l. 1. in 3 par. C. de bonis maternis. Tiraq. de retractu conuent. ad fin. tituli, nu. 13. & ſeq.

Quo-

Quorum argumenta hæc sunt. Non licet vnam partē contractus approbare,& aliam reprobare, l. cum quæritur,ff.de administr.tutor. l.nam absurdum, ff. de bonis libertorum,l.si ita stipulatio, ff.de operis libertorum. Si ergo minor approbat contractum venditionis, tenetur etiam approbare pactum reuenditionis.

Secundò. Pactum huiusmodi pertinet ad executionem primi contractus, hoc est,emptionis factæ, ergo minor illud seruare tenetur,argumento,l.4.§.si ab ignoto, ff.de manumissionibus, ibi. *Nam etsi pupillus emat, æquum est eum fidem adimplere, cum sine damno eius hoc sit futurum.*

Tertiò. Huiusmodi pactum est pars contractus, & res ea lege vendita minoris æstimatur, vt latè docet Tiraquel.de retractu conuentionali, §. 1. glos. 1.num.1. & in præfatione, num.20. ergo ne alter decipiatur,æquum est ut minor obligetur.

Quartò. Minoribus à lege non subuenitur, nisi decepti esse probentur,l.verum,§.sciendum,ff.de minoribus B l.quod si minor, §. non semper, ff.eod. sed hic nulla est deceptio, ergo non est subueniendum, consequenter obligari videtur.

Quintò. Pactum reuendendi approbatur etiā à iure canonico,si vsura absit,c.ad nostram, de empt. & vend. c.illo vos, de pigno, vnde comprehendit etiam personas ecclesiasticas. Cur igitur & minorē non comprehendat?

Sextò. Cum minori res donatur aliquo pacto vel onere adiecto,sine dubio obligatur, l.causam, 20. ff. de manumiss.l.si rogatus,ff.de manumissis uindicta. Cur ergo & huiusmodi pactum seruare non teneatur?

Septimò. Minor obligatur ex pacto additionis in diē, l.si emptionē,ff. de minorib. dum ibi dicitur minorem restitui. Nam si non obligaretur, restitutione non esset opus, ergo obligatur etiam pacto de quo agitur.

Octauò. Non debet minor cum aliena iactura locupletari,c. ex tenore, vers. *nos igitur*, de foro competenti. Sed hic locupletatur cum aliena iactura, quia propter pa C ctum minoris rem emit, ergo tenetur pactū obseruare.

Postremò. Huiusmodi pacta resolutiua contractus locum habent in ecclesia,c. verum, de condinonib. appositis, ergo & in minoribus.

Alij verò dixerunt, minorem quidem non obligari huiusmodi pacto, si ipse contrahat, secus autem si tutor, vel curator eius. Argumento l.contra iuris,§ vlt.& l.sequenti,ff.de pactis. Ita Curtius iunior,in cons.146. Cagnolus in d.l.2.nu.148. Idem quo ad tutorem & curatorem responderunt Angelus,& Iacobinus de S.Georgio, in d.l. contra iuris,§.vlt.& Bertrandus in cons.15.lib.2.

Sed longè probabilior,& communior est sententia eorum, qui dixerunt, minorem nequaquam obligari. Ita docuit Franciscus Accursius, quem refert & sequitur Io. Andreæ in addition. ad Speculatorem, rubr. de pactis. Sequitur Alber. in l.si ad resoluendam, C.de prædijs minorum. Fabianus de Monte, de empt. & venditio. q.7. princip. in principio. Castr. in consil. 112. ad finem lib. 1. D Gozadinus cons.15.& 16. Alciatus. respon. 221. Menoch. de arbitrarijs iudicum, casu 171. nu. 31.

Probatur hæc sententia ex l.si ad resoluendam, C. de prædijs minorum., *Si ad resoluendam*, inquit, *donationem, quam in emancipatum se pater contulerat, minor vigintiquinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti authoritatem facta sit, non oberit iuri tuo.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, hunc textum esse intelligēdum de pacto resolutiuo ex interuallo facto, postquam scilicet minori est ius quæsitum.

Sed nihil valet hæc interpretatio, cum nullum sit verbum in ea lege, ex quo probari possit.

Secundò hęc sententia probatur ex l. 1. §. vlt. & l.seq. ff.de rebus eorum, &c. *Si minor vigintiquinque annis emeris prædia, vt quo ad precium solueretur, essent pignora obligata venditori, non puto pignus valere, nam vbi dominium* A *quæsitum est minori, cœpit non posse obligari. Sed hic videtur illud mouere, quod cum domino pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris saluum sit. Si igitur talis species in priuato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est, vt pignus confirmetur.*

Respondet Pinellus, differentiam esse inter pignus, & pactum reuendendi, quia pignus præsupponit dominiū esse translatum in emptorem.

Replicari potest, etiam rei venditæ cum pacto reuendendi dominium in emptorem transferri, vt latè probāt Tiraquell. de retractu conuentionali,§.2.Glos.1.nu.34. & Menoch. in consil.26.lib.1.

Sed Pinellus dicit, ex pacto reuendendi statim ab initio indicari, rem firmiter non esse mansurā apud minorē, vnde non habet quod cōqueratur, si reuendere cogatur.

Respondeo. Idem est in pignore, ut patet ex d.l.1.§. ult. in illis uerbis. *Et ab initio obligatio inhæsit.*

B Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam ad primum respondeo, totum contractum esse approbandum, quando in omnibus partibus valet, & consistit, aliàs secus, vt patet in pupillo, qui ex contractu non obligatur, & tamen alios obligat. l.Iulianus, §.si quis à pupillo, ff.de actionibus empt. & in institutionibus de authoritate tutorum in principio.

Ad secundum respondeo, pactum quidem esse annexum priori contractui, sed tamen specialiter esse cōstitutum in minore, vt contractus valeat, & pacto nō obligetur propter Senatusconsulti authoritatem, quo cauetur ne minorum bona distrahantur, nisi authore Prætore, & alijs solemnib. adhibitis. Qua de re nihil prorsus agitur in l.4.§.si ab ignoto, quæ in contrarium affertur.

Ad tertium respondeo. Pactum illud esse partem contractus, sed in minore specialiter constitutum esse, ut non obligetur.

Ad quartū resp. Minoribus non esse succurrendum per C restitutionem in integrum, nisi sint decepti, sed hic non indiget in integrum restitutione, quia non obligatur.

Ad quintum. Concedo huiusmodi pactum comprehēdere ēt minores, si modo interueniant iuris solemnia.

Ad sextum. Concedo minorem teneri ad seruandum pactum, si modo non contineat rei immobilis alienationem, vel obligationem.

Ad septimum respondeo. Aliud esse in pacto additionis in diem, talis enim venditio, aut est cōditionalis, aut sub conditione resoluenda, l. 2. ff. de in diem additione. Vnde minor perfectè dominium non acquirit, secus in pacto reuendendi, quia non impedit dominij translationem, vt dictum est.

Ad octauum respondeo, non esse nouum in minorib. & pupillis, si dum ipsi alios obligant, contra alijs non obligentur, vbi solemnia iuris non interueniunt.

Ad ultimum argumentum respond. pactum quidem resolutiuum valere, cum aliquid donatur ecclesiæ. Ita lo- D quitur tex. allegatus, & in ea specie idem esset in minore cui donatur. Cæterum, aliud in minore ac pupillo, quod ad propositam quæst. attinet, legibus nostris constitutū est, nec diuersitatis ratio deficit, quia ubi donationi cōditio adijcitur, illa est seruanda, nisi contineat bonorum immobilium contra Senatusconsulti authoritatem alienationem, tunc enim principali opus est authoritate.

CAPVT IV.

Venditione facta cum pacto redimendi intrà certum tempus, si ante lapsum temporis precij pars soluta fuerit, & post tempus elapsum redimere volens, residuum soluere paratus sit, vtrum sit audiendus.

NOn est eadem omnium sententia, utrum sit audiēdus is, qui ex pacto, vt redimat prędiū, partē precij soluit intra tps constitutum, residuū vero paratus est soluere post tps elapsum. Etenim Io. Imol. in cons. 36. in

in casu præmisso, & Gozad. ad l. 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem, in 7. q. hunc audiendũ esse respõderunt; Hieron. aũt Cagnol. in d. l. 2. nu. 162. id negat. A

Argumenta Imolensis sunt duo. Primum, cum emptor venditori partẽ pretij soluit, emptio dicitur esse perfecta, nec pœnitentiæ locus est, l. 2. C. quando liceat ab emptione discedere, ergo idem est respondendum in ipsa reuenditione. idem probat tex. in l. non idcirco, & in l. ex conditione, C. de rescindenda venditione, quibus. in locis dicitur, non idcirco licere à venditione recedere, quod totum pretium solutum ex lege contractus non sit, sed actionem ad residuum, quod debetur, competere.

Secundum argumentum. Mora regulariter purgari potest, l. interdum, §. vlt. ff. de verb. oblig. §. vlt. in institutionibus de perpetuis, & temporalibus actio. ergo & hoc in casu redimere volens audiendus erit, si post elapsum tempus residuum præstare, atque adeo moram purgare paratus sit.

B Argumenta vero Cagnoli sunt ista. Nemo potest ex contractu agere, nisi illum perfectè adimpleuerit pro parte sua, l. Iulianus, §. offerri, ff de actionib. empt. sed hic redimere volens perfectè non adimpleuit, quia pretium totum tempore conuento non soluit, ergo actionem non habet ad redimendum.

Secũdò. Nemo tenetur fidem obseruare illi, qui prius eam non seruauit, l. cum proponas, 2. C. de pactis, sed hic redimere volens non seruauit, quia non soluit, &c. ergo, nec illi seruanda est.

Tertium arg. est ex l. si quis ita, §. sententia, ff. de verb. oblig. vbi soluens partem summæ promissæ intra tempus constitutum non auditur, si post elapsum terminũ residuum soluere velit, sed non reperitur ille textus.

Ego animaduerti sententiam Cagnoli secutum fuisse Ioannem Petrum Surdum in cons. 52. vbi citat etiã Ancharanum, quæst. familiari 12. nu. 12. in 1. par. Existimo autem quæstionem posse definiri ex responso Scæuolæ in l. si ita quis, §. Seia cauit, ff. de verb. oblig. cuius verba C hæc sunt. *Seia cauit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum vsuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum. Deinde inconuenientes inter vtrumque conuenit, vt intra Kal. Aprilis primas vniuersam summam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur cum ante Kal. Aprilis non omne pretium cum vsuris a Lucio Titio Seia solutum sit, interposito tamen modico tempore, reliquum pretium cum vsuris Seiæ Titius soluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vsque in hodiernum diem per Titium non stet, quo minus reliquũ soluat, an nihilominus Lucius Titius Seiæ pecuniam vniuersam soluere sit paratus, ex stipulatu agere possit; Respondit posse, si non multò post obtulisset, nec mulieris quicquam propter eam moram interesset. Quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.*

Hoc responso dirimitur omnis hæc controuersia, ut fatetur etiam Surdus loco allegato, nu. 44. & 45. Nam si paulo post tempus elapsum residuum pretij offeratur, D nec aduersarij intersit, reuenditioni locum esse non dubito, aliàs secus.

Non obstant argumenta in contrarium, quia fateor actionem ex contractu non dari illi, qui non seruat contractum ex sua parte, & fateor frangenti fidem non esse fidem obseruandam: sed in hac specie fides obseruatur, & licet aliqua mora interponatur, si tamen emptoris non intersit, nullum afferre debet venditori detrimentum.

Quod si longè post tempus residuum precij offeratur, aut emptoris intersit, non erit reuenditioni locus. Nec obstat id, quod dicebatur, non idcirco licere à contractu recedere, quod totum pretium solutum non sit, ex l. non idcirco, C. de rescin. vend. & ex alijs legibus. Quia id locũ habet, vbi quis agendo vellet à contractu recedere, atq; illum infirmare, secus autem, quãdo excipiendo quis aduersus eum se defendit, qui contractum nõ adimpleuit, sicuti declarat optimè Riminald. in l. cum proponas, colum. 2. C. de pactis, Alc. in cons. 108. nu. 5. Franc. Becius, in consil. 45. & nu. 38. Rol. à Valle, in consil. 38. lib. 4.

Porrò tertium argumentum Cagnoli ex l. si quis ita, §. sententia, nihil mouet, neque enim reperitur illa lex, nisi errore librariorum ille textus allegatus fuerit loco l. si ita quis, §. Seia cauit, ex quo textu, vt iam dixi, quæstio optimè definitur.

CAPVT V.

Controuersia inter Socinum, & Iasonem de eo, qui vendere promisit, pretioq; accepto rem tradidit nulla tamen venditione facta, an dominium rei in accipientem transtulerit.

CElebris est controuersia inter Socinum & Iasonẽ, de eo, qui vendere aliquam rem promisit, & nulla venditione facta, rem tradit, an dominium transtulerit? B Etenim Iason, dominium translatum esse negabat, in l. si ante, ff. soluto matrimonio, & ita etiam respondit ex facto interrogatus, in consil. 117. lib. 1. Contrarium autem Soc. docuit in eadem l. si ante, & contrarium respondit in cons. 170. lib. 2.

Argumenta Iasonis potiora, sunt ista. Promissio de vẽdendo non est venditio, ideo nec per eam dominiũ trãsfertur, sed tantum actio personalis contra remittentem datur, l. si sterilis, §. si tibi fundus, ff. de actionib. empt. l. qui fundum, ff. de contrah. empt. sed hic est pactum de vendendo, & nulla est secuta venditio. igitur, &c.

Secundo, nuda traditio in aliquem dominium non transfert, sed requiritur causa idonea, l. nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dominio. sed hic nuda est traditio rei; nec pactum de vendendo causa est idonea ad translationem dominij, igitur.

Argumenta vero Socini potiora, hæc sunt. Per traditionem dominium acquiritur, si præcedat causa sufficiẽs C saltem in potentia, l. sub conditione, & ibi Bart. ff. de solut. l. dotis fructus, §. vlt. & l. seq. ff. de iure dotium, l. 1. §. 1. ff. pro dote, sed hic traditio interuenit, & præcessit causa idonea, saltem in spe, & potentia, vt loquuntur, nempe pactum illud de vendendo, ergo, &c.

Secundo, emptor respectu rei emptæ, & maritus respectu dotis, æquiparantur; sicut enim emptor habet rẽ quia pretium soluit, ita maritus dotem, quia sustinet onera matrimonij, l. ex promissione, ff. de actio. & obliga. sed maritus dotem accipiens ante contractum matrimonium, dominium eius acquirit, si sustineat onera matrimonij, vt docet glos. communiter accepta, in l. si ante, ff. solu. matr. ergo & emptor dominium acquirit, si rem acceperit, & pretium soluerit.

Ego longè probabiliorem, & cõiorem esse iudico sententiam Socini, eam enim secuti sunt Decius, in cõs. 614. Curtius iun. in cons. 82. Ruyn. in cons. 47. lib. 4. Cagnol. ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. num. 172. & alij, D quos refert, & sequitur Tiraquel. de retractu conuent. ad finem tit. n. 83. A Ias. aũt sñia est Ruy. in cons. 77. n. 9. lib. 1. & authoritas Alex. in cõs. 73. li. 2. qui tñ loquitur eo in casu, quo totum pretium non est ab emptore solutũ.

Probatur vero euidenter, quoniã empt. & vendit. perficitur ex consensu contrahentium, l. consensu, ff. de obl. & obl. Sed in hac specie, consensus adest contrahentiũ, vt patet ex factis ipsis, nempè, ex rei traditione, & pretij solutione, ergò videtur esse perfecta venditio, & dominium translatum. Ex factis .n. voluntatem & consensum elucere, perinde ac ex verbis, exploratũ est, vt in l. de quibus, ff de legib. in l. recusare, ff. de acqui. hæred. & alibi.

Ad argumentum Ias. ita respondeo. Quod attinet ad primum, concedo aliud esse venditionem, aliud pactum de vendendo, si nihil aliud concurrat, sed hic sunt circũstantiæ, quæ venditionem constituunt & faciunt, nempè, pretij solutio, & rei traditio, ex quibus venditio efficitur, nec enim verbis opus habet, sicut stipulatio.

Ad

Ad secundum. Fateor nuda traditione dominium nō transferri, sed hic traditio non est nuda, sed ex causa uenditionis, quæ resultat ex traditione facta, & numeratione precij.

CAPVT VI.

Re uendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis an pertineat ad eum, qui redimit, an ad eum, qui reuendit.

DE incremento alluuionis, an pertineat ad emptorem qui reuendit, an uerò ad uenditorem, cui fundus restituitur, non uulgaris est controuersia. Triplex enim est doctorum sententia.

Prima. Huiusmodi incrementum ad venditorē pertinere cui fundus restituitur, huius sententiæ author citatur Paulus Castr. in consi. 388. Videtur dicendum, secundum antiquam impressionem, sed non reperitur illud consilium, ut Tiraquel. dicit, de Retractu conuentionali, nu. 92. ad finem tituli.

Eandem sententiam aliquando secutus est Cagnolus, ut ipse refert in l. 2. nu. 189. C. de pactis inter emptor. & uenditor. & confirmari potest duobus argumentis. Alterum est. Resoluta uenditione omne commodum interea contingens, ad venditorem reuertitur, l. cum autem, §. 1. ff. de ædilitio edicto, l. si hominem, ff. de usucap. l. quod dictum, & l. imperator. ff. de in diem addictione. Sed in hac specie venditio resoluitur ex pacto reuenditionis, & restituitur res uenditori, ergò restituenda est cum omni accessione, & commodo.

Alterum argumentum. Augmentum, siue accessio pertinet ad eum, ad quem res ipsa pertinet, quia sequitur rem ipsam, ut patet in re pignori obligata. Si quid enim illi interea accedit, pertinet ad creditorem, cui res restituitur, l. fundus, §. si res, l. Paulus. §. si domnus, ff. de pignor. l. si conuenerit, 2. §. si nuda, ff. de pignoratitia actione, ergo accessio per alluuionem facta, pertinere debet ad uenditorem, quia ipsi uenditori res restituitur.

Secunda est opinio. Si uenditio facta sit ad corpus, ut loquuntur nostri, ad uenditorem pertinere augmētum alluuionis, simul cum ipso fundo restituto, si uerò facta sit ad mensuram, ad emptorem pertinere. Ita Gozadinus, ad d. l. 2. C. de pactis inter empr. & uendit. in pen. q. & Franciscus Zoanetus ibidem, nu. 128.

Fundamentum est; quia ubi uenditio est perfecta, omne commodum, & incommodum ad emptorē spectat, l. 1. C. de periculo & commodo rei uenditæ, sed hic reuenditio uidetur esse perfecta, quia inter partes est conuentum, ut reuenditio fiat certo pretio, ergo ad eum, qui rem redimit, omne commodum spectare debet.

Hæc uera sunt, cum uenditio facta est ad corpus, cæterum, si ad mensuram facta sit, quia certus est numerus iugerum agri uenditi, sufficit emptori si tot iugera reuendendo restituat, quot ipsi tradita sunt à uenditore, quod supra est, sibi retinere potest.

Tertia est sententia uera, & communis. Augmētum de quo agitur, ad emptorem pertinere. Ita Hieronym. Cagnol. in l. 2. nu. 190. C. de pactis inter empt. & uendit. Iacob. Menoch. alios citans, in consi. 26. lib. 1. & nouissimè Senatus Pedem. apud Ant. Tessaur. decis. 140.

Probatur hæc sententia duobus potissimum argumētis. Alterum est. Emptio cum pacto reuendendi dicitur esse perfecta, vsque adeo, vt emptor interea dominium acquirat, & fructus tanquam dominus consequatur. Hanc propositionem latè probat Tiraquell. de retractu conuent. §. 2. gl. ... num. 34. ergo omne incrementum, & commodum ad ipsum emptorem spectat. Hanc consequentiam probat text. in l. id quod, ff. de periculo & commodo rei venditæ, & in l. 1. C. eo. tit.

Alterum argumentum. Inter contrahentes æqualitas est obseruanda, l. si id quod, §. vlt. ff. de rescind. vendit. & latè respondet Crauetta, in consi. 245. nu. 7. sed si fundus

A diminueretur, damnum id cederet emptoris, nec enim uēditor illum redimere cogeretur, ergo & cōmodum augmenti ad emptorem spectare debet. Facit regula l. secūdum naturam, ff. de reg. iur. & ferè in terminis, l. pen. C. de solutionibus, vbi tex. ita dicit: *Cum pro pecunia, quam acceperas, secundum placitum Euandro te fundum dedisse profitearis eius industriam, vel euentum meliorem tibi non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus si minoris distraxisset, non iuste petis.*

Ad argumenta in contrarium respondeo. Quod attinet ad primum, distinguo maiorem. Nam si venditio resoluatur, eo quod facta sit sub conditione, siue sub tali pacto, ut pro infecta habeatur, tunc fateor perinde statuendum esse, ac si facta non esset venditio, ac proinde omnia esse restituenda venditori, quę medio tempore accesserunt. Secus autem dicendum, vbi vēditio est resoluta ex pacto reuendendi, neque enim perinde resoluta esse uidetur, ac si facta non fuisset, quia sic etiam fructus
B medio tempore percepti restituendi essent venditori, quod est falsum.

Ad secundum respondeo. Leges allegatas loqui in creditore, qui cum dominium rei pignoratæ nō habeat, sed illud pertineat ad debitorem, meritò etiam carere debet eo augmento, & commodo, quod rei accessit alienæ.

Ad argumentum secundæ opinionis respondeo. Nihil aliud probare, nisi commodum & incommodum spectare ad emptorem, & consequenter etiam ad hunc redimentem, posteaquam reuenditio facta est, & id nemo negat, sed quæstio est de augmento quod medio tempore accessit, videlicet, antequā venditor oblato precio venditam rem sibi restitui ac reuendi peteret.

CAPVT VII.

Vtrum, qui promisit facere pactum de reuendendo, immediate cogi possit ad reuendendum.

C EVm, qui promisit facere alicui pactum de reuendendo, immediatè cogi posse ad reuendendum censuerunt Io. Franciscus Purpuratus, in l. cum fundus, §. seruum tuum, ff. si cert. petat. Boerius, decis. 183. nu. 13. & Tiraquel. de retractu conuent. ad finem tit. num. 61.

Contrarium responderunt Cagnolus, ad l. 2. nu. 201. C. de pactis inter emptor. & vendit. & Rolan. à Valle, in cons. 69. lib. 3. huius quæstionis definitio pendet ex doctrina Io. Andr. in additione ad Spec. tit. de solutionibus, & oblig. vtrum scilicet vera sit, vel falsa. Dixit Io. Andr. Eum, qui promisit se obligaturū ad decem, immediate ad decem præstanda conueniri posse.

Nos hic ita breuiter præstabimus. In primis docebimus Io. Andreæ sententiam frequentioribus doctorum suffragijs munitam esse. Deinde probabiliorem esse demonstrabimus, quàm contraria sententia. Tertiò, quę sit in specie proposita opinio nostra, subiungemus.

D Communiorem esse hanc sententiam Io. Andreę, patet ex doctorum numero qui eam sunt secuti, Alexāder, Socin. Ias. Curt. iun. & Purpuratus, ad l. cum fundus, §. seruū tuum, ff. si cert. pet. Ruyn. in l. 4. §. Cato, nu. 25. ff. de verb. obl. Romanus sing. 186. Obligo me. Gomesina in §. in personam, nu. 41. de actionib. Afflictus decis. 61. Rubeus cons. 29. Cassaneus in cons. 56. Zasius in cō. 10. nu. 36. lib. 2. alios citans Hier. Gabrielius in cons. 58. nu. 11. Michael Crassus lib. 1. commu. opinio. c. 20. Bursatus in cons. 100. nu. 11. lib. 1.

Eandem verò sentētiam improbarunt Decius, & Riminal. in d. §. seruum tuum, Marsilius sing. 469. Grammaticus decis. 103. nu. 188. & quidam alij, quos commemorat Rolan. à Valle, in cons. 69. nu. 25. lib. 3. vbi tamen Alciatum citat, qui hoc non dicit.

Hos vero, & numero & authoritate lōge antecedunt sententiæ Ioannis Andreæ sectatores, vt patet.

Quod attinet ad secundum, veram esse hāc sententiā,

sic

ste demonstro. Circuitus inutiles euitandi sunt, l. cum fundus, §. seruum tuum, ff. si certum petatur, l. dominus testamento, ff. de condictio. indeb. Clementina, auditor, de rescriptis. Sed euitantur inutiles circuitus hoc in casu, si promissor immediatè cogatur ad soluendum, ergo cogi debet.

Secundò Pactum de liberando aliquē, liberationem parit, vt propterea exceptio detur debitori, ergo eodem modo pactum de se obligando, obligationē inducere debet. Prior illa propositio probatur ex l. si intrà, ff. de pactis, & ex l. si creditoris, C. de fideic.

Quinque verò sunt potissimum argumenta contrariç sententiæ. Primum. Actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, l. non omnis, ff. si cert. pet. sed promittens se obligaturum, non uidetur animum habuisse statim se obligandi, ergo statim conueniri non potest, vt soluat.

Respondeo, Cùm nulla dies adijcitur, præsenti die debetur id, quod promissum est, l. eum qui Kalēdis, §. quoties, ff. de verb. obl. ergo is, qui promisit se obligaturum, statim conueniri potest, non tantum vt se obliget, sed ad euitandos circuitus, vt soluat.

Secundum arg. Qui promittit se obligaturum, videtur promittere factum, argumento l. consilio, in fi. ff. de curatore furiosi. Consequenter præcisè cogi non potest, sed præstando interesse, liberatur, l. stipulationes nō diuiduntur, ver. Celsus, ff. de verb. obl. l. si pœnā, in fi. ff. eo. ergo statim ad præstanda decem non compellitur.

Respondeo. In hac specie, id quod interest, nihil aliud esse, quam rem ipsam promissam, nam si tu promisisti, te mihi obligaturum ad decem, nec te obligare uelis, id, quod mea interest præstando, decem procul dubio mihi præstabis, quia mea interest habere decem. Facit tex. in l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. obl. dū ibi dr̄ inuētas esse stipulationes, *vt vnusquisque stipuletur quod interest*.

Tertium argumentum sumitur ex l. si quis stipulatus sit Stichum, §. vlt. ff. de verb. obl. vbi is, qui promisit fide iubere, pro fideiussore non habetur, sed in id tenetur, quod stipulatoris interest.

Respondeo. Illud meritò esse cōstitutum in ea specie, quia non aliam ob causam satisdatio à stipulatore desideratur, quàm, vt suæ prospiciat indemnitati. Quare, si consequatur id, quod sua interest, propterea quod fideiussio non præstatur, satis illi consultum est.

Quartum argumentum. Aliud est uenditio, aliud promissio de uendendo, ex communi doctorum sententia. Castr. & alij, in l. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco, ergo similiter aliud est promissio de se obligando, aliud ipsa obligatio.

Respondeo. Concedo totum argum. sed propter circuitum datur actio immediatè ad promissa.

Quintum argumentum sumitur ex l. quod si nolit, §. in factum, ff. de ędil. edicto, vbi Iurisconsultus docet, non posse ad pretium agi, ex pacto de redhibendo, sicut ex ipsa redhibitione. *In factum*, inquit, *actio competit ad pretium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit*. Et paulò post. *Illud plane hac actio exigit, vt sit redhibitum. Cæterum, si non fuerit redhibitum, deficit ista actio, etiāsi nudo consensu placuerit vt redhibeatur*.

Respondeo, ex pacto actionē non dari, l. iurisgentiū, §. igitur nuda, ff. de pact. meritò ibi non datur actio, si nudo consensu placuerit ut redhiberetur. At in quæstione nostra, præsupponendum est oriri actionē ex promissione facta, vel quia stipulatione vallata sit, uel quia sufficientem habeat causam vnde actio oriatur.

Quod vero attinet ad tertium, quod supra sum pollicitus, vbi pactum de reuendendo continet rem certam, ac pretium certum, existimo promittentem immediatè compelli posse ad reuendendum. Mouet me imprimis authoritas Io. Andreæ, & sequacium, tum illa ratio circuitus euitandi.

Respondet Rolan. à Valle, Io. Andreç decisionem Iō-

A gè differre ab hac specie, quoniam obligatus ad reuēdendum, dicitur esse obligatus ad factum, quo casu præcisè compelli non potest, sed præstando interesse, liberatur, quod quidem interesse est incertum, sed in casu Io. Andreæ certum est ac definitum.

Replicatur, falsum esse antecedens, quòd scilicet obligatus ad reuendendum, præcisè compelli non possit, vt in sequenti capite fusius demonstrabitur.

CAPVT VIII.

Is qui reuendere promisit, an præcisè compelli possit ad reuendendum.

EVm, qui reuendere promisit, ad reuendendū præcisè compelli non posse, responderunt Corneus in consil. 4. lib. 1. Socin. sen. in consil. 253. in quæst. 3. lib. 2. Gozadinus ad l. 2. C. de pact. inter emptorem & vend. col. 2. & ibi etiam Cagnolus, nu. 12. & nu. 129. Co-
B ralius lib. 3. Miscellaneorum, c. 9. & alij, quos recenset Tiraq. de retractu conuent. § 2. glo. 7. nu. 60.

Fundamentum est in eo, quod obligatus ad factum, præcisè, compelli non possit, sed in id, quod interest condemnetur, l. stipulationes non diuiduntur, vers. Celsus, ff. de verb. obl. Sed talis promittens dicitur esse obligatus ad factum, reuendere enim est facti, argum. l. 4. ff. de vsuris, & l. consilio, in fi. ff. de curatore furiosi, ergo præcisè compelli non potest.

Sed contraria sententia semper mihi uerior uisa est, quam amplexi fuere Pinellus in Commentarijs, l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. c. 3. nu. 22. Io. Baptista Lupus, in commētarijs, l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. cōm. 2. num. 24. vers. sed aduertendum est, Cassaneus in consuet. Burgund. Rub. 5. §. 1. uers. aduerte, & Francisc. Zoanetus in ead. l. 2. nu. 78.

Probatur hæc sententia lege, & ratione, lege quidem quia ita constitutum est in d. l. 2. C. de pact. inter empt.
C & vendit. *Si fundum, inquit, parentes tui ea lege vendiderunt, vt sine ipsi, sine hæredes ipsorum emptori pretium quādocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teq; parato satisfacere conditioni dictæ hæres emptoris non paret, vt contractus fidei seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.*

Nec obstat uerbum, *restituere*, quo usi sunt in ea specie contrahentes, & quod in primis perpendunt contrariæ sententiæ authores. Quoniam cum intelligi debeat secundum subiectam materiam, vti regulariter verba accipiuntur, idē importat, quod reuendere. Vel id, quod reuenditionis consequens est, emptori rem restituere.

Ratione vero probatur hæc sententia, quia semper contractus interpretari debet secundum mentem contrahentium, l. semper in stipulation. de reg. iur. & prout ipsi contrahentes verisimiliter respondissent, si tempore
D contractus fuissent interrogati, l. tale pactum, §. vlt. vbi Iason latè, nu. 16. ff. de pact. ac denique in eum modum interpretari debet, per quem nemo ex contrahentibus decipiatur, l. si id quod, ff. de rescind. vendit. l. penult. in fine, C. communi diuidundo, Crauetta in consi. 133. nume. 7. & alibi.

Sed si dicamus, promittētem esse præcisè compellendum, & satisfacimus menti contrahentium & nemo deceptus remanet, si uerò secus interpretemur, contrariū sequitur: ergo illa interpretatio præcipua esse debet, quę promittentem præcisè cogit ad reuendendum, atque adeo ad rem restituendam, cùm scilicet rei restituendæ facultatem habet.

Illa minor propositio euidenter patet. Quis enim in ea conuentione existimaret aliud, quàm eum animum vendentis fuisse, ut restituto pretio rem suam recuperaret? Quis non uidet eum decipi, si in eo laborare debeat, ut id, quod sua interest, demonstret, cuius rei plerumque diffi-

difficilis probatu esse solet, ut iccirco de pœnis in facti A stipulationibus adijciendis admoneamur, ne circa eiusmodi probationes laboremus, §. non solum, in institut. de verb. oblig.

Ad argumentum contrariæ sententię vno verbo respondetur. Illud in præsenti specie vires non habere, propter circunstantias supradictas, quibus euincitur, eā fuisse mentem contrahentium, ut præcisa esset obligatio.

CAPVT IX.

De mutatione monetæ, Controuersia sexta.

CVm mutatio monetę alia sit extrinseca, alia vero intrinseca, quædam sunt de vtraq; controuersiæ. Extrinsecam mutationem appello vna cum Doctoribus, quoties materia non mutatur, sed tantum æstimatio, intrinsecam vero, quoties eadem æstimatio quidem manet, sed materia precisior, aut vilior efficitur.

De extrinseca sunt quinque controuersiæ. Prima in contractu mutui. Secunda in dote. Tertia in emptione & uēditione. Quarta in eodem contractu, vbi pactum reuendendi accessit. Quinta in legato testatoris. Circa verò intrinsecā mutationem vnica est generalis controuersia, sitne habenda ratio ipsius mutationis intrinsecæ, ita, ut eadem bonitas materiæ, quæ tempore contractus aderat, etiam temporis solutionis præstari debeat.

Quod attinet ad primam quæstionem, seu controuersiam, illa est huiusmodi, si tu mihi mutuasti centum aureos, & antequam restituerem, aucta, vel diminuta sit aureorum æstimatio, vtrum id cedat tui Creditoris commodo, vel incommodo, an vero mei debitoris.

Tres sunt Doctorum sententiæ, vna. Hanc mutationem pertinere ad commodum, vel incommodum debitoris. Huius sententiæ authores sunt Ant. Butr. & Abbas, in c. quanto, de iureiur. Curt. sen. & iun. ad l. cum quid, ff. si cert. pet. modero. Paris. in tract. de contract. q. 92. nu. 604. Qui quidem tractatus adscribitur Gaspari Caballino. In eandem sententiam propendere videntur, Dec. in d. l. cum quid, num. 56. & Couuar. de collatione veter. nummis. §. vnico, nu. 3. vers. cæterùm. Idem tradit Affl. decis. 194. nu. 5.

Argumenta huius sententiæ sunt hæc. Substantia nūmorum in æstimatione positionem consistit, l. 1. ff. de contrahe. empt. ibi. *Ea quæ materia forma publica percussa, vsum, dominiumq. non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* ergo id actum inter contrahentes censetur, vt pecunia restituatur eiusdem æstimationis, non autem maioris neque minoris. Consequenter, si diminuta est æstimano Principis edicto tot creditori refundere nummos debitorem oportet, vt eandē pecuniæ æstimationē accipiat quam mutuo dedit. Quemadmodum & contra, si augeatur æstimatio, debitori sufficiet, tantum restituere, quanta erat pecuniæ mutuo datę æstimatio.

Secundum argumentum. Obligatio ad pecuniam di- D citur esse certa. l. nummis, ff. de in litem iurādo, l. 1. ff. de condict. triticaria, ergo siue augeatur, siue minuatur æstimatio pecuniæ, nil creditoris interesse uidetur, si modo illi restituatur pecunia æstimationis eiusdem, quam ipse dedit, alioqui, si secus statuatur, incerta erit obligatio, & variabitur ex mutatione ipsius monetæ.

Tertium argumentum. Pecunia recipit functionem in genere suo, & quidem etiam cum pecunia diuersę speciei, vel materiæ, l. quę extrinsecus, ff. de verb. oblig. ergo pecuniæ æstimatio principaliter in contractū deducta esse videtur, sufficit enim si creditori altera tanta pecunia diuersæ speciei, eiusdem tamē æstimationis, restituatur. Quod si æstimatio pręcipuè attendenda est, illa certè attendenda erit, quę tēpore contractus erat, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahen. emptio. consequenter, omnis mutationis commodum, uel incommodum, ad debitorem spectare debet, non autem ad creditorem.

Quartum argumentum. Si diminutio ęstimationis damno creditoris cedere deberet, sequeretur absurdum nempè, cum dum alteri benè facit, in damnum incideret quod probatur: nam si pecuniam non mutuo dedisset, potuisset eam exponere, secundum ęstimationem, quę ētat tempore contractus.

Quintum argumentum. Si mutatio ista, prǣsertim vt ęo diminutio precij ac ęstimationis, ad creditorē pertineret, sequeretur debitori licere, mutuo acceptū restituere non ęquè bonum, quod est contra l. cum quid, ff. si cert. pet. ergo potius ad debitorem pertinere debet.

Sextum argumentum. Si ad creditorem pertineret hæc mutatio, & diminutio contingeret æstimationis, lucrum faceret ipse debitor, & commodum sentiret, quia nummos expendere posset, secundum æstimationem illam, quæ tempore cōtractus erat, interim freneretur usura temporis, & beneficium acciperet. At contra creditor dum alteri gratificaretur, damnum pateretur. Sed ista B sunt iniqua, & contra iuris regulas, quæ inter contrahentes, equalitatem seruandam esse monent, ergo non pertinet hęc res ad creditorem.

Septimum argumentum. Consuetudo est notissima, ferè vbique, vt debitori liceat in alia specie monetę creditori pecuniam restituere, si modo eandem restituat quātitatem & æstimationem pecuniæ, sicuti testantur Bart. in l. ff. de au. & atg. leg. & in l. Paulus, ff. de solutio Soc. sen. in consi. 6. lib. 1. Menoch. in consi. 49. num. 19. libr. 1. ergo, siue minuatur, siue augeatur æstimatio, creditori sufficit accipere pecuniam sibi debitā, secundum ęstimationem, quæ tempore solutionis est, si modò tantum cōsequatur, quāti æstimabatur pecunia mutuo data tēpore contractus. Pro hac sententia facit Bartoli doctrina, in l. cū certū, ff. de au. & atg. leg. quam refert & sequitur Cur. iun. in consi. 24. nu. 5. & 6. Menoc. d. consi. 49. nu. 17. lib. 1.

Postremum argumentum est ex ca. olim, de censibus Sed loquitur de mutatione intrinseca, vnde non facit ad C rem nostram, sicuti monent Aretinus, in d. l. cum quid, col. 2. & Menoch. d. consi. 49. nu. 32.

Secunda est opinio Baldi. in l. acceptam, quæ. 17. C. de vsuris, & loquitur potissimum vbi æstimatio, est diminuta, aut statim atque debitor mutuo accepit imminuta est æstimatio, & tunc, quia nullum commodum sensit ex priore æstimatione, ea diminutio cedere debet damno creditoris. At accidit ex interuallo temporis talis diminutio, postquam debitor pecuniam expendit, & antiquæ æstimationis commodum sensit, & tunc debitoris incōmodo ea diminutio cedere debet. Hanc sententiam magnoperè commendat moderno ille Parisiensis in loco superius annotato, nu. 701.

Tertia est sententia uera & communis. In hæc re discrimen esse statuendum inter debitorem, qui nō fuerit in mora soluendi, & eum, qui fuerit in mora: nam si debitor fuerit in mora, damnum ex diminutione prouenientis, ad eum pertinebit. Si verò non fuerit in mora, diminutionis detrimentum, vt & commodum augmenti creditoris erit. Ita Bat. in l. cum quid, num. 17. ff. si cert. pet. & in l. Paulus, nu. 8. ff. de solutio. Castr. in ead. l. cum quid, nu. 6. necnon Soc. nu. 41. & Alc. on. 68. Alex. ibid. nu. 16. Bauerius in singularibus, suis, in Rubr. Mista, de contract. nu. 19. Couar. de collatio. veter. nummis. cap. 7. §. unico, nu. 5. Tiraq. de retractu consang. glos. 18. nu. 27. Albertus Brunus, in tractat. de augmento & diminutione, concl. vlt. limit. 1. Natta, consi. 454. num. 2. & 3. Bolognmus consi. 16. aerius decis. 527. nu. 4. 7. & 9. aerous in consil. 143. nu. 25. 26. & 27. lib. 1. Cotalius lib. 4. Miscellaneorum, c. 13. num. 5. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. c. 73. n. 9. Menoc. cōs. 49. n. 45. Hiet. Gab. consi. 164. nu. 4.

Probatur hæc sentētia argumento sumpto ex l. vinū, ff. si cert. pet. notatur in ea lege, debitorē vini mutuo accepti, obligatum non esse ad restituendum uinum eiusdē æstimationis, quæ tēpore cōtractus erat, nisi fuerit in mora, ergo idem & in specie ista statuendum videtur.

Con-

Confirmatur argumentum hac ratione: Cum debitor non est in mora, cur pati debet damnum ex diminutione æstimationis, & non potius creditor apud quē si num mi fuissent, damnum æquè sensisset? At potuisset inquies expendere illos antequam decresceret æstimatio; verum est. Quid ni? sed quis eum coegit ad mutuandum? Quid si creuisset æstimatio? nonne lucrum perciperet ex ho rum sententia? ergo & damnum ferre æquo animo debet satisque debitor facit suæ obligationi, si totidem aureos, quot accepit, restituat, in bono auro, vel argento, iusto iure pondere.

Respondent contrariæ sententiæ authores; aliam esse rationem vini, quoniam vini æstimatio prorsus est accidentalis, ita ut in contractu non censeatur eius habita ra tio, at in pecunia secus, cum eius vius principaliter consistat in æstimatione extrinseca.

Sed replicatur, non esse verum quod assumitur: nempè, in pecunia principaliter habendam esse rationem æstimationis extrinsecæ, immò verò æquè principaliter est habenda ratio æstimationis intrinsecæ, hoc est, bonitatis ipsius auri, uel argenti, eiusque materiæ, ut patet ex l. 1. C. de veter. nummi. potestate, & ex l. 1. C. de ponderator. & auri illatione lib. 11.

Vnde non obstat primum argumentum ipsius contrariæ sententiæ. Quod enim Vlpianus ait in l. 1. ff. de contrah. empt. *Pecunia materiam, usum & dominium non tā ex substantia quam ex quantitate prabere*, intelligendum est, quo ad commercium & permutationum commoditatem, eam enim ob causam inuentus est nummus, cuius æstimatione omnes res comparantur, atque ita etiam Vlpianus ipse loquitur, vt patet.

Quod vero dicebatur pecuniæ æstimationem principaliter in contractū venisse, actumq; censeri inter partes vt eiusdē æstimationis nummi restituantur, cōclusioni nostræ nō officit; quia omnis obligatio regulariter habet locum, atq; intelligitur, rebus sic stantibus, secùs vbi mutatio est secuta, nec res est amplius in eodē statu, l. quod Seruius, & ibi Iason. notat, nu. 8. ff. de condictio. causa data, causa non secuta. Latè Tiraq. ad l. si vnquam, in præfatione, nu. 266. C. de reuocandis donationibus. Ideò si diminutio æstimationis facta fuerit, non tenetur debitor ad eam præstandam, que tempore contractus erat.

Ad secundum argumentum respondeo, illud locum habere, si loquamur secundum tempora Romanorū Iurisconsultorum, tunc æstimatio pecuniæ erat perpetua, & immutabilis, ideo, ff. de eo quod certo loco. Nunc vero variatur æstimatio monetarum, vnde satis certa erit obligatio ad pecuniam, si inspecto tempore contractus apparuerit, quid, quals, & quantum, nulla ratione habita incertæ & futuræ mutationis, argumento l. cum hic status, §. si sponsus, ff. de donationibus inter virum & vxorem. Neque enim id, quod certum est tempore contractus ideo minus certum reputandum est, quod in futurum mutari possit, alioquin nulla erit certa inter homines dispositio, quandoquidem, omnia mutationi subiecta sunt. Facit text. in l. quemadmodum, §. si nauis, ff. ad legem Aquiliam, in l. 1. ff. de in litem iurando, in l. plerumque, de reg. iur. cum alijs a Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 2. glo. vnica, nu. 37. & seq.

Ad tertium argumentum, fateor pecuniam recipere functionē in genere suo, & actum censeri, ut eadem æstimatio præstetur, sed hoc intelligi debet rebus ita stantibus, non autem mutatione factā æstimationis.

Ad quartū. Concedo fieri posse, vt creditor ante mutationem pecuniā eam expendat, sed concedatur, etiam fieri posse ut non expendat, sed penes se retineat pecuniam; itaque res est incerta, ita se habens ad lucrum, vt ad damnum. Lucrum enim faceret creditor, si augeretur æstimatio, ut pater, consequenter non debet conqueri, si ex diminutione sentiat damnum, l. si lege, C. de vsuris, l. 1. C. de pactis, cum similibus, & statim dicetur.

Ad quintum argumentum respondeo, illud pertinere A ad mutationem intrinsecam, de qua nunc non disputamus. Vini enim bonitas nequaquam in æstimatione consistit, sed pendet ex sapore & gustu, & alijs similibus, vt notum est.

Ad sextum respondeo. Nullum absurdum sequi ex hac cōi sententia, quoniam sicuti damnum creditoris allegatur ex diminutione, & commodum debitoris, ita etiam è contra, allegari potest creditoris commodum ex augmēto æstimationis. Quare hæc res, quæ se habet æquè ad dānum, & ad lucrum, nil iniusti, nil absurdi continere videtur. l. de fideicom. C. de transact. l. si pater puellæ. C. de in offic. testam. l. si ea lege. C. de vsuris Tiraquell. de iure primogeniorum, in. 6. quæst. num. 4.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando consuetudinem illam generalem esse, ut ate, sicuti negat Purpuratus, in cons. 522. nu. 31. lib. 2. Deinde respondeo, Barr. qui allegatur, melius alibi docuisse, quam in l. cum certi ff. de auro, & argento legato, sicuti animaduertit Natta, B in d. cons. 454. nu. 6. atque intelligendum esse iuxta communem sententiam, nempè, vt creditoris sit periculum, vel damnum, sicut declarat Berons, in d. consil. 143. numero. 26. lib. 1. & tantum de hac prima quæstione.

CAPVT X.

Explicantur aliæ quatuor Controuersiæ de mutatione extrinseca moneta necnon postrema, de mutatione intrinseca.

SEquitur secunda controuersia de contractu dotis, in qua quidem Sacro Regio Consilio Neapolitano visum est, inspiciendam esse æstimationem, quæ tempore contractus erat, & idcirco debitorem supplere oportere quod deest, si forte decreuerit æstimatio, sicuti testis est afflictus. decis. 194. Eandem sententiam quibusdam adiectis conditionibus amplexus est Parisiensis ille in tract. de contract. num. 717.

C Cæterum, & in hac specie longè verior, & cōlor eorū sententia mihi videtur, qui distinguunt eo modo quo in præcedenti, vt videlicet, si debitor in mora existat, ipsi ita sit periculum, & damnum ex mutatione proueniens, secus autem, si non fuerit in mora. Ita Bald. in conf. 415. Punctus quæstionis talis est, lib. 5. Aretinus in consil. 84. Ludouicus Bolognius in cons. 16. Natta in cons. 454. Nicolaus Boerius decis. 317. vbi testatur hanc esse communem sententiam, & ita iudicatum fuisse.

Probetur hæc sententia ijsdem argumentis, quibus Doctores vtuntur in præcedenti controuersia, iisdemque modis argumenta contrariæ sententiæ refelli possunt, qui bus in præcedenti controuersia confutata sunt.

Quod attinet ad tertiā, in ea sum sententia, vt ea præmissis decidatur, quoniam in contractu emptionis, & vendittonis eadem planè est ratio, quæ in alijs contractib. mutui scilicet, & dotis. Iccirco, si emptor fuerit in mora soluendi precium venditori, mutationis periculū subibit; secus D si non fuerit in mora. Ita Aretin. in consil. 11. n. 3. & de contractu locationis, & venditionis uerba facit August-Barbosa, in conf. 143. num. 25. 26. & 27. lib. 1. Quare longa illa Parisiensis dist. in d. tract. de contract. q. 93. n. 712. minimè necessaria esse videtur.

Quod attinet ad quartam controuersiam Hieron. Cagnol. in. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. nu. 210. in eam sciam propendere videtur, quam in superioribus probauimus, dum citat Bart. in l. Paulus, ff. de soluto. & Aretin. in cons. 84. sed dilertè magis idem docet Boerius, decis. 327. nu. 4. nempè, venditorem redimere volentem, totidem nummos, quot eidem numerati sunt, emptori restituere debere, nulla ratione, habita mutationis, sed eius tantum æstimationis, quæ tempore contractus erat. Idem respondit Crauetta, in consil. 47. quorum sententia videtur mihi verissima. Nam venditor emptori promisit idē precium, quod accepit, restituere puta centum aureos. Illud igitur restituit, centum aureos numerando

Quod

Quod si minoris sint valoris, nulla est culpa venditoris, sed magistratus. Si damnum emptor habet, illud æquo animo ferre debet, quia si aucta fuisset æstimatio, lucrum fecisset. Quare & in hac specie valere iubeo Parisiensem cum suis distinctionibus & ratiocinationibus. In maximo enim veterum Iurisconsultorū & legislatorum silentio, iuuat communes sententias amplecti, præsertim vero ratione munitas.

Atque idem statuo in legato pecuniæ à testatore designatæ, vt scilicet ea pręstāda sit legatarios quantitas, quā testator reliquit, inspecta illa æstimatione, quæ tempore solutionis est, nulla ratione habita mutationis ac diminutionis, nisi à tempore morę, secutus Pau. Castr. qui ita docet in. l. 3. C. communia de legatis.

Nec me mouet, authoritas Mariani Socini sen in consil. 6. lib. 1. vbi indistinctè respondit habendam esse rationem æstimationis, quæ tempore testamenti erat. Eius. n. argumenta hanc sententiam non euincunt.

Inprimis sic argumentatur. Testatoris voluntatem intelligēdam esse secundum tempus testamenti, l. si ita, ff. de auro & argento legato. Consequenter, legatum nummorum ex tempore testamenti esse declarandum, vt scilicet in ea ęstimatione præstetur, quæ erant tempore testamenti.

Respondeo, negando consequentiam. Nam licet habenda sit ratio temporis testamenti conditi, quantum ad quantitatem & qualitatem nummorum, atque adeò quātum ad intrinsecam bonitatem ipsorum, non tamē eiusdem æstimationis habenda est ratio, quia testator de æstimatione cogitasse non videtur. Quare si paratus sit hęres legatario pręstare eos nūmos, quos testator designauit, nullāque in ea re morā admiserit, eum satisfacere puto testatoris voluntati, quippe, qui nummos eiusdem æstimationis pręstitisse, si eadē permāsisset æstimatio.

Secundò, Marianus argumentatur ea consuetudine, quæ est, vt pro pecunia debita in certa specie, alia præstari possit. Quò fit, vt hæres statim à morte testatoris, si nō soluat, vel aureos relictos, vel eorum æstimationem, in culpa esse videatur.

Respondeo. Dato, quod vigeat hęc consuetudo, quod tamen dubium est, vt in cap. pręcedenti diximus, illa cōsequentia non est bona, ergo hæres potest à morte testatoris statim soluere in alia moneta. Quod si non soluat, in culpa esse videtur. Nam nos loquimur de hærede, qui nullam in soluendo moram commisit. Quod si legatum sub die, vel sub conditione relictum sit, quis culpam adscribet hæredi statim non soluenti?

Restat postrema quæstio de intrinseca mutatione monetę; in qua quidem communis est & vera sententia, in contractibus ita esse statuendum, vt si bonitatis intrinsecæ mutatio contingat, nihilominus ea præstanda sit bonitas à contrahentibus, quę tempore contractus erat. Ita respondit Socin. sen. in consil. 298. lib. 2. Socin. iun. in cōsil. 145. num. 95. lib. 1. & 142. nu. 6. lib. 2. & 101. lib. 3. Natta in consil. 302. & 454. Couar. de veter. numis. collatio. cap. 7. §. vnico, nu. 2. in 1. conclu. Purpuratus in consil. 522. lib. 2. dominus meus Cephalus in consil. 31. nu. 8. Arrius Pinel. ad l. 2. C. de rescind. venditio. in 1. par. rubr. cap. 3. nu. 23. Cagn. ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendi. Albertus Brun. de augmento, conclu. vlt. Canonistæ communiter, in c. olim, & in c. cum canonicis, de censibus.

Probatur hæc sententia. Primo ex c. cum canonicis, de censibus, cuius verba hæc sunt: *Cum canonicis maioris ecclesiæ, quandam summam pecuniæ pro pensione ecclesiæ tuæ debitam, aliquot annis persolueris: & ijdem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solui. Tibi damus nostris literis in mandatis, vt canonicos illos solutione prioris pecuniæ, vel si non sit in vsu, æstimatione pensionis antiquæ facias manere contentos.* Hactenus Gregorius.

Respondent contrariæ sententiæ authores, quos infra referam, Pontificem ibi loqui, quando moneta non so-

A lum aucta est intrinsecus, sed etiam extrinsecus, proportionabiliter, iuxta intrinsecum augmentum. Quod probatur primo, quia vetus moneta non erat abrogata, neque diminuta, sed manebat in antiqua æstimatione, & sic erat bona & legitima, vt prius alioqui non diceretur in textu, debitorem potuisse soluere ea antiqua moneta. Pecunia verò noua erat maioris æstimationis, quod ex eo patet, quia textus dicit, soluendum esse iuxta æstimationem antiquæ monetæ. Ergo moneta noua erat aucta etiam extrinsecus.

Secundò id probatur: quia plerumque ita accidit, vt si moneta aliqua melior & fortior cudatur, maior æstimatio etiam indicatur.

Denique probatur: quia si noua moneta melior excusa fuisset sumptibus Reipubl. non aucto valore ipsius, tūc antiqua moneta vel fuisset reprobata, tanquam adulterina, vel cępisset esse minoris æstimationis, quorum neutrum accidit in specie dicti cap. cum canonicis, imB mò contrarium accidit, quia vetus moneta, nec reprobata erat, nec æstimatione diminuta. Ex quo sequitur, tam extrinsecus, quam intrinsecus auctam fuisse.

Respondeo, hæc non obstare. Nam quod primo loco dicitur, monetam ibi non fuisse reprobatam, nullam habet firmitatem, quia Pontifex idem rescribit in utroque casu, siue reprobata fuerit, siue non, vt patet ex illis verbis. *Solutione prioris pecuniæ, vel si non sit in vsu, æstimatione facias esse contentos.* Neque bona est consequentia. Vetus moneta non fuit reprobata, & mansit in sua veteri æstimatione, ergo moneta noua, tam extrinsecus, quam intrinsecus, melior facta est & aucta. Nam fieri potuit, & nisi fallor, ita accidit, ut antiqua moneta reperiretur, ac in vsu esset. Canonici autem, nouam exigerent monetam longè meliorem, hoc est, melioris auri, seu materiæ magis preciosæ, quamuis eiusdem esset pretij. Quod iniustum erat.

Quod verò dicit textus: *Vel si non sit in vsu, æstimatio*C *ne pensionis antiquæ facias manere contentos*, non probat monetam nouam extrinsecus auctam fuisse, sed cum esset melior, non esse soluēdam loco antiquę. Consequenter videndum, quanti antiqua valuerit, & eam æstimationem præstandam esse.

Confirmatur hęc sententia; quia nimis durum & absurdum esset, existimare canonicos illos meliorem monetam exegisse, quæ scilicet preciosioris esset materię, & simul etiam maioris æstimationis. Id profectò nimis iniustum fuisset, sic enim plus debito exegissent, unde & summus Pontifex eos redarguisset, vt laudabili more suo facere solet.

Rursus confirmatur hęc interpretatio: quia textus dicit, canonicos exigere voluisse summam pecuniæ debitam, de meliori moneta. Si moneta, quoad æstimationem aucta fuisset, non summam sibi debitam, sed maiorem exegissent.

Nec obstat illa responsio. Verba illa referenda esse ad D numerum nummorum, qui erat idem, non autem ad ęstimationem inde resultantem, quæ maior erat, ut probant verba in fine textus, ibi: *Aestimatione pensionis antiquæ, &c.* Quia respondeo. Verba: *Aestimatione pensionis antiquæ, &c.* Id non probare quod assumitur. Nam si ego peto, & exigo summam, quā mihi debes, in meliori moneta, non est sensus, ut mihi soluas, & numeres tot nummos, quot mihi debes, maioris tamen æstimationis, quam debeas. Sed sensus est, vt mihi restituas summam debitam in moneta meliori, hoc est, ex materia magis preciosa & pura.

Quod vero secundò dicebatur, plerumque id accidere, ut aucta bonitate intrinseca, augeatur etiam extrinseca, locum habere potest, quoties antiqua moneta iustam habuit æstimationem & congruam eius bonitati, tunc enim si augeatur quoad materiam & bonitatem necessario augeri debet etiā quoad preciū & æstimationē. Hoc vero an acciderit in ea specie, de qua Sūmus Pontifex lo-

A quitur, nobis est ignotum. Quare fieri potuit, vt antiqua moneta maioris esset æstimationis, quam eius materia exegisset, vt propterea eadem æstimatione manente, bonitas materiæ aucta fuerit.

Cum verò tertio loco sic argumentantur. Si expensis Reipub. noua moneta melior excusa fuisset, non aucto valore extrinseco, tunc necessariò, vel fuisset antiqua reprobata tanquam adulterina, vel cœpisset esse minoris æstimationis, quorum neutrum est in d.c. cũ canonicis.

Respondeo, forsan reprobatam fuisse in illa specie. Ait enim Pontif. Max. *vel si non sit in vsu*, &c. Item, fortasse minoris æstimationis fuisse, quę causa fuit, vt Canonici nouam monetam exigerent longè meliorem. Sed respõdit Summus Pontifex si pecunia vetus sit in vsu, eam esse præstandam: *Solutione*, inquit, *prioris pecuniæ eos facias esse contentos*. Ex quo efficitur, mutatione intrinseca contingente, eius monetæ, qui tempore contractus erat in vsu, vel eius æstimationis rationem habendam esse, nec meliorem monetam exigendam, ex meliori s. materia.

B Quæ sententia secundo loco probatur: quia intrinseca bonitas monetæ consistit in materia ipsa auri uel argẽti, & in eius pondere ac specie, vt probat l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi: *Non tã ex substantia, quam ex quantitate*. Quo fit, vt pecunia præstanda sit boni ponderis & materiæ, l. 1. C. de veteris nummismatis potestate, libr. 11. & l. 1. & 2. C. de ponderatoribus, lib. 10. Ergò ipsa bonitas intrinseca, quę erat tempore contractus, præstari debet, quasi actum inter partes sit, vt præstetur eadem illa bonitas, argumento l. Cum quid, ff. si certum petat. Et quasi in contractum ipsum deducta sit, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahenda emptione.

Respondet Parisiensis, vnus ex contrariæ sententiæ authoribus, quos statim adferam. Argumentum hoc probare, necesse esse, vt moneta non solum forma conuenienti, sed etiam materiæ bonitate, publicè definita & constituta prædita sit, vt dicatur esse proba moneta: *Quod*, inquit, *non est in controuersia*. Sed fallitur in hoc, nec tollit argumentum, cuius vis est in eo posita, quod, cum bonitas materiæ pertineat ad intrinsecam bonitatem monetæ, illa principaliter in cõtractum deducta esse videatur vt præterea mutatione contingente, eius solius, vtpote a contrahentibus consideratæ, & in contractum deductæ ratio habenda sit, quemadmodũ docet cõis hęc sententia.

C Quæ probatur tertio loco. Creditor de iure non cogitur in aliam formam, quam conuenit, pecuniam recipere, vbi damnum passurus est, l. Paulus, ff. de solutio. Ergo similiter non est cogendus, vt pecuniam recipiat deterioris materię si damnum passurus sit, Nulla enim est diuersitatis ratio; Atqui verisimiliter damnum passurus est, tũ quia moneta deterioris materię plerumque æstimatione minuitur, tum, quia non tam facilè expendi potest. Si nõ est cogendus creditor, vt pecuniã recipiat deterioris materiæ, ergo neque debitor cogendus est ad soluendam pecuniam ex meliori materia conflatam, ne sequatur inæqualitas inter contrahentes.

D Respondet Parisiensis, argumentum rectè concludere, vbi facti circumstantię ostendunt, aliquod iustum interesse Creditoris in pręsenti: *Quibus in casibus*, inquit, *non loquimur, sed quando creditor tenax & auidus, cui debitum offertur, in pecunia communiter approbata & expendibili, & in qua non imminet periculum, quin commode tanti locare possit, si velit, caussatur diminutionem bonitatis intrinsecæ, quæ sensim facto, vel conniuentia Principum, siue iustè, siue iniustè emersit: Hoc demum non solum inhumanum, sed iniquum nobis videtur, siue ex iustis causis ea diminutio emerserit, (quo casu nemo sanæ mentis dubitat) siue ex iniustis, quia tunc saltem casus est fortuitus respectu debitorum*. Hactenus ille.

Sed rarò, ni fallor, talis mutatio continget & diminutio sine damno creditoris, ex causis supradictis, quiquidem creditor semper iustè allegabit eam bonitatem sibi pręstandam esse, quę in contractum deducta fuit, præstim, cum debitor possit eam præstare, supplendo id, quod deest antiquæ bonitati & materiæ.

Cæterum, ab hac sententia recesserunt Ioan. Faber, in Auth. Hoc nisi, C. de solution. Geminianus in consil. 137. Romanus, cons. 123. & in Singulari 519. incipiente: Qđ tempus. Parisiensis, de Contract. quæst. 100. num. 749. & quidam alij, quos refert & sequitur Menoch. in consil. 49. nu. 38. Quorum argumentis iam respondendum est.

Primum est huiusmodi. Substantia monetæ est valor impositiuus, non autem materia, quia nõ est corpus physicum, sed artificiale, vnde non videtur in contractum deduci, nisi sub ratione valoris impositiuj, & sic attendẽda non est bonitas materiæ, sed tantum valor. Alioquin obligatio pecuniæ non esset certa, nec eiusdem potestatis & æquipollentiæ cum alia moneta, quemadmodum leges dicunt, si dato valore & cursu, exigeretur etiam bonitas materiæ, quæ erat tempore dispositionis.

Respondeo, negando substantiam pecuniæ consistere in valore impositiuo, vt ipsi loquuntur, immò vero tam ex substantia, id est, ex materia consistit, quam ex quantitate, l. 1. ff. de contr. empt. & supra etiam diximus.

Et dum dicitur. Si non deduceretur moneta in contractum, sub ratione valoris impositiuj, eius obligatio non esset certa. Id nego. Quid enim impedit, quo minus certa sit hæc stipulatio? Promittis mihi centum aureos coronatos boni & iusti ponderis? Appaæt enim quid, quale. & quantum sit deductum in stipulationẽ, leg. certum, ff. si certum pet. Et tamen materia, seu bonitas intrinseca in hanc stipulationem deducitur, vt patet.

Rursus, si dicatur ex hoc sequi, pecuniam non recipere æquipollentiam cum alia materia, respondeo, immò recipit functionem in genere suo, & alia moneta præstari potest, si aliud non obstet, & non sit ex deteriori materia confecta, ita vt damnum creditor passurus sit.

Secundum argumentum. Appellatione auri & argenti venit aurum & argentum etiam factum, vt vasa aurea vel argentea, l. qua situm, §. illud, de leg. 3. l. cum aurum, ff. de auro & argento lega. Non tamen veniunt nummi aurei, vel argentei, etiam ex pura materia, ut in d. l. cum aurum, & in le. Quintus, 2. §. eod. ergo speciale est in pecunia signata, vt in ea nõ materia inspiciatur, *sed forma* & indicatura imposita. Consequenter, si fiat solutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valet in valore impositiuo & currenti, quantum pecunia, quę currebat tempore contractus, sufficere debet, & tenetur creditor eam recipere, licet in materiæ bonitate diminuta sit.

Respondeo, aureos nummos, vel argenteos, eam ob causam appellatione auri, vel argenti non contineri, quia non facile quisquam argenti numero nummos computat, vt inquit Iurisconsultus in l. quintus, 2. § 1. ff. de auro & argento leg. Non autem eam ob causam, quod ratio materiæ in nummis non habeatur. Quod & præterea falsum esse, supra demonstrauimus.

Tertium argumentum petitum est ex historijs Romanorũ. Etenim memoriæ proditum est, summa vrgẽte necessitate, aliqñ excusos fuisse publico decreto nũmos ex vilissima materia, quos tñ creditores coacti sũt recipere.

Respondeo, nos hic non quærere quid aliquando ex facto acciderit, & obseruatum sit, sed quid fieri debeat, secundum Iuris & æquitatis normam.

Quartum argumentum est ex l. cum certum, ff. de Auro & argen. leg. vbi textus ita dicit. *Cum certum auri, vel argenti pondus legatum est si non species designata sit, non materia, sed pretium præsentis temporis præstari debet.*

Rñdeo. Nil obstare illum textum, quoniã illa verba: *Pretiũ præsentis temporis præstari debet*, testamenti tẽpus significant, & sic tempus dispositionis, quod & nos diximus inspiciendum esse, sicuti animaduertit Pinellus, ad l. 2. C. de resc. vend. in 1. par. Rubric. c. 3. n. 23. Præterea, non loquitur ille textus de certo aliquo pretio debito, seu de certa quantitate relicta, sed de æstimatione rei legatæ, quæ augeri, & minui potest, Vnde non facit ad rẽ nostrã.

Quin-

Quintum & postremum argumentum. Solutionis tēpus obseruari debet, non autem tempus contractus, quoties ex consuetudine vna moneta solui potest pro alia, vt declarat Bart. in l. cum certum, ff. de auro & argen. leg. Sed talis consuetudo vbique extare videtur; ergo tempus solutionis inspiciendum est.

Respondeo. Allegantı hanc consuetudinem onus incumbere probandi, vt dicebat Purpuratus, in cons. 522. nu. 31. lib. 2. talis enim consuetudo verè non extat, teste Parisiensi, loco superius annotato, nu. 708. item Bartolum alibi melius locutum esse, quam in d. l. cum certū, vt dicebat Natta, in d. cons. 454. nu. 6. item, Bartolum loqui de mutatione monetæ circa æstimationem, non autem circa materiam, vt dicebat Berous, in cons. 143. nu. 26. & 27. lib. 3. denique nulla ratione vel lege eam consequentiam probari, quæ ex consuetudine allegata deducitur ad conclusionem nostram.

CAPVT XI.

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri possit.

IVs redimendi rem venditam, quod ex pacto competit, transferri in alium posse, respondit Castr. in cons. 1. lib. 2. ea ratione adductus, quod quæ ad hæredem transmitti possunt, alteri etiam cedi posse constat, l. ex pluribus, ff. de administ. tut. Pactum autem huiusmodi, seu ius ex pacto competens ad hæredem transmittitur, l. 2. C. de pactis inter emptor. & venditor.

Huc accedat, quod res ipsa si fuerit redempta, transferri absque dubio in alium potest, ergo & actio ad redimendum competens, cedi poterit.

Cæterum, Ruyn. in cons. 72. lib. 1. contrarium respondit, motus authoritate Angeli, in l. ad officium, C. commu. diuidundo, vbi ex sententia Petri & Cyni, docet nō licere consanguineo, qui ius redimendi habet ea statuto vel consuetudine, illud alteri cedere.

Huc accedat quod emptor facultatem redimendi concedere videatur venditori, quoniam ita venditor pactus est, ob singularem forsan affectionem in rem, quam vēdidit, quia vel maiorum suorum fuerit, vel ab eo acquisita.

Confirmatur hæc sententia ex l. si mulier, §. ea alle. ff. de iure dotium. Dum ibi dicitur, fideicommissarium alteri ius suum cedere non posse, antequam sibi fideicommissum restituatur.

Et ad Castrensis argumentum respondetur. Argumētum recte sumi ex transmissione ad cessionē, cum negatiue concipitur, hoc modo. Non potest hoc ad hæredem transmitti ergo neque cedi, ita enim loquitur l. ex pluribus, ff. de admin. tutor.

Ad alterum vero argumentum, multum referre inquit Ruynus, vtrum actionem, quæ ad redimendum cōpetit, quis cedat, an vero ipsam rem redemptam. Nam redimendi ius ad personam tantum venditoris restrictum esse videtur, res vero redempta libere in alium transferri potest.

Ego Castrensis sententiam. & veriorem, & communiorem esse iudico. Nam secuti sunt eādem sententiam Andr. Siculus, in cons. 6. n. 21. lib. 4. Decius in cons. 164. & 614. Cassaneus in Consuet. Burgund. Rubr. 5. §. 1. in quinto dubio, & in cons. 11. nu. 39. Crauet. in cons. 191. nu. 2. Tiraquell. alios referens, de retractu consanguin. §. 26. glos. 3. nu. 1.

Probatur vero hæc sententia manifeste. Nam actiones regulariter cedi possunt, & in alium transferri, vt patet ex toto tit. de hæreditate, vel actione vendita, cur ergo & actio ad redimendum cedi non poterit?

Non obstat argumentum illud Ruyni, quod ius redimendi ea statuto competens consanguineis, cedi nō possit, quoniam id summam habet rationem, quæ quidem ad speciem hanc accommodari non potest. Ratio autem

A est; ne cessio fieret extraneo, & inde præiudicium alteri consanguineo generaretur, sicuti disertè explicat Romanus, in cons. 484. & ipsemet Ruyn. in cons. 47. col. penul. versicul. nec obstat dum dicebatur, lib. 4. Porrò, quod dicebatur de affectione, nihil mouet, cum ipse venditor cedendo alteri ius suum, affectionem deponat, & ut res in alterum transferatur, consentiat.

Ad l. si mulier, §. ex alle, respondeo, illam decisionem peculiari quadam ratione locum sibi vendicare, quę non pertinet ad rem nostram. Est autem ratio in illis uerbis tractus: *Mulier (scilicet fideicommissaria) in hoc tenetur hæres, vt hæreditatem restituendo, transferat actiones. & quas habet & quibus est obstrictus quas transferre ad aliū, quam cui debet fideicommissum non potest.* Sensus est, fideicommissario non esse permissam hanc cessionem, antequam sibi fideicommissum restituatur, quia hæres scriptus & grauatus, sequi debet testatoris voluntatem, & Senatusconsulti Trebelliani authoritatem, de quo in l.

B 1. ff. ad Trebellianum, ac proinde fideicommissario hęreditatem restituere. Rectè, ne scilicet fideicommissarius, qui actionib. hęreditarijs obstrictus esse dēt, aliū substituēdo per cessionem, se liberet ab obligatione creditoribus ignorantibus, cōtra l. si mandato meo § 1 ff. mādati.

Et hanc esse puto causam, cur fideicommissario liceat singulas res cedere, vt in l. restituto, §. vlt. ff. ad Trebellianum. Talis enim rerum particularium cessio, fideicommissarium non liberat ab onere obligationum hęreditariarum, nec hæres scriptus facit contra voluntatē testatoris, cum fideicōmissum restituat cui debet, licet res singulas alteri tradat ex voluntate fideicommissarii.

CAPVT XII.

Vtrum reuenditionis pactum, vsuræ præsumptionem inducat, si accedat pretij modicitas.

C PLures ac diuersę sunt Doctorum sententiæ, vtrum pactū reuēdendi simul cū precii modicitate, vsurę præsumptionē inducat. Sunt enim qui affirmant quamplurimi, quos ordine iuuat commemorare.

Imprimis glos. in cap. ex nquelltis, de usuris. Panorm. ibidem & in c. ad nostram, nu. 4. de empt. & vend. & in cons 76. lib. 1.

Innocentius, Io Andreæ, Anton. Butr.

Io. de Annania, & Io Imolens. in d. c. ad nostram.

Archidiaconus in c. Plerique, 14. q. 3.

Castrens. in cons. 109. lib. 2.

Ambrosius de Vignate, in c. Salubriter, de usuris.

Guido Papæ in cons. 180.

Alex. in cons. 54. lib. 6. & 46. lib. 3.

Afflictus in Decis. 40. 65. & 339.

Feracius Cautela 17.

Parisius in cons. 14 nu. 62. & 55. nu. 19. l. b. 1.

Cassiodorus, decis. 1. tit. de usuris.

D Bertrandus in cons. 287. lib. 2.

Leopinus à sancto Georgio, in l. si quis nec causam, § 1. ff. si cert. petatur.

Cassaneus in cousuet. Burgund. Rubr. 5. nu. 21. uers. Aduerte.

Capra, in Reg 87. & 173.

Grammaticus decis. 76. nu. 30.

Crauetta in cons. 156. nu. 4. & nu. 7.

Natta in cons. 198. nu. 8. lib. 1.

Michael Grassus com. opi. li. 1. q. 8. ti. de empr. & uen.

Viuius commu. opin. uerbo, uēdere, & in uerbo, contractus.

Emanuel Soarez in Thesauro receptarum sententiarum, in uerbo contractus, nu. 20.

Io. Baptista Lupus, ad l. 2. C. de pactis inter empto. & uend. in 2. parte, nu. 29. uers. Tu autem.

Hieron. Gabriel. in cons. 74 nu. 3. lib. 1.

Collegium Mediolanēse & Papiēse, apud Cepollā de simu-

ſimulatione cõtractuũ,nu. 100. vbi & alios multos citat.
Chriſtophorus de Caſtilione, in cõſilio impreſſo poſt tractatum Maleficiorum Bonifacij Vitalini.
Andreas Siculus,in conſ.51.lib.1.& 4.& in d.cap. Ad noſtram,de empt.& vendit.
Antonius Burgos, in d.c.ad noſtram, Baldus Nouellus,Iacobus Puteus,& Lancellotus Decius,quorum reſponſa ſe habuiſſe teſtatur Cagnol.ad l.2.C.de pactis inter empt.& vend.nu.50.
Philippus Decius in conſ.692.
Gratus in conſ.141.nu.5. lib.1.
Franciſcus Becius in conſ.52.nu.7.
Ludouicus Bologninus ad Annaniam, conſ.58.
Gratus in conſ.11.nu.14.lib 2.
Cæſar Vrſillus ad Afflictum, deciſ.65.
Mandoſius ad Romanum,in conſ.413.in fine,in verbo Maxime.
Cardinalis Albanus ad Bartolum, in l.emptione, C. plus valere quod agitur.
Benuenutus Stracha in Additionibus ad Crauettam, in conſ.156.
Corta in Memor.in verbo pactum de retrouendẽdo.
Riminaldus ſen. in conſ.318. col.fin.
Riminaldus iun.in cõſ.218.n.122.lib.2.vbi alios citat.
Fundamentum huius ſententiæ poſitum eſt in d.c.ad noſtram,de empt.& vend. & in c.illo vos, de pignorib. nam in c.ad noſtram, S. Pontifex pronunciare videtur, contractum eſſe fœneratitium ex pacto reuendendi, & precij modicitate,in illis verbis. *Cum reuera contractus vſurarius ageretur, quod patet ex eo, quod creditor debitori promiſit, quod quandocunque a ſeptennio vſq; ad nouennium daret ſexaginta vncias tarrenorum, quæ vix dimidiam iuſti precij contingebant,domos reſtitueret,& oliuas.*
Si dicatur,ibi duo alia interueniſſe,nempe, venditorẽ accipere voluiſſe mutuò pecuniam,item cogere non potuiſſe emptorem ad reuendendum ante ſeptennium.
Reſpondet Anton. Burg. Pontificem ibi adductum nõ fuiſſe ad ita pronunciandum, ex illa mutui petitione ſed tantùm ex pacto reuendendi cum precij modicitate, Et licet pactum illud reuenditionis à ſeptennio eſſet vſque ad nouennium,nil refert. Arguit enim maiorẽ auaritiam,& maius deſiderium lucrandi in emptore & creditore,quam vbi ſimplex eſt pactum de reuendendo arbitrio venditoris,ſed tamen & illud ſimplex pactum lucrandi animum oſtendit.
Secunda eſt opinio eorum, qui negant ex his duobus contractum cenſendum eſſe vſurarium. Ita Iacobus de Arena,& Cynus,in l.emptione,C.plus valere quod agitur.
Cardinalis Zabarella,in c.illo vos,de pignor.
Ancharanus i c.ad nſam,de empt.et vẽd.& i cõſ.177.
Laurentius Rodulphus,in tract. de vſuris,q.60.
Alex.in conſ.109.lib.4.
Socin.ſen.in conſ.248.lib.2.
Socin.iun.in conſ.50.lib.1.
Decius in conſ.167.nu.4.& 648.
Ruynus in conſ.16.nu.11.lib.4.
Boerius deciſ.102. & in conſ.31.
Coraſius lib.3.Miſcellaneorum,cap.9.
Cagnolus ad l.2.C.de pactis inter empt.& vend.n.51.
Guzadinus ibidem, nu.30.
Oraſcus deciſ. Pedemont.42.
Rolan.à Valle,in conſ.58.n.10.lib.4.
Dominus meus Cephalus,in conſ.289. nu.37.
Dominus meus Decianus,in conſ.2.n.176.& ſeq.li.j.
Iacobus Menoch. de arbitrarijs iudicum,caſu.217.
Tiraquel.de retractu conuent.in piæfat.nu.5.
Ex antiquioribus etiam Baldus,& Albericus,necnon Saliceus & Fulgo. in l.emptione, C. plus valere quod agitur,& idem Baldus,in conſ.133.li.1.205.lib.5.& 359. lib.5.& 361.eod.lib.& idem Fulgoſius in conſ.134.
Cumanus in conſ.184.
Iaſon in conſ.150.151.& 153.lib.4.& in l.quoties, C.

A de iudicijs.
Fabianus de Monte, de empt. & vẽd.7.q.princi.verſ. ſexto quæro.
Hoſtienſis,in Summa,de empt. & vend.§.qualiter reſcindatur, verſ.vlt.
Calcaneus, in conſ.85.
Purpuratus,ad l.rogaſti.§.ſi tibi.ff.ſi cert.pet.
Iacobus Nouellus,in reg.iur.133.verſ.pactum de retrouendendo.
Henricus Boie, in d.c. ad noſtram.
Auguſtinus Berous, in cõſ.212.nu.6.lib.3.165.n.24. lib.1.169.nu.18.eod.
Alexander de Neuo.in conſ.95. nu.21.
Neuizanus in conſ.88.
Petrus de Ferrarijs,in forma libelli, in cauſa venditionis, in principio.
Aegidius Belſamera.deciſ.7.
Conradus,de contract.q.84.concl.3.& 4.
B Franciſcus Burſatus in conſ.117. nu.12
Argumenta huius ſententiæ hęc ſunt. Contractus talis eſt iudicandus, qualis ex forma ipſa apparet, l.cũ precibus, C.de probat.l.ſi tantum.ff.ad Macedonianum. Et tradunt Alex.in conſ.3.lib.1.& Crauetta,in conſ.20.n.3. Sed ex facie,ſeu forma contractus,de quo agitur,non videtur eſſe fœneratitius, ergò talis iudicandus non eſt.
Secundò. Contractus in dubio præſumitur verus,nõ autẽ ſimulatus & fœneratitius, d.l.cum precibus, C.de probation.& tradit Decius,in l.rogaſti,§.ſi tibi.nu.6.ff. ſi cert.petat.ergo & contractus,de quo agitur, præſumitur eſſe verus & iuſtus,non autem vſurarius.
Tertiò. Non eſt contractus illicitus reputandus, niſi id manifeſtè cuincatur,l.præuaricationis,§.nlt.ff.de præuaricator.c.ult.3.q.ult.c.præterea,13.diſt. Sed nulla lege id euinci poteſt,ergo,&c.
Necobſtant canones, qui ad hoc allegantur, nempè, c.ad noſtram, de empt.& vend.& c.illo uos, de pignor.
C Quoniam id nõ probant, cum in illis caſibus multa alia cõcurrerint,ex qb. cõtractus à Põtifice reprobatus fuit
Si dicatur, Summum Pontificem in illis caſibus perpendiſſe tantum precij modicitatẽ, & pactum reuendendi.Reſpondetur,aliter illud pactum conſtitutum *fuiſſe*, quam in quæſtione noſtra. Nempè,ut à ſeptennio uſque ad nouennium uenditori redimere liceret,& ſic ante ſeptennium redimere non poterat, quod argumento eſt, emptorem ante illud tempus lucrari fructus uoluiſſe.
Si replicetur id nõ obſtare, quia etiam ubi ſit pactum huiuſmodi ſimpliciter, ut uenditori liceat quandocunque redimere,apparet emptorem animum lucrandi aliquid habuiſſe ultra ſortem. Reſpondetur, non tam certum & magnum lucrum hoc in caſu emptorem facere potuiſſe, ſicut in ea ſpecie, quando ſcilicet ante ſeptennium redimere non licet.
Tertia eſt ſententia,tria requiri,ut contractus iudicetur fœneratitius. Pactum reuendẽdi,precij modicitatẽ,
D & emptoris conſuetudinem fœnerandi.
Hanc ſententiam ſecuti ſunt ferè omnes,quos pro præcedenti opinione commemoraui. Dum enim negãt duo illa ſufficere, tertium requirunt, nempè fœnerandi conſuetudinem,quaſi ex tribus hiſce coniecturis, cõtractus præſumendus ſit fœneratitius. Atque ob id perpendunt tres coniecturas concurriſſe apud Pontificem in d.c. ad noſtram. Et nominatim in c.illo nos, de pignoribus,con ſideratam fuiſſe fœnerandi conſuetudinem.
Quarta eſt ſententia, nec tria iſthæc ſufficere, ut contractus reprobari debeat, tanquam illicitus, quia pactũ reuendendi approbatur a lege, læſio item circa precium non improbatur,l.in cauſę,§.penult.ff.de minorib. l.iẽ ſi in precio,§.quemadmodum, ff.locati. Fœneratores autem etiam probos ac iure permiſſos contractus aliquando exercent; Ita docent Cyn.& Iacob. de Arena, in l.emptione,C.plus ualere quod agitur.& Ang. Aretin.in §.1. nu.30.in inſtit. de except.
Quia-

Quinta est opinio distinguentium. Aut præcessit mutui petitio, hoc est, venditor ab emptore petijt mutuò pecuniam antequam venderet; aut non præcessit. Primo casu, ex pacto reuendendi, & pretio exiguo contractus illicitus reputatur. Secundo casu non item. Ita Odofredus, relatus à Baldo in l.emptione, C. plus valere quod agitur. Rom. singul.368. Quæro an pactum. & in conf. 423. Vitalis Cambanus in tract. clausularum, pag.274. num.10.& Bald.in conf.359.lib.5.

Fundamentum autem istorum est in d.c.ad nostram, de empt.& vend.nam ibi præcesserat mutui petitio.

Sexta & postrema est sententia, totam hanc rem prudentiæ iudicis esse committendam, qui omnibus consideratis circumstantiis, contractum eiusmodi, tanquam licitum approbabit, vel vt fęneratitium repudiabit. Ita Corneus, in conf.4.lib.1. Alexan.in conf.119. in fi.lib.4. Didacus Couar.variar.resol.lib.3.c.8.nu.4. Menoch.de præsum.lib.3.cap.122.nu.40.

Ego in hac re sic statuo, si tria hæc concurrant, nempe pretii modicitas, pactum reuendendi, & consuetudo fęnerandi, contractum censendum esse fęneratitium. Hoc mihi persuadent canones allegati pro confirmatione secundæ opinionis. Etenim, tres potissimum coniecturæ à Summo Pontifice perpensæ fuerunt, in d.c.ad nostrã, & in d. c. illo vos, nominatim perpenditur consuetudo fœnerandi. Ratione quoque moueor, quia semel malus, semper præsumitur malus in eodem genere mali. Quare, si magna sit læsio circa pretium rei venditæ, & pactũ adsit reuendendi, nihil aliud suspicari licet, quam contractum initum fuisse in fraudem vsurarum, ita scilicet, vt partes animum habuisse præsumantur mutuum contrahendi vsque ad certum tempus, & fructus ex re vendita vsurarum loco percipiendi. Quod si tria non concurrant, quæ dixi, vix animaduerto, quo potissimum argumento contractus huiusmodi iudicetur fœneratitius. Neq; enim canones id dicunt, neq; ratio id euincit, cum venditori liceat quandocunque redimere, & sic antequã emptor aliquos fructus ex re empta perceperit, soleatque ipsum per se pactum reuendendi iustam rei æstimationem magnopere extenuare. Quare iudicis arbitrio libenter id committo, ita, vt si aliqua alia suspicio accedat, tũc ad iudicandum vsurarium cõtractum procliuior existat.

CAPVT XIII.

Vtrum pacto redimendi præscribatur spacio longissimi temporis, quoties ita conceptum est, vt semper, & quandocunq; venditori liceat redimere.

CVm ita conuentum est inter emptorem & venditorem, vt liceat venditori quandocunque redimere, vtrum obstet redimere volenti, triginta annorum præscriptio, grauis est inter doctores controuersia. Sunt enim, qui obstare affirmant, quamplurimi, nempe circites quinquaginta, quos commemorant Ant.Gabrielius, commun. concl.tit.de præscript. concl.6. Andr.Tiraquell.de retractu conuent.§.1.glos.a.nu.31. Didac.Couar.variar.resol.lib.1.cap.9. Iacob.Menoch.in conf.143. nu.23.& 201.nu.85. Rolan.à Valle, in conf.21.lib.1.& Celsus Hugo, in conf.61.nu.4.& 5.

Istorum argumenta hæc sunt præcipua. Omnis actio regulariter extinguitur spacio longissimi temporis, l. sicut, l.omnes, C.de præscript.longissimi temporis, 30.vel 40.annorum. Igitur & actio quæ competit ad redimendum.

Si dicatur, in hoc casu pactum repugnare, quia dictũ est, vt semper, & quandocunque, liceat redimere. Respõdetur, id nihil obstare, quia verba perpetuum tempus significantia, 30.annorum spacium non excedunt. Id patet ex l.1.ff.soluto matrim. iuncta, l.in rebus, C. de iure dotium, ex l.minor, §.qui statu liberum, ff.de euictionibus, ex l.prætor ait, §.hoc interdictum, ff.de operis noui nunciatione, ex c.1. de in integrum restitutione, iuncto c.1.eod.tit.lib.6.& ex aliis locis plurimis a Menoch.commemoratis, in locis annotatis.

Secundò. Præscriptioni 30.annorum renunciari non potest expresse ab ipsis contrahentibus, secundum communiorem sententiam doctorum, in l. nemo potest, de legatis 1.& habetur apud Francisc.Balb. de præscript. in 5.parte 5.partis princ. quæst.6. ergo neque tacitè renunciari potest, aut renunciatum esse intelligitur illa conuẽtione, vt liceat semper, & quandocunque redimere.

Sed contraria sententia, videtur mihi longè probabilior, quam amplexi fuere Fulgos. in conf.123. Andr.Sicul.in conf.51.lib.1.& 22. libro 4. Fabian.de Monte, de empt.& vẽd.in 3.q.7.q.principalis. Io.Crotus, in l.nemo potest, de legatis 1. Francisc.Zoanetus, ad l.2.C.de pact. inter empt.& vend.nu.33. Cepol. Cautela 75.& 78. Cassaneus in consil.11. & in consuetudine Burgundiæ, titu. *des rentes, vendues*, §.1. Socin. in conf.86. lib.1. Alciat.ad l.petens, C.de pactis, & ad rubr. de præscript. Aemilianus, in conf.123.nu.28. Angel.Aret.in conf.116. nu.25. Osascus decis.Pedemont.115. Io. Bapt. Cephalus, inter consilia domini Io.Cephali, in conf.724. lib.5. & Mynsinger. Centur.1. Obseru.16. vbi testatur sæpè ita fuisse iudicatum in camera Imperiali. Andr.Geyll. lib.2. Obseru.18.

Probatur hæc sententia. Is qui est in mala fide, nullo vnquam tempore præscribere potest, c.vlt.de præscr. sed emptor qui reuendere promisit, semper & quandocunq; dicitur esse in mala fide, ergo præscribere non potest.

Assumptio facilè probatur, quia venditor suæ promissionis & obligationis est conscius, is enim dicitur esse in mala fide, qui scientiam habet iuris alieni, & suæ obligationis, c.si virgo, 34.q.3. Bar.in l.Celsus, nu.18.ff.de vsucapion. Couar. ad reg. possessor malæ fidei, §.11. post nu. 3. dominus meus Cephalus, in conf.316.nu.17.lib.3.

Respondent contrariæ sententiæ authores, distinguẽdo maiorem propositionem, vt scilicet locũ habeat, quãdo absolutè actio competit, secus autem, si actio competat præcedente aliqua conditione, puta, in legatario, cui actio competit ad legatum, non simpliciter & absolutè, sed si legatũ acceptauerit, quod fit, vt aduersus eum 30. anno. præscriptio currat, mala fide hæredis non obstante, ex traditis per Ancharanum, in c. fine possessione, de reg.iur.lib.6. vnde sic & in proposita specie respondendum esse videtur, quia non absolutè competit actio venditori ad redimendum, sed ita demum, si pro redemptione institerit, & pretium etiam obtulerit.

Cæterum, hæc responsio parum obstat, vt dicebat Couar.lib.1.varia.resol.c.9.ante nu.6. Primum, quia in hac specie quęstionis nostrę, statim ab initio cõtractus, actio oritur ad rem ipsam redimendam. At in quæstione ab Ancharano proposita, actio legatario non competit ante legati acceptationem. Præterea, cum legatarius, legatũ non petit, probabiliter existimare potest hæres, eum idcirco non petere, quia acceptare nolit. Secus est in venditore, quia si non redimat, non statim credere debet emptor eum redemptionis gratiam facere velle sed fortasse non redimere, quia non habet ad redimendum paratam pecuniam. Ita dicebat Couar. & ante eum Ruyn. in conf. 211.nu.8.lib.1.& post vtrumque Io.Bapt.Cephalus inter consilia do.Io.Cephali, loco supra commemorato.

Respondent secundo loco authores cõtrariæ opinionis, malam fidem non obstare: quia venditor renunciare videtur potestati, ac iuri redimendi quod habet, dum illud non exercet, & præterlabitur, longissimum tempus quo tollitur & extinguitur omnis actio.

Sed nihil obstat hæc responsio: quia nõ sequitur, venditor permittit labi tantum tempus, nec redimit rẽ venditam, ergo renunciare censetur iuri redimendi. Ratio est: quia nõ ignorat emptorem, cum sit in mala fide, præscribere nõ posse, & sic malam fidem emptoris efficere, vt omni tempore, actionẽ & ius suum exercere possit. Et si enim spacio tãti temporis, omnis extinguatur actio, id

dominium ad venditorem, ita Castr. ad l. si cum venderet, ff. de pignor. act. Io. de Anania in c. conquestus, de vsuris. Decius, in cons. 614. nu. 4. Ant. Burg. in c. ad nostram, de empt. & vend. Soc. iun. in cons. 129. nu. 2. lib. 2. Io. Crotus in consi. 200. lib. 2. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. glo. 7. nu. 7. Couar. lib. 3. variar. resol. c. 8. nume. 3. Menoch. in cons. 63. num. 14.

Argumenta sunt ista. Primum est ex l. si cum venderet, ff. de pignor. act. in illis verbis: *Sed & ipse venditor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere.*

Secundum est ex l. voluntate, §. vlt. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluitur, in illis verbis: *Creditor quoque si pignus distraxit, & à venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur.*

Tertium est huiusmodi. Ex pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, dominium ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio competit, l. commissoriæ, C. de pact. inter empt. & vendit. Idque ita constitutum est, ob frequẽtiam huiusmodi pactorum, autore Bar. & Ang. in l. 1. ff. de donat. ergo idem statuendum esse videtur in pacto reuendendi, quod non minus frequens est, quàm pacta supradicta.

Quartum argumentum est ex doctrina Barto. in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. vbi docet, pactum reuendendi hoc efficere, vt ius pignoris, & obligationis alteri factæ resoluatur, ergo etiam in quæstione nostra videtur dicendum, ius emptoris resolui, & sic dominium ad venditorem redire.

Quintum argumẽtum sumi potest ex Tiraquello, de retractu conuent. §. 3. glo. vnica, nu. 9. vbi docet, ex pacto reuendendi specialem hypothecam oriri in rem ipsam venditam, consequenter potest venditor eam à quolibet possessore vindicare.

Altera sententia, negat dominium ad venditorem reuerti, & rem vindicari posse. Ita Bar. ad l. 1. num. 10 ff. de donat. ad l. si prædium, C. de ædilitio edicto, & ad l. si hominem, ff. de vsucapio. Bal. in consi. 482. lib. 1. Alex. in consi. 10. lib. 1. Aret. in l. qui absenti. §. 1. de acqu. possess. Curtius sen. ĩ cõs. 12. Decius ad l. traditionib. C. de pact.

Alios commemorat Tiraquel. de retractu conuent. §. 1. glos. 7. num. 16. Alios citat Couar. lib. 3. variar. resol. c. 8. nu. 2. Alios denique Andr. Geyll. Obseru. lib. 2. c. 16. quibus adde Alciatum in d. l. traditionibus. Franciscum Marcium decis. Delphin. 601. in prima parte. Ruynum consil. 32. nu. 15. & 16. lib. 1. & Ancharanum, quæstionum familiar. p. 1. q. 13.

Argumenta verò sunt ista. Primum est ex l. 2. C. de pactis inter emptor. & vendit. vbi dicitur, ex huiusmodi pacto oriri actionem præscriptis verbis, & ex empto, de rei vendicatione nullum verbum.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de ædilitio edicto, vbi similiter habetur, resoluta venditione, actionem personalem, nempe redhibitoriam competere.

Tertium argumentum. Ex pacto reuendendi actio datur, vt res reuendatur; ergo dominium non reuertitur ad venditorem. Probatur consequentia; quia si reuerteretur, reuenditio non valeret, nam rei suæ emptio non valet. l. suæ rei, ff. de contrahen. emptio.

Quartum argumentum ex l. traditionibus, C. de pactis, vbi dicitur: traditionibus, & vsucapionibus, non autem nudis pactis rerum dominia transferri.

Quintum argumentum eodem tendit, quod ex conuentionibus & pactis, personalis actio oriatur, non autem in rem, vt in §. omnium, in instit. de actionib.

Sextum. Specialiter constitutum est in pacto legis cõmissoriæ, & addictionis in diem, vt dominium reuertatur ad venditorem, ergo in alijs pactis secus est dicendũ.

Tertia est sententia distinguentium. Aut pactum huiusmodi verbis directis celebratur, aut verbis obliquis. Primo casu dominium ad venditorem reuertitur. Secundo casu secus. Ita Paul. de Cast. in l. si à te, C. de pact. in-

A ter empt. & vend. Berous in cons. 164. nu. 23. lib. 1. Grammaticus in cons. 282. nu. 3. Hieron. Grabrielius, in consi. 66. nu. 4. & 5. Rolan. à Valle, in cons. 62. nu. 33. lib. 2. verba directa appello cum doctoribus, quibus venditio resoluitur, & pro infecta habetur. Obliqua vero, cum simpliciter emptor reuendere seu restituere promittit.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi verissima, ideoque breuiter confirmanda, & comprobanda.

Probatur igitur ipsius sententiæ pars prior ex l. si cum venderet, ff. de pignorat. actio. vbi hoc apertè deciditur, & loquitur textus de pacto verbis directis concepto. Nam illa verba: *Vt si debitor solueret pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam*, sunt directa, l. titia cum testamento, §. vlt. de legatis 2. & tradit Socin. in consil. 80. lib. 3. Gabrielius, d. cons. 66. nu. 5.

Secundo probatur. Quia ratio, propter quam in pacto legis cõmissoriæ, & addictionis in diem, dominium reuertitur ad venditorem, illa vere est, quoniam hæc pacta

B interponuntur re integra, atque in ipso venditionis contractu, antequam res tradita sit emptori, sicuti declarat glos. in l. ab emptione, in verb. cogaris, ff. de pact. necnon Bal. Ang. Castr. & Ias. ibidem, cum alijs à Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 1. glo. 7. nu. 4. & 5. hac ratio locum habet in pacto, de quo agitur, si directis verbis fiat. Nam interponitur in ipso contractu, re integra, ac per illud venditio resoluitur, venditore quandocunque precium offerente.

Altera vero pars conclusionis, & sententiæ supradictæ, optimè probatur ex argumentis, quæ pro posteriore sententia allata sunt superius.

Ad primum argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter affirmat dominium ad venditorem redire, respondeo. Illud locum sibi vendicare in pacto reuendendi, directis verbis concepto. Nam in l. si cum venderet, ff. de pig. actio. verba pacti sunt directa, ut dictũ est superius.

Eademq; responsio valet ad secundum argumẽtum,

C ex l. voluntate, §. ult. quia & in specie illa venditio fuit resoluta, ut patet ex illis verbis. *Sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione*, quod argumento est, verba fuisse directa.

Ad tertium argumẽtum respondeo. Illud valere, quoties verba pacti de reuendendo sunt directa, quemadmodum sunt verba pacti legis commissoriæ, & addictionis in diem.

Ad quartum argumentum ex doctrina Barto. in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. bene respondet Gabrielius, d. cons. 66. nu. 6. *Concedo*, inquit, *extingui ius constitutum in rem, quam quis promisit retrouendere ac restituere, posteaquam retrouenditio facta est, sed dico dominium simplici pacto, non retro transferri.*

Ad quintum. Negatur ex huiusmodi pacto specialem oriri hypothecam in rem venditam. Id non probat Tiraquel. ex legibus allegatis, quia hoc nõ dicunt, nec quisquam alius.

D Ad primum autem argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter negat, dominium ad emptorẽ redire. Respondeo, illud loqui de pacto verbis obliquis concepto, cum scilicet emptor promisit fundum restituere. Ita enim loquitur l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. unde argumentum est desumptum; quod & nos admittimus.

Ad secundum ex l. pen. C. de ædilitio edic. respondeo. Agitur ibi de actione redhibitoria, quæ datur emptori, resoluta emptione, ad hoc, ut venditor rem venditam accipiat, & pretium emptori restituat. Quamobrem, eo in casu locum habere non potest rei vendicatio, quia non pertinet ad illam speciem.

Ad tertium respondeo. Illud verum esse in pacto verbis obliquis inito, quando scilicet restitutio, & reuenditio fieri debet. Neque enim rei suæ emptio consistit. At ubi verbis directis fit pactum, resoluitur venditio vigore pacti, resq; in pristinã causam reuertit, resoluta venditione, quasi venditio facta non fuerit. Et sic cessat argũ.

Ad

minoribus, l.4. & l.si voluntate, C.de rescind.vend. ergo vt iuramentum aliquid operetur, rescindi non potest, etiam ob maximam læsionem.

Secunda est opinio negantium iuramento auferri beneficium dictæ l.2. huius authores sunt Anto. Burg. in c. cum causa, de empt. & vend. & alij, quos refert & sequitur Pinellus in comment. d.l.p.3.c.1.

Argumenta sunt ista. Iuramentum non obligat vbi deest consensus, l.vlt. C. de non numerata pecun. c. veniens, &c. Quintaualis, de iureiur. sed quando ex contractu contingit immodica læsio vltra dimidiam, deest consensus iurantis, quia præsumitur error, & ignorantia vt docet gl. in l.quisquis, C.de rescin. vend. ergo iuramentum hoc in casu non obligat.

Secundum argumentum. Iuramentum non obligat vbi dolus interuenit in contractu, c.cum contingat, de iureiur. sed ea immodica læsione dolus re ipsa detegitur in contractu, l.si quis cum aliter, ff.de verb.obl. ergo iuramentum hoc in casu obligat.

Tertium argumentum est ex eo, quod tam immodicè læsus eodem errore, quo decipitur, & ad ita contrahendum inducitur, præsumitur etiam induci ad iurandum, argumento l.vlt. §.idem quæsijt. ff.de condict. indebiti.

Tertia est snia Baldi, ad l. quæ sub conditione, §.1. ff. de conditionibus, & dem. iuramentũ hoc in casu operari, vt contractus rescindi nequeat, sed tñ, venditor petere poterit id, quod deest iusto pretio rei venditæ. Sequitur Fely. in c.inter cæteras, de rescriptis, & alij apud Ossam, decis. Pedem. 40. nu.7. Verum hæc snia tam exactè refellitur à Couar. ad c.quamuis, in 3.p.§.4. de pact. in 6. & à Pinello in comment. d.l.2. in 3.p.c.1. vt omnis labor noster in ea refutanda superuacaneus esse videatur.

Quarta est sententia eorum, qui distinguũt, inter simplicem læsionem vltra dimidiam, quam enormem appellant, & læsionem longè vltra dimidiam, quam vocant enormissimam. Primo casu docent, iuramentum non auferre beneficium d.l.2. Secundo verò casu auferre. Ita Corneus, & alij apud Pinellum, in 3.p. c.1. num.7. & 8. Couar. ad c.quamuis, de pact. lib.6. p.3. §.4.

Quinta est opinio Alciati, in c.cum cõtingat, nu.213. de iureiur. is post Cumanum ab eo relatum, ait, omnem difficultatem in hac re positam esse circa modum agendi. Aut enim, inquit, vltra dimidiam læsus, contractum rescindi, vel pretium suppleri petit, & nõ potest propter vinculum iuramẽti. Aut dicit se deceptum fuisse, & ideò iuramentum non tenere, vindicatq; rem ipsam venditã, & tunc agere potest iuramento non obstante. Eandem sententiam secutus est Menoch. in cons. 51 2. nu.52. li.5.

Sexta, & postrema est sententia eorum, qui in hac controuersia docent, læsum vltra dimidiam, absolutionem à iuramento petere posse, eaque obtenta agere ad rescissionem contractus. Ita docent Imola, in c.cum contingat, ante nu.55. de iureiu. & in c.pe. nu.24. de empt. & vend. Alex. in l.stipulatio hoc modo concepta, nu.10. ff. de verbor. obl. Rebuff. in tract. de resciss. contract. art. vnico gl. 15. nu.42. Panorm. & Ant. Butr. in d. c.cum contingat, nu.23. Iacobi. Rimin. in cõs. 222. lib.2. Rota Rom. apud Cassiod. decis. 1. tit. de empt. & vend.

Hæc snia vr mihi verissima. Tres autem habet partes. Prima, iurantem agere non posse ad rescissionem contractus, antequam à iuramento fuerit absolutus. Secunda, absolutionem à iuramento hoc in casu esse concedendã. Tertia, absolutione obtenta, actionem competere ex d.l.

Prima pars ita probatur. Omne iuramentum est seruandum, si modò non vergat in dispendium salutis æternæ, vel in alterius præiudicium, c.cum contingat, de iureiur. sed iuramentum de quo agitur, non vergit, &c. ergo seruandum est.

Si dicatur iuramentum non esse seruandum, vbi dolus interuenit, vt in d.c.cum contingat, ibi. *Neque vi, neque dolo extorta*.

Respondeo. Id ita esse accipiendum, vt tamen requira-

A tur absolutio à tali iuramento, vt probat tex. in c.si verò, de iureiur. & in c.ad audientiam, & in c.ad aures, de eo quod metus causa, quia in dictis locis Pontifex docet, absolutionem requiri à iuramento metu extorto, cum tamen constet eo metu dolum inesse, vt in l.si cũ exceptione, §.cum quis, ff. de eo quod metus causa.

Nec obstat responsio Ant. Burgensis, in c.cum causa, nu.4. de empt. & vend. in iuramento metu extorto, voluntatem quandam iurantis, licet coactam, posse considerari. At secus, vbi dolus in contractu est adhibitus; Respondeo enim, id procedere posse, vbi dolus ex proposito adest; secus autem vbi dolus re ipsa ex læsione oritur, quia maior est voluntas in contrahente sic læso, quàm in eo qui vi coactus iurauit.

Denique, quod dicitur, iuramenta dolo extorta non obligare, ita esse accipiendum, vt absolutio nihilominus necessaria sit, tradunt Innoc. & Io. Andr. in c.ad aures. De his quæ vi metusve causa. Archid. in c. quamuis, de
B pact. lib.6. Imola in d.c.cum contingat, num.3. Calderinus in cons.8. duę puellę. Petrus Anchar. in cons.375. ibi. Verum quia non propria authoritate, &c. Bald. & Cast. in l.vlt. ff. qui satisdare cogantur. Angelus in l.si quis pro eo, ff. de fideiuss. Natta in cons.144. licet ipse sibi parum constans secus dixerit in cons.166. nu.20. Couar. in Epitome de sponsal. 2.p.c.3. §.5. nu.2. & in c. quamuis, in 1.p.§.5. nu.3. & lib.1. variar. resol. c.4. nu.7. Menoch. de recuper. poss. remed. 1. nu.294. quanquam idem aliter loquatur in cons.1. nu.302. lib.1. Ad quem locum se remittit in cons.426. nu.36. lib.5.

Secunda pars conclusionis, videlicet absolutionem esse concedendam, sic probatur. Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, 22. q.2. c.animaduertendum, c.etsi Christus, de iureiur. Sed vbi est tam immodica læsio, ibi est iniustitia, & iniquitas magna, ergo iuramentum est relaxandum. Facit text. in ca.1. & in c.debitores, de iureiur. & ibi notat Imola, & idem Imo. in c.si verò,
C nu.3. eo. tit. Decius in cons.180. nu.5. Socin. iun. in consil.48. nu.29. & 30. lib.12. Curt. iun. in cons.141. num.9. Marcabrunus, in cons.30. nu.311.

Et hæc est communis sententia, absolutionem à iuramento concedendam esse, quoties iniustitiam continet, sicuti tradunt Castrens. ad l.si quis pro eo, nu.6. ff. de fideiussoribus Anchar. d.cons.375. Natta d.cons.144. Crauetta in cons.152. nu.11. & 192. nu.11.

Porrò absolutione obtenta à iuramento actionem cõpetere ad rescindendum contractum, probatur hoc argumento. Absolutio tollit vinculum iuramenti, & idem est ac si iuramentum præstitum non fuisset, vt patet ad sensum, & tradunt Corneus, in cons.288. lib.3. Soc. iun. in cons.3. nu.44. lib.2. Roland. à Valle, in cons.7. nu.58. lib.3. Afflictus decis.322. Sed si iuramentum non esset præstitum, procul dubio daretur actio ad rescindendum contractum, propter læsionem vltra dimidiam. Igitur idem statuendum est concessa à iuramento absolutione.

D Ad argumenta primæ opinionis, quæ absolutè negat, locum esse rescissioni contractus ob iurisiurandi religionem, responsio patet ex præmissis, omnia enim argumẽta militant ante absolutionem à iuramento concessam. Post concessam uero absolutionem, omnia cessant, quia virtus iuramenti cessat.

Ad primum argumentum secundæ opinionis respondeo, negando errorem pręsumi etiã data, lęsione. Vbi.n. quis iurat, præsumitur cõsulto, & consideratè omnia facere, arg. c.ex resc. de iurein. vide Ale. in cõs.42. n.17. li.1. Nattã in cõs.144. n.7. & And. Geyll, li.2. Obser.10. n.26.

Ad secundum respondeo, negando iuramentum propria authoritate negligi posse, & violari, etiam data læsione immodica. Constat enim ex supradictis, absolutionẽ esse necessariam, licet dolus interuenerit.

Ad tertium argumentum respondeo, Illum text. in l. vlt. §.idem quæsijt, nil commune habere cum quæstione nostra, nec de illa specie loqui, in qua iusiurãdũ intercessit.

C A-

CAPVT XVIII.

An l. 2. C. de rescind. vend. contra singularem successorem locum habeat & an locum habeat re perempta.

COmmunis est doctorum sententia, tertium ac singularem successorem in re vendita conueniri posse, ex hac l. 2. si duo hæc concurrant. Primum, vt is, a quo causam habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læsit venditorem, soluendo non sit. Secundum, si ipse singularis successor possideat rem ex causa lucratiua. Aut certè ex contractu, qui eodem iniustitiæ morbo laboret. Ita post Bald. & alios, respondit Tiraquell. ad l. si vnquã, C. de reuocan. donat. In verbo reuertatur, nu. 329. Couar. lib. 2. variar. resolut. c. 3. nu. 10. Menoch. in cons. 63. nu. 22. lib. 1. Stracha ad Crauettam in cons. 7. nu. 13.

Sed fundamentum habet hæc sententia magnopere infirmum, nempe, in l. in causæ, 14. §. vlt. ff. de minorib.
B qui textus nihil aliud dicit, nisi minorem esse restituendum, etiam aduersus tertium emptorem, et possessorem, si tertius ille possessor rem emerit sciens, minorem fuisse læsum, & simul prior emptor soluendo non sit.

Quare contrariam sententiam quam vnus probat Pinellus in comment. d. l. 2. in 2. p. c. 1. nu. 32. veriorem esse, ac iuris regulis magis consentaneã affirmare nõ dubito.

Principio enim satis constat, actionem ex contractu descendentem, qualis est ea, de qua agitur, aduersus singularem possessorem non competere. Neque enim personalis obligatio fundum sequitur, l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. l. vlt. §. vlt. ff. de contrahen. empt. & propius ad rem nostram, text. in l. dolus, C. de rescin. vend.

Deinde contra dictam communem sententiam facit tex. in l. æris alieni, C. de don. vbi dicitur, agi non posse contra donatarium, ac possessorem rei debitoris, ab eo cui debitor donans erat obligatus nec distinguit text. an debitor soluendo sit, nec ne.

Præterea, dicit tex. in l. 1. & 3. C. si vendito pignore agatur, contra tertium possessorem agi posse, tunc demũ, cum mala fide emit, & is, qui conueniri poterat, soluendo non est. Igitur cessante mala fide, conueniri non poterit.

Quod si proponatur, emptorem esse in mala fide, locus esse posset communi sententiæ, quemadmodum fatetur Pinellus loco annotato, & Couar. lib. 1. variat. resolut. c. 3. post num. 10. vers. Tertia conclusio; quibus & ipse adstipulor.

Est & alia controuersia, cum venditor vltra dimidiam læsus est, & res vendita sine culpa emptoris, casu scilicet fortuito, perijt, vtrum venditori liceat aduersus emptorem agere.

Abbas Panorm. in c. cum dilecti, de emptio. & vend. respondit, venditori actionem competere, vt quod deest iusto pretio, consequatur ab emptore.

D Eandem sententiam secutus est Francisc. Cremensis, sing. 85. Volo; Ripa, in l. quod te, nu. 11. ff. si cert. petat. & alij a Pinello citati, in 2. p. c. 1. num. 36. & a Couar. lib. 2. variar. resol. c. 4. circa finem.

Fundamentum est in eo, quod emptor æquè principaliter obligatus sit venditori, vel ad persoluendũ id, quod deest iusto pretio, vel ad rem emptam restituendam. Ex quo sequitur, re perempta, obligationem ad pretium superesse, ex l. si in emptione, §. si emptio, ff. de contrahen. empt. & ex l. stichum, aut Pamphilum, ff. de sol.

Quod autem vtrumque sit in obligatione æquè principaliter, probatur ex c. cum dilecti, de empt. & vend. & ex c. cum causa, eo. tit.

Sed contrariam sententiam, nempe venditori nullam actionem competere, longè probabiliorem esse iudico, quam quidem sententiam amplexi sunt Accursius, Bart. Castr. & alij communiter, in d. l. 2. vbi Cagnolus, nu. 15. Pinell. in 2. parte, cap. 1. num. 36. Couar. variat. resolut.
A lib. 2. c. 4. nu. 10. Anton. Gomes. de cõtract. cap. 2. nu. 25.

Probatur hæc sententia, primò ex l. si res æstimata, 15. §. 1. ff. de iure dotium: *Enim vero*, inquit Iurisconsultus, *si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet. Et hæc si seruus viuit. Quod si decesserit, Marcellus ait, magis æstimationem præstandam. sed non iustam, sed eam quæ facta est, quia boni consulere mulier debet, quod æstimatus fuit.*

Si mulier in causa dotis, quæ semper & vbique præcipua est, l. 1. ff. soluto matrimo. petere non potest id, quod deest iusto pretio, vbi res perempta est, longè minus id iuris venditor habebit.

Secundò probatur hæc sententia, vbi quantitas debetur respectu certæ speciei, hoc specie perempta, debitor est liberatus, l. titiæ textores. §. vlt. de leg. 1. l. electio, §. quid si is, ff. de noxalibus, l. 1. §. vlt. ff. si cui plus, quam per legem Falcidiam, & l. si communis seruus, in vers. Ex his igitur, ff. de furtis. Sed in hac quæstione quantitas debetur respectu certæ speciei, nempe contemplatione rei venditæ. Ergo re perẽpta perimitur obligatio ad pretiũ.

Tertiò probatur, quia hoc in casu res principaliter dicitur esse in obligatione. iusti autem pretij suppletio in facultate soluendi, vt probat text. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in illis verbis: *Humanum est vt vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio, recipias.* Illa verba, *Si emptor elegerit*, expresse indicant, illud in electione emptoris esse, & sic in facultate soluendi.

Simile habetur in l. miles, § decem, ff. de re iudicata. Consequenter re perempta debitor est liberatus, l. si ex legati causa, ff. de verbor. oblig. l. quod te, ff. si certum petatur, l. si quis stipulatus fuerit decem in melle, ff. de solutionibus.

Non obstat tex. in c. cum causa, & in cap. cum dilecti; neque enim dicunt aliud, nisi emptorem facultatem ha-
C bere soluendi iustum pretium, & eam facultatem illi nõ esse auferendam, quod & nos fatemur. Sed non propterea efficitur, quin rei restitutio principaliter sit in obligatione, vt loquuntur nostri doctores.

Illud monendum esse iudico, quod Couar. probat, & Pinell. locis annotatis, & mihi æquissimum videtur, quicquid velit Ant. Gomes. emptorem conueniri posse, & compelli ad soluendum iustum pretium, licet res perierit, cum alteri eam ipse vendidit, & ab emptore iustũ pretium accepit, tunc enim summa est ratio, cum ipse emptor pretium habuerit, quasi rem ipsam habere videatur.

CAPVT XIX.

De clausula venditioni adiecta, & si quid pluris res valet, donas, Controuersiæ aliquot.

D SI vendat quis minori pretio rem maioris pretij, ea clausula adiecta: *Et si quid pluris valet, donas*, vtrum, si vltra dimidiam venditor lædatur, ad rescindendũ contractum agere possit, controuersia est. Imola enim, Ludouicus Romanus, & Aemilius Feretus in commen. l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. Venditorem agere posse negant, quia cũ venditio minimè rescindatur propter modicam læsionem, l. quisquis, C. de rescind. vend. talis clausula operari debet, vt nec propter magnam læsionem rescindatur, alioqui superflua erit; Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bar. Alex. & Iason, in d. l. si quis cum aliter, necnon in l. 2. C. de rescind. vend. vbi Hieron. Cagnol. nu. 124. Pinell. in 1. p. c. 2. num. 10. Quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. hæc adiectio, 192. ff. de verb. sign. *Hæc adiectio*, inquit Vlpianus, *pluris ve, non infinitam pecuniam continet, sed modicam duntaxat.* Itaque Clausula illa: *Et si quid pluris valet, donas*, ita debet intelli-

intelligi, ut locum habeat in modica quantitate, non autem in magna.

Nec idcirco superflua reputanda est, quia operatur vt emptor minoris emens, quam sit iusta rei æstimatio, non peccet. Quanquam tolerandum potius viderent, eam nihil operari, & superfluam esse, quam vt venditor vltra dimidiam læderetur, argumento eorum, quæ notantur in l. vlt. §. in computatione, C. de iure liberandi, per Iasonem, in l. iustitia, col. ult. ff. de iust. & iure, & dominum Ioannem Cephalum, in cons. 104. nu. 21. lib. 1.

Sed alia oritur controuersia, circa hanc eandem clausulam, in ratione, ac supputatione fienda ipsius læsionis, Cum enim per eam clausulam aliquid emptori donatum esse videatur, illud inprimis esse deducendum, eoque deducto, diiudicandum esse læsionem responderunt Alex. & Iason, in d. l. si quis cum aliter. nu. 17. ff. de verb. obl. & Cagnol. in l. 2. C. de rescin. vend. nu. 129.

Cæterum, *Pinellus* in 1. parte, c. 2. nu. 21. post Alciatũ quem citat in d. *l.* hæc adiectio, contrarium respondit, nullam *scilicet* esse faciendam deductionem, quæ sententia videtur mihi probabilior. Etenim argumenti vis in hac est posita clausula: *Si quid pluris valet, donat*, intelligitur de modica duntaxat quantitate, ergo vbi est immodica *læsio*, & supra dimidiam, illa clausula nihil operatur, si nihil operatur, ergo nihil deduci debet.

Sed & tertia oritur controuersia. Est enim communis hæc Doctorum interpretatio, venditionem rescindi nõ posse ex d. l. 2. quoties dicta clausula pinguius ac magis generaliter concepta est, puta, si dicatur: *Et si quid pluris valet totum illud, quantumcunque est donat & remittit emptori*. Ita Salic. & Cast. in d. l. 2. Cagnol. ibidem, n. 130. Ale. in cõs. 42. n. 7. lib. 1. Fel. in c. si cautio, n. 39. de fide instrumentorũ. Boerius alios cõmemorãs, decis. 142. n. 10.

Quorum fundamentum, illud est satis firmum, quod ea sit natura sermonis vniuersalis, ut nihil excludat, sed omnia comprehendat, l. Iulianus, de leg. 3. l. 1. §. generaliter, ff. de leg. præstan. cum alijs similibus.

Cæterum, Pinell. in 2. parte, c. 2. nu. 22. contrarium docet eiusdem sententiæ authorem habens Petr. Rebuf. de rescis. contract. glo. 15. nu. 20.

Monetur inprimis ex l. 2. C. commu. de lega. vbi dicitur, leges verbis non esse impositas, sed rebus. Respondeo, id concedo. Sed non verbis tantum, sed rebus hæc sententia conuenit, quia vniuersalis oratio plura continet, quam particularis. Quare latum est discrimen inter hęc: *Si quid pluris valet dono, & si quid pluris vales, omne id, & totum quantumcunque, est dono.*

Secundò ita Pinell. argumentatur. Renunciatio generalis facta omni legum auxilio, & beneficio, non tollit auxilium, quod venditori competit ex d. l. 2. ex communi Doctorum sententia, de qua per Tiraquel. ad l. si vnquã, nu. 123. C. de reuocan. don. ergo nec verba illa generalia id beneficium auferre poterunt. Respondeo. Generaliter renuncians omni legum auxilio, de tam immodica læsione cogitare non pręsumitur, propterea renunciatio ad eam speciem non extenditur. Sed hic nominatim de læsione circa precium, is, qui vendit, cogitare vr, totumq; id, quod iusto pretio deest, emptori donare. Quare hæc nostra species, nil commune habet cum specie diuersa.

Tertio Pinellus utitur argumento ex l. vlt. §. idem quęsitum, ff. de condict. indeb. vbi dicitur, generalem clausulam, quæ pactionibus adijci solet. *Nullam controuersiam facturum*, indebiti condictionem non auferre. Respondeo. Nihil obstat. Quia si promittens, nõ præsumitur voluisse se obligare ad soluendum, quod non debebat, putabat enim se debitorem esse. At in specie nostra, venditor de læsione cogitat, se læsum esse non ignorat. Læsionem ipsam emptori remittit ac donat.

Quarto Pinellus dicit, nihil operari debere hoc in casu verborum multiplicationem, ex l. pediculis, §. labeo ff. de auro & argen. leg. ibi. *Sed non mutamt substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio*, &c. Respon-

A deo, illum textum loqui, quoties unum, & idem exprimitur diuersis verbis, idem significantibus, vt in eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria, quasi desierit lana tincta, lana esse. At in specie nostra illa verba, *Omne & totum, quantumcunq; est donat*, generalia sunt, & plura comprehendunt, quam simplex illa oratio, & si quid pluris valet, donat.

Quinto Pinellus adducit gloss. in l. 4. ff. de pignor. act. ad probandum verborum geminationem, seu multiplicationem nihil operari. Respondeo, illam gloss. nil obstare. Loquitur enim de interpellatione facta debitori, verbis geminatis, hoc modo. Solue, solue. Et ait, nihil operari magis quam simplicem interpellationẽ: Hoc non obstat communi sententię, quæ non docet, geminationem verborum hoc efficere, puta, si bis dicatur, & si quid pluris valet, donat. Sed fundamẽtum ponit in oratione vniuersali, cuius natura est, vt nil excludat, & consequenter, neque læsionem vltra dimidiam.

B Quarta est controuersia, circa eandem Clausulam, cũ eidem annectitur alia clausula, ex certa scientia, hoc modo. Venditor ex certa scientia, & nulla errore ductus, donat, si quid pluris res valet. Nam hoc in casu cessare l. 2. existimarunt ibid. Castr. Bal. & Salic. quasi venditori sciẽti, nulla fraus fiat, neque iniuria. Idem respõderunt Ale. in cons. 41. nu. 7. lib. 1. Cur. sen. in consi. 49. nu. 75. & Boerius, decis. 142. nu. 10.

Cæterum, Cagnol. nu. 126. & Pinell. in 1. parte, c. 2. n. 13. contrarium docuerunt, quibus ego assentior, duabus potissimum rationibus.

Prima, quia lex 2. locum habet etiam in vẽditore sciente rei venditæ æstimationem, vt in seq. c. demõstrabitur.

Altera est ratio, quia hęc clausula nihil aliud significat nisi vẽditorem scientiã habere, rem esse maioris æstimationis. Sed non statim sequitur, eũ scire, rem uenditã esse dignã pretio ab emptore soluto, & altero tãto, & amplius atq; istud totum eum remittere ac donare velle emptori.

C Maiorem habet difficultatem quinta & postrema, ex eadem specie descendens controuersia: an uidelicet insinuatio requiratur, si fortè precij quantitas a uenditore donata, summam quingentorum aureorum excedat. Etenim, insinuationem esse necessariam, affirmarunt Ancharanus & Imola, in c. penult. de emptio. & uendi. Alex. ad l. 2. nu. 16 ff. de uerb. oblig. Alex. in l. si qui cum aliter, col. penul. ff. eo. tit. Calcaneus in cons. 25. nu. 12. Marian. Socin. in cons. 215. & alij, quos refert & sequitur Tiraqu. ad l. si unquam in uerb. donatione largitus, num. 3. C. de reuocan. donat. & de retractu consang. §. 1. glos. 18. n. 15.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. si quis donationis, ff. de contrahen. emptio. *Quoties vero*, ait Vlpianus, *donationis causa viliore pretio res distrahitur, dubium non est donationem valere. Hoc inter cæteros. Inter virum autem & vxorem, donationis causa facta venditio precio viliore, nullius momenti est*. Idem docet l. si sponsus, §. circa, ff. de donat. inter virum & vxo. l. si vir vxori C. ad Velle-

D ianum, l. 1. §. si quis in fraudẽ, ff. si quid in fraudẽ patroni. Ex his legibus probatur, vẽditionẽ factam viliore precio donationis causa esse, veram donationem. Si vera donatio est, ergo nil proponitur, cur insinuationẽ nõ requirat.

Secundum argumentũ donari vr id, quod nullo iure cogente datur, l. 1. l. donari, ff. de donat. sed in hac specie is, qui donat id, quod pluris res valet, nullo iure cogente id facit, sed spontè, quia non tenetur illud donare, ergo necessaria uidetur insinuatio, sicut i alijs donationibus.

Tertium argumentum. Hic venditor remittit ius emptori, quod sibi competebat ad venditionem rescindendam, vel ad iustum precium petendum, vt patet: sed remissio debiti, seu renunciatio iuris competentis, donatio quædam iudicatur, l. in ædibus, ff. de donat. l. si mulier, ff. de condict. ob causam. Tiraquel. ad d. l. si unquam, in uerbo, largitius, n. 143. ergo insinuatio requiritur vt in alijs donationibus, ut Tiraq. ibi. nu. 144.

Cæterum, insinuationem nequaquam esse necessariã respon-

A reſponderunt Calderin. in conſ. 2. tit. de empt. & vendit. Bart. & Bal. in l. ſi tibi, ff. de pact. Fabian. de monte, de emption. & vendit. 8. q. princ. verſ. quarto quæro, & alij, quos refert & ſequitur Couar. lib. 2. variar. reſolut. cap. 4. numero 8.

Argumenta ſunt iſta. Præcipua contrahentium intentio inſpicienda eſt, & ab ea contractus denominandus, l. ſi quis nec cauſam, ff. ſi certum petatur, l. fundi partem ff. de contrahend. emption. ſed in hac ſpecie, præcipua intentio eſt vendendi, & emendi, ergo talis contractus venditio eſt, non autem donatio. Conſequenter, nec requiritur inſinuatio.

Secundo. Venditio rei viliore pretio facta, non eſt donatio, ſed damnoſus contractus, authore Baldo ad rubr. C. de contrah. empt. n. 11. Is enim, qui ita vendit non id agit donationis gratia, quia emptor forſan eſt extraneus, cum quo nulla amicitia, nulla neceſſitudo intercedit, & nulla etiam cauſa donandi. Ergo fruſtra diſputatur an requiratur inſinuatio.

B Tertiò. Venditio facta viliore pretio, ita demum donationis naturam induit, ſi donandi cauſa manifeſta ſit, ideoq; inter virũ, & uxorẽ talis venditio valet, niſi in fraudem donationis facta ſit, l. ſi quis donationis, ff. de contrah. empt. l. ſi ſponſus, §. circa, ff. de donationib. inter virum, & vxorem, ergo inſinuatio non requiritur.

Quartò, ſi in contractu emptionis, & venditionis donationis titulus conſtituendus eſſet, maximè conſtituendus foret, vbi læſio non eſt vltra dimidiam, illa enim contractum non reſcindit: ſed in tali læſione donatio non præſumitur, ergo multo minus eſt præſumenda in læſione vltra dimidiam.

Donationem non præſumi in læſione citra dimidiam ex eo patet: quia ſi præſumeretur, hoc modo lædens, non peccaret, nec ad reſtitutionem teneretur, quod tamen falſum eſt, quia & peccat, & ad reſtitutionem tenetur ex communi ſententia Theologorum.

C Poſtremò. ſi talis donatio, vera eſſet donatio, & inſinuationem exigeret, ſequeretur eam quoque reuocari propter ingratitudinem, iuxta l. vlt. C. de reuocand. don. item propter natiuitatem liberorum l. ſi vnquam, C. eo. item per querelam inofficioſæ donationis, iuxt. tit. C. de inoff. don. & alia id genus ſequerentur, quæ videntur eſſe noua, nec vllo modo vſu recepta.

Tertia eſt ſententia Pinell. in comment. d. l. 2. in 1. p. c. 2. nu. 24. inſinuationem eſſe neceſſariam, quando conſtat, certum aliquid deliberato animo remitti, quantitatem continens, in qua de iure requiritur inſinuatio. Si vero non conſtet de certa, & deliberata voluntate donãdi, non eſſe veram donationem, ac proinde, inſinuationem non eſſe neceſſariam.

Ego in hac re duo dico. Primò, ſententiam priorem frequentioribus Doctorum ſuffragijs receptam eſſe. Deinde, eam contrarijs argumentis non euerti; dato enim quod non ſit uera donatio, & propriè dicta negari tamen

D non poteſt, quin aliquo modo, ſaltem impropriè, donatio exiſtimanda ſit, argumento l. 1. ff. de donat. lex autem inſinuationem requirens, omnem comprehendit donationem, l. ſancimus, C. de donat.

Quare illud primum argumentum nihil obſtat, quo dicebatur, contrahentes non habuiſſe animum donandi, etenim id negari ſumma ratione poteſt, cum animus ex uerbis & factis detegatur. Hic vero, verba & facta donatione conueniant, reſpectu. ſ. maioris æſtimationis ac pretij, quod venditor emptori remittit ac donat.

Non obſtat etiam alterum argumentum, quia in propoſita ſpecie manifeſta eſt donandi cauſa. Venditor enim diſerte profitetur, ſe id, quod pluris res eſt, donare, ac proinde, venditio eſſe dicitur uiliore pretio facta, animo donandi, de qua iuriſconſultus loquitur in l. ſi quis donationis, ff. de contrah. empt.

Quod uero dicebatur venditionem viliori pretio factam, non eſſe donationem, quia venditor donandi animum non habet perſonæ extraneæ, & nulla neceſſitudine coniunctæ, nihil mouet, quia in claris non eſt opus coniecturis, & cum in uerbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio. Hic verſamur in claris, & verbi donationem important.

Illud fateor, eam non procedere ex liberalitate, atque adeo non eſſe veram, & propriam donationem, ſed non propterea efficitur, quin requirat inſinuationem cũ lex inſinuationem requirens, omnẽ complectatur donationẽ.

Quartum vero argumentum nihil aliud probat, niſi donationem non eſſe præſumendam cum in uenditione læſio contingit. Quod & nos vltro fatemur, ideo enim contractus reſcindi poteſt, qui non reſcinderetur, ſi donatio eſſet præſumenda. Sed noſtra quæſtio verſatur in claris, cum videlicet is, qui vendit, apertè profitetur ſe donare quicquid vltra pretium conuentum ex iuſta rei æſtimatione deberetur.

Abſurda verò, quæ commemorantur in vltimo argu-

B mento, merito negari poſſunt. Quia ſi donationem hanc eſſe ſtatuimus, omnes leges, quę de donatione ſunt latæ, ad eam quoque producendę erunt, nec abſurdum erit reputandum, quod iuri conſentaneum eſſe videtur.

CAPVT XX.

Aliæ ſex Controuerſiæ ad eandem l. 2. C. de reſcind. vend. pertinentes.

SVnt & alię controuerſiæ ad eandem legem pertinentes, quarũ aliquas hic ſubijciemus. Prima. Vtrum agẽti ex dicta lege, exceptio, melioramentorũ, ut uocant obijci poſſit, videlicet, vẽditorem audiendum non eſſe, niſi ſumptus neceſſarios, & emptori vtiles reſtituat. Et enim reſtituendos eſſe Bald. affirmat, in comment. d. l. 2. cuius ſententiam ſecuti ſunt Alex. ad Bart. in l. intra vtile, §. vlt. ff. de minorib. Ant. Burg. in c. cum cauſa, de empt. & uend. nu. 56. Iaco. a S. Georgio, in l. ſi res, §. 1.

C ff. de iure dotium, Fabian. de Monte, de empt. & uendit. 8. q. prin. nu. 4. Boerius, deciſ. 47. nu. 8. Cagnol. ad d. l. 2. nu. 153. & eo loci Pinell. in 2. p. c. 3. nu. 1.

Fundamentum eſt in l. intra utile, 40. §. ult. ff. de minoribus, ubi dicitur, minorem reſtitutum aduerſus uenditionem prædij a curatoribus factam, ſumptus ab emptore factos in rem ipſam, reſtituere cogendum.

Sed contrarium docuit Salicetus ibidem, quam ſecutus eſt Pantaleon Cremenſis, & eius fundamentum eſt, quia emptor facultatem habet retinendi rem emptam: uenditori ſoluendi id, quod deeſt iuſto pretio. Quare ſi rem retinere nolit, cum poſſit, & iuſtum pretium ſupplere, non uidetur audiendus eſſe in exceptione meliorationum & ſumptuum.

Sed mihi longè probabilior uidetur Baldi ſententia, quæ communis eſt, & multis alijs legibus iuuatur, quibus definitum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem, ſumptus huiuſmodi deducere poſſe, l. domum, C. de rei vendic. l. in

D fundo, ff. eo. l. ſi prædium, C. de prędijs Minorum. Eſt autem hic emptor in bona fide, cum titulum habeat iuſtũ, l. bonæ fidei, ff. de verb. ſign. nec immoderata læſio facit, quo minus contractus bona fide factus cenſeatur, ut patet ex l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, vbi tranſactio bona fide facta dicitur licet immodicam læſionem contineret.

Nec obſtat argumentum Saliceti, quia is non facit iniuriam, nec in culpa eſſe dicitur, qui iure ſuo vtitur, emptor autem hoc iuris habet, vt vel retinere poſſit rem emptam, vel eam venditori reſtituere, iuſto pretio ei ſoluto, Si reſtituere maluerit, nihil proponitur, cur ſumptus repetere non poſſit a venditore, cum & a minore contractum reſcindente repetantur.

Altera eſt controuerſia, de venditione facta cum decreto iudicis, an reſcindi poſſit propter læſionem vltra dimidiam. Et quidem reſcindi nihilominus poſſe affirmarunt Imolens. & Alexand. ad l. ſi quis cum aliter, ff. de verborum obligat. Panorm. in cap. cum cauſa, nume. 6.

de

de empt.& vend.& ibidem Ant.Burgos,num.27. Ang. Aret.in §.ſi quis agens, num.3. inſtit. de actionib. Pantaleon Cremen.ad d.l.2.num 108.& ibid.Cagn.nu.158. Iac.à S.Georgio,in l.pacti nouiſsima,nu 8.C.de pact.& ibid.Iaſon,num.9.Rebuff.de reſciſs.contract. artic.vnico,gloſ.15.nu.40.

Idem ſenſit Anto.Gomeſ.de cõtract.c.2.poſt nu.22. & nouiſsime eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch. de pręſumpt.lib.2.præſumpt.75. nu.34.

Probatur hæc ſentẽtia primo,ex l.ſi quidem,C.de prędiis minorum,vbi dicitur, minorem aduerſus uenditionem eſſe reſtituendum, ſi fuerit læſus in pretio, licet cũ decreto iudicis facta fuerit uenditio.

Secundo probatur hac ratione: Eccleſia vltra dimidiam læſa in contractu,actionem habet ad illum reſcindendum,vt patet ex c.cum dilecti,& ex c.cum cauſa, de empt.& vend.& tamen id intelligi oportet,de venditione facta,ſolemnibus iuris adhibitis,alioqui non ualeret, vt in toto ti.de rebus eccleſiæ nõ alien. in extrauag. ambitioſæ, eod.ti.& alibi, ergo nihil prohibet, quo minus idem ſtatuendum ſit in aliis contractibus, etiam ſolemniter factis, & cum iudicis authoritate.

Tertio probatur, quia hoc operatur iudicis decretũ, vt contractus præſumatur recte & rite celebratus: verum hæc præſumptio cedere debet ueritati; conſequenter ſi apparet de læſione & iniuſtitia, ceſſare debet illa pręſumptio,& decreti efficacia.Facit tex. in l.magis puto,§.penult.ff.de rebus eorum.late Menoc. de pręſump. lib.2.c.75. nu.32.

Cæterum contrariam ſententiam habuerunt Bart.& Io.de Platea,in l.1.C.de prędiis decurionum, lib.10.Caſtren.in comment.ad l.2.C.de reſcind.vend. nu.5.Ang. in conſ.142.circa fin.Socin.ſen.in conſi.57.col.vlt.lib.4. Dec.in conſi.210. poſt num.8.Corn.in conſi.56.lib.3.& alii quos refert Ant.Gabr.commun.concl.ti.de empt.& vend.concl.1.nu.57.

Fundamentum eſt in l.1. C.de prędiis decurionum, lib.10.& in ea iuris regula, quę docet, ubi iudicis decretum interuenit, omnia pręſumi ſolemniter acta, de qua regula vide Alc.de præſumpt.reg.3. præſumpt.10.

Sed nullius momenti eſſe uidentur hæc argumenta. Quamobrem priori ſententiæ adhęrendum eſſe iudico. Quod enim attinet ad d.l.1.hęc ſunt verba, (quod attinet ad rem noſtram) *Denique nihil erit poſt modum*) ſcilicet decreto iudicis interueniente) *quo venditor, vel circumuentum ſe inſidijs: vel oppreſſum potentia comparatoris queri debeat; quandoquidem ſub fide actorum, & de neceſſitate diſtrahentis, & de voluntate patueris comparantis.*

Hæc verba probant, venditorem allegare non poſſe hoc in caſu, ſe vel metu coactum, vel inſidiis emptoris circumuentum vendidiſſe. Sed nullum verbum de læſione vltra dimidiã,qđ ſcilicet de illa cõqueri nõ poſſit.

Non obſtant uerba illa eiuſdem legis præcedentia, (*Ita enim fiet, vt nec immoderatus venditor, nec emptor, cuiuſcunque ſit conditionis, inueniatur iniuſtus.*) Quia ſenſus eſt,decurionem vendere non poſſe prædia abſque neceſſitate à iudice æſtimanda. Quod ſi forma hęc ſeruata ſit, *ſic eueniet*,inquit text. *vt nec immoderatus venditor inueniatur*, id eſt,qui ſine cauſa,& moderatione vendat, *& emptor non inueniatur iniuſtus*: id eſt qui uel potentia, vel inſidiis ad vẽdendum inducat, vt ſtatim tex. ſubdit. Vel ſi ad nnnem iniuſtitiam illa uerba referantur, ſenſus eſt,non facile repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minus iuſte contrahat, propter iudicis authoritatem, qui intercedit. Quod quidem & nos ſponte fatemur.

Sed iam quæſtio eſt, ſi & iudex, & contrahentes circumuenti ſint,fortè etiam per imprudẽtiam errauerint, ita vt uenditor in pretio fuerit deceptus vltra dimidiã, an reſcindi contractus poſſit? Et reſcindi poſſe dicimus, quia manifeſtum eſt iudicis authoritatem parum in hoc profeciſſe.Nec textus ille hoc negat, licet multum iudi-

A cis authoritati tribuere videatur.

Quod vero attinet ad illam iuris regulam, præſumi omnia ſolemniter acta ex decreto iudicis, reſponſio patet ex præmiſſis,quoniam,(vt dictum eſt) una præſumptio tollit aliam,l.diuus, ff.de in integrum reſtit.& ueritati cedit omnis præſumptio. Vnde in propoſito textu in l.ſi quidem, C. de prædiis minorum. *Si vero*, inquit, *iure interpoſito decreto venditionem vili pretio eius poſſeſſionis,cuius vires ignorabas, fecit,iuxta perpetui edicti authoritatẽ in integrum reſtitutio,cauſa tamen cognita,præbetur.*

Tertia controuerſia eſt. Vbi inter emptorem & venditorem eſt conuentum,vt ſi vltra dimidiam læſio contigerit,iuſtum pretium ſuppleatur,an reſcindi cõtractus poſſit ex d.l.2.& reſcindi non poſſe, cenſuerunt Bald.ad tit. Qualiter dominus feudi proprietate priuetur. Aretin.& Alex.ad l.ſi quis cũ aliter,col.pen. ff.de verb.oblig.quia prouiſio hominis, facit ceſſare prouiſionem legis, iuxta vulgare dictũ,quod ſumitur ex l.vlt.C.de pact.conuent.

B Sed contraria ſentẽtia videtur mihi probabilior, quã ſecuti ſunt Iaſ.in l.2.C.de iure emphyt.num.143.& Cagnol.in d.l.2.C.de reſc.vend.nu.168.

Probatur hæc ſententia ex d.l.2. quæ generaliter loquitur.Nec obſtat regula, prouiſio hominis,&c.quia intelligitur, quãdo prouiſio legis eſt ſpecialis, & contra iuris communis regulas,ſicuti declarant Bar. ad l.ſi cũ dotem,ff.ſoluto matrim.& alii apud Gabr.in commu.cõcl. ti.de reg.iur.concl.8.nu.4. Sed in ſpecie noſtra legis prouiſio generalis eſt,& ex iure communi prouenit, vt patet, ergo ceſſat illa regula, & præualere debet ea ſententia, quæ iniuſtis contractibus & doloſis occurrit.

Quarto controuertitur, ſi emptor inuenerit theſaurũ in re uendita, an uenditor vltra dimidiam læſus, agere poſſit,ita vt theſauri ratio habeatur, propter quẽ res procul dubio pluris æſtimanda eſt; & habendam eſſe rationem eiuſmodi theſauri,docuit Ludou. Rom. ad l.ſi quis cum aliter,ff.de verb.obl.dicens,ſe ita ex facto reſpõdiſ-

C ſe, duabus rationibus: altera, quia in iudicanda læſione ratio habenda eſt æſtimationis rei, ſecundum tẽpus contractus celebrati l.ſi volũtate, C.de reſcin.vend,licet occulta ſit huiuſmodi æſtimatio,& minimè patens, l.nõ intelligitur, §.diui fratres, ff.de iure fiſci. Altera eſt ratio, quia cõtractus uenditionis et locationis ſunt ſimiles,l.2. ff.locati,ſed in locatione receptum eſt,vt penſio ſit augẽda,ſi conductor maximum lucrum ſentiat, vt no gl.in l. ſi merces, §.vis maior, ff.locati: ergo, & in uenditione idem ſtatuẽdum eſt, vt ſi magnum lucrum emptor fecerit,theſauri inuentione,condemnandus ſit ad maius pretium ſoluendum.

Sed cõtrarium docent Franc.Aret. in d.l.ſi quis cum aliter,nu.8.& Cagn.in l.2.nu.171. C.de reſc. vend.quorum ſententiæ ego potius accedo: nam theſaurus à uẽditore non poſſidebatur,cum ignoraret ubi eſſet,& omnino illum in poteſtate non haberet,l.3.§.Nerua,& §.ſeq. ff.de acq.poſſ.ergo læſus in pretio dici non poteſt,quãuis

D pro theſauro,quem non poſſidebat,nihil acceperit.

Argumenta Romani nihil obſtãt: nam quod attinet ad primum,tex.in §.diui fratres,nihil aliud dicit,niſi iuſta rerum pretia ex præſenti æſtimatione conſtitui. Alterum autem argumentum de locatione,facilè cõfutatur. Quia etſi in conductore ita eſſet conſtitutum,id ſumma ratione factum eſſet, cum & in eo conductori conſulatur,ut nimirũ propter ſterilitatem penſio ſit ei minuenda,iuxta l.ſi uno,ff.locati.at in emptore aliter eſt conſtitutum,quia perfecta emptione,omne commodum & incommodum ad eum ſpectat; l.neceſſario, ff.de periculo & commodo rei uenditę. Quare ſi theſaurum inuenerit(fortunæ donum iuriſc.appellat, in l.ſi is qui, ff.de acquir.rer.dom.) eius lucro id cedere debet ſecũdum iuris regulas,l.nunquã nuda, §.theſaurus, ff de acq.rer.dom. Franc. Connanus exiſtimat theſaurum diuidendũ inter emptorem & uenditorẽ, ex æquitate,lib.3.comm.iuris, c.4.nu.4. ſed magis placet quod iam dixi.

Quintò controuertitur. Vtrum venditori scienti iustã rei æstimationem, actio competat ad contractum rescindendum, si vltra dimidiam læsus fuerit, & communis est sententia non competere, quia scienti & consentienti, non fit iniuria, neque dolus, c. scienti, de regul. iur. lib. 6. l. non videtur, ff. de reg. iur. l. 1. §. vsque adeo, ff. de iniurijs, l. venditor, C. de rescind. vend. huc accedat à simili tex. in l. domum, ff. de cõtrah. empt. in illis verbis: *Simili quoque modo tractari oportet, vbi venditor quidem sciebat emptor autem ignorabat: hic enim oportet & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum sit, solui*. Ita docent omnes ferè interpretes in d. l. 2. C. de rescin. vend. Bar. nu. 14. Bal. nu. 7. Salic. num. 11. Castren. num. 7. Cagn. num. 124. alios commemorat Pinell. ibi, in par. 1. c. 1. num. 10. & vide Rolan. à Valle, consil. 59. num. 10. lib. 1.

Sed contrarium docuit ibi Albericus, nu. 12. & eum eo Pinel. loco nuperrimè citato, quorum sententiam iure defendi posse fatetur Couar. lib. 2. variar. resol. cap. 4. num. 2. quibus & ego magis assentior; nam illa distinctio ignorantis & scientis venditoris, lege nõ probatur; & si talis distinctio adhibenda esset, non ita generaliter, sed moderatione aliqua adiecta constitutum fuisset, vt hoc in casu venditori actio competeret.

Huc accedat eandem æquitatis, siue humanitatis regulam vigere vtroque casu, etsi enim venditor iustam æstimationem rei suæ non ignorauerit, humanum tamẽ est, vt ei succurratur, qui forte necessitate adductus vẽdidit, aut astutia emptoris deceptus fuit. Denique vix vnquam locus esset legis beneficio, si venditori scientia noceret. Præsumitur enim scire rei suæ æstimationem, argumento l. quisquis, C. de rescind. vend.

Respondent diuersæ sententiæ authores, errorem & ignorantiam esse præsumendam ea immodica læsione. At contra, rerum experientia comprobatur, facilius quẽ errare in modico pretii excessu, quàm in magno, vt & Pinell. animaduertit.

Quod vero dicitur, scienti & consentienti iniuriã non fieri, neque dolum, parum mouet: nam istud intelligitur quantum ad actionem iniuriarum, & actionem de dolo, quæ hoc in casu cessant, sed exinde non infertur, quin ex æquitate venditori læso succurrendum sit, quẽ necessitas, vel alia causa coegit ad vendendum exiguo pretio, vt scilicet contractũ rescindere possit, aut iustum pretium consequi.

Ad l. domum, ff. de contrah. empt. Pinell. respondet, ibi specialiter ita fuisse constitutum, quia constitutio l. 2. non erat Iurisconsultis cognita. Adde, in ea specie nullã fieri mentionem læsionis vltra dimidiam circa pretium. Ratio enim dubitandi erat, quod domus empta non extaret, sed incendio consumpta esset, licet area extaret. Respondit tamen Iurisconsultus, venditionem cõsistere, si emptor sciebat combustam esse domum, nullam faciens de hac læsione mentionem. Quare ad hanc rem nõ pertinet ille textus.

Sexta & postrema controuersia est de renunciatione, an tollat actionem ex d. l. 2. Est autem duplex, altera generalis, cum scilicet venditor renunciat omni legum auxilio. Altera specialis, cum renunciat læsioni vltra dimidiam, & actioni competenti ex d. l. 2. Generalem renunciationem nõ obesse venditori, docet Couar. lib. 2. var. resol. c. 4. Sed contrarium respondit Paul. Castr. in consil. 337. lib. 2. & And. Siculus in consi. 6. lib. 4. Specialem autem renunciationem obesse Bar. disertè docuit, ad l. si quis cum aliter, circa fin. ff. de verb. obl. & alii, quos commemorat Couar. loco annotato, quibus addi possunt alii ab Ant. Gabr. citati, commu. concl. ti. de empt. & uẽd. concl. 1. num. 92.

Cæterum, non obesse contendit Calcaneus in cõs. 25. num. 27. ego uero in utroque casu sententiæ communi adhæreo, quam imprimis confirmabo, deinde argumenta contraria refutabo.

A Renunciationem generalem nõ obesse uenditori, probari potest imprimis argumento petito ex l. ult. §. item quæsitum est, ff. de condict. indeb. in illis uerbis: *Item quæsitum est, an pactum quod in pactionibus scribi solet in hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse, impediat repetitionem. Respondi nihil proponi, cur impediret.*

Deinde probari potest ex eo, quod habetur in l. hæc adiectio, ff. de uerb. signif. & ex l. si libertus, ff. de operis libertorum, quibus ex locis deducitur, uerba generalia ad modicam læsionem, nõ autẽ ad magnã esse referenda.

Denique probari potest hoc argumento. In generali sermone dolus non includitur, l. creditor, §. Lucius, ff. mãdati, l. si pater, ff. quæ in fraud. credit. l. 1. in fi. ff. de doli mali exceptione. Sed ex læsione ultra dimidiam, dolus re ipsa probatur, l. si superstite. C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff. de uerb. oblig. ergo in generali renunciatione non continetur.

B Contrariæ sententiæ fundamentum est huiusmodi. Generalis renunciatio refertur ad omnia, de quibus renuncians cogitauit, uel in genere, uel in specie, l. qui iure militari, ff. de militari testamento, & tradit Bart. in l. sub prætextu, C. de transact. sed renuncians hoc in casu, cogitare uidetur, saltem in genere, de auxilio l. 2. ergo renunciatio ad eam quoque causam porrigenda est.

Respondeo: nego minorem, quia ut dictum est, oratio generalis illum casum non comprehendit, quo dolus continetur. Nec cõtrarium probat tex. qui allegatur, aut Bartoli authoritas.

Porro specialem renunciationem obesse renuncianti ex eo manifeste probatur, quod iuri suo quilibet renunciare potest, l. penult. C. de pact. & renuncianti non datur amplius regressus, l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædilit. edicto.

Primum argumentum contrariæ opinionis est huiusmodi. Eadem facilitate, qua venditor vltra dimidiam iusti C pretii læditur, videtur etiam huiusmodi læsioni renũciare, ergo talis renunciatio nocere non potest, ex traditis per Bal. in l. 2. nu. 7. C. de rescind. vend. Respõdeo, nego antecedens; nec Baldi authoritas obstat, quia ille loquitur de fœminis, minoribus, & rusticis, qui facilius decipiuntur ignorãtia, imprudentia, & animi fragilitate, quare, & iura promptiora sunt in eis adiuuandis.

Secundum argumẽtum sumitur à simili, ex eo nempe, quod dicitur, renunciationem exceptionis nõ numeratæ pecuniæ incontinenti factã, non obstare, vt notatur in l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia. Respondeo, id merito ibi esse constitutum, quia sub spe futuræ numerationis omnia fiunt, quæ ratio in præsenti allegari non potest.

Tertium argumentum sumitur ex traditis à Ludouico Rom. in l. si quis cum aliter, ff. de verb. obl. ubi dicit, renũciationem exceptionis doli, aut simulationis, in instrumento ipso contractus adiectam, renuncianti non D obesse. Respondeo, illud specialiter constitutum esse in odium doli & simulationis. Ratio est quantum ad doli exceptionem, quia præsumitur & in ea extorquenda dolus adhibitus. Quod vero attinet ad exceptionem simulationis, efficere non debet renunciatio, nec potest, vt id, quod vere actum non fuit, actum fuisse uideatur. Quæ quidem rationes cessant in præsenti.

Quartum argumentum est ex doctrina Bart. in l. vlt. §. item quæsitum, ff. de condict. indeb. vbi dicit; generalem renunciationem exceptionis doli, condictioni indebiti, &c. renuncianti non obesse, quin repetat indebitũ solutum. Respondeo, Bartoli doctrinam lege non probari, quia textus in d. §. item quæsitum, de tali renunciatione non loquitur; sed de pactione illa: *Nullam amplius inter se controuersiam esse*, vt merito à Bartoli sententia discesserint Fulg. Aret. Imola, & Alex. quos commemorat Didac. Couar. loco annotato.

Quintum argumentũ est ex eo, quod renunciationes eius-

eiusmodi contractibus, & instrumentis inferantur plerumque ex stylo potius cōi Notariorum, quam ex mente contrahentium. Respondeo, infirmum esse argumentū, quia sæpè etiam adijciuntur, iussu & voluntate contrahentium, & Notariorum stylus pro locorum & prouinciarum diuersitate, varius, ac diuersus esse consueuit.

Postremum argumētum est ex l. doli, vers. diuersum ff. de nouation. in illis verbis: *Diuersum est in muliere, quæ contra Senatusconsultum promisit. Nam & in secunda promissione intercessio est. Itemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia si nunc etiam minor est, rursus circumuenitur*. Respondeo, nec de his personis nos loqui, & speciem esse longè differentem ab hac nostra, vt patet.

CAPVT XXI.

Explicantur quatuor aliæ Controuersiæ pertinentes ad materiam, l. 2. C. de rescind. vendit.

SVnt & aliæ controuersiæ ad hanc materiam pertinētes, quas tractabimus. Controuertitur enim, vtrum l. 2. C. de rescind. vend. locum habeat in liberatione facta deteriori, si ex ea creditor vltra dimidiam læsus fuerit. Nā locum non habere respondit Fab. de Monte, de empt. & vend. q. 8. num. 10. post Bal. & Castr. quos citat, quem tamen Castrensem hoc dicentem non inueni; idē respondit Cremensis; ad d. l. 2. nu. 131. & Corn. cons. 166. num. 4. li. 1. sed contrarium docuit Aret. ad l. si quis cum aliter, nu. 8. ff. de verb. obl. & ante eum Rom. ibi. nu. 24. Bar. in cons. 90. necnon Cagnol. in d. l. 2. nu. 195.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. si intra, ff. de pactis. ait Papin. *Si intra illum diem debiti partem mihi solueris, acceptum tibi residuum feram, ac te liberabo, licet actionem non habeas, tamen exceptionem competere debitori constat.*

Fundamentum autem posterioris sententiæ positum est in legibus, quibus passim succurritur contrahentibus dolo re ipsa adhibito, & perperam deceptis, iuxta l. si quis cum aliter, ff. de verb. ob. l. maioribus, C. cōmunia vtriusque iudicij, l. si superstite, C. de dolo, & similes.

Ego verò tam creditori, quàm debitori grauiter decepto subueniendum esse non dubito, sed nequaquam ex d. l. 2. quia illa lex loquitur in venditore, & actionem cōcedit ad contractum rescindendum, nisi iustum pretiū ab emptore suppleatur. Quę quidem constitutio ad liberationis actum, de quo agitur, inter creditorem & debitorem, haud facilè accommodari potest.

Quod vero istis sic deceptis succurrendum sit aliquo legis auxilio, demonstrari potest argumento huiusmodi. Aut enim creditor vel debitor læsus est in calculo rationum per errorem, & succurritur eis ex l. 1. C. de errore calculi. At per errorem debitor plus soluit, quam deberet vel creditor plus remisit, & datur repetitio, l. cuius per errorem, ff. de regul. iur. l. si sortem, §. si centum, ff. de condict. indeb. Aut læsio cōtigit in æstimatione rei in solutum datæ creditori, & actio datur, vt in l. si quis aliam, 46. ff. de solut. & in l. si res, §. 1. ff. de iure dotium, & l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indeb. aut alia ex causa deceptus est, & succurrendum est ex legibus superius allegatis in huius sententiæ fundamento.

Illud nihil mouet quod habetur ex l. si intra, ff. de pactis, qm̄ in ea specie creditor sponte residuum crediti remisit, nec vllum verbum fit de læsione vltra dimidiam.

Amplius est controuersia, an locus sit d. l. 2. si vēditio facta sit pręcedente subhastatione, & locū non esse respōdit Ang. in l. 1. C. de præsc. 30. vel 40. annor. & in l. pretia rerum, ff. ad leg. Falcid. Guido Papæ singu. 553. & decis. 22. in fi. Bal. in consi. 513. iudex, lib. 5. Corn. in consil. 56. lib. 3. & alii, quos citat Gabr. commun. concl. tit. de emp. & vend. concl. 1. nu. 61.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. de prædijs

A Decur. sine decreto non alienandis, lib. 10. in illis verbis *Denique nihil erit postmodum*, &c.

Secundum est huiusmodi. Res tanti valet, quanti vendi potest, l. si mortis causa, 18. §. vlt. ff. de donat. causa mor. ergo cum res publicè præcedente subhastatione distrahitur, locus esse non potest rescissioni contractus, quia eo pretio vendita est, quo vendi pōtuit.

Tertium argumentum. Non licet emptori rei ex publica subhastatione a contractu recedere, sub prætextu lęsionis, l. a Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudic. igitur, nec venditori, vt sit ęqualis vtriusque conditio.

Sed contrarium docuerunt Paul. Castr. in d. l. 2. & ibi. Cagn. nu. 161 Pinel. in 2. par. nu. 25 Alex. in d. l. pretia rerum, & in cons. 117. col. vlt. li. 7. Crauetta in cons. 19. n. 4.

Et huic sententię libentius accedo, tum, quia humanitatis ratio viget in omni venditione, suadetque, vt venditori grauiter læso succurratur. Tum, quia l. 2. generaliter loquitur & indistinctè, & ipsa venditio facta præcedē

B te subhastatione, rescissioni subiacet, dolo & fraude interueniente, l. si quos, C. de rescind. vend. quæ fraus videtur esse. vbi tanta læsio intercessit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respōdeo, ex lege in argumento allata nil aliud euinci, nisi venditorem allegare non posse, se metu coactum, aut insidijs adductum, vendidisse. Item, venditionem eo casu factam præsumi ritè, rectè & iusto pretio. Sed non inde sequitur, quin contrarium probari possit, probataq; immò dica læsione, præsumptio tollitur, veritas attenditur, ac præfertur. Consequenter venditori succurritur.

Ad secundum respōdeo, rem tanti valere, quanti vendi potest, cessante omni dolo & fraude. Sed hic dolus re ipsa inest propter immoderatam læsionē. Quare illa bona præsumptio, etiā corruit, quæ pro subhastatione facit.

Ad tertium respondeo, tex. allegatum loqui de creditore, cui pignora debitoris adiudicantur, seu in solutū dantur. Is hoc auxilio destituitur, quia de residuo, quod sibi

C debetur, pacto transegisse uidetur, ut inquit Iurisconsultus in d §. si pignora.

2 Tertia controuersia est, vtrum in datione in solutum locum habeat l. 2. C. de rescind. vend. & locum habere respōderunt. Io. Andr. ad Spec. n. de iudicijs, §. sequitur, in addit. incipiente, sequitur, in fin. Old. in cons. 37. Imo. in c. cum causa, de empt. & vend. col. vlt. Cur. iun. in consil. 53. Ias. in cons. 251. lib. 4. Mantua, in cons. 70.

Contrariam uerò sententiam habuerūt Bald. in l. ordo, C. de executione rei iudic. Soc. reg. 226. limit. 4. Ruy. in cons. 49. nu. 11. lib. 4.

Sed communis & vera sententia est, distinguendum esse, inter dationem in solutum extra iudicium factam a debitore creditori, & dationem in solutum iudicialem, cū scilicet pignus creditori a iudice adiudicatur. In priore locus est l. 2. in posteriori nequaquam, ita Alex. ad l. si quis cum aliter, nu. 18. ff. de uerb. obl. Fab. de monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 9. Anton. Burgos in c. cum causa,

D nu. 45. de empt. & uend. Pinel. in d. l. 1. in 1. par. c. 4. n. 10 Quanquam ab his discedere videatur Cagn. ibid. n. 163. post Claudium Aquensem, quem citat.

Probatur hæc sententia, quod attinet ad dationem in solutum extra iudicium factam, quia talis in solutum datio, similis esse dicitur venditioni, l. si prædium, C. de euictionib. Si igitur in uenditione locum habet, locum habebit etiam in hac datione in solutum.

Quantum uero attinet ad iudicialem, probatur hoc argumento, quia illa fit à Iudice, nō à parte. Quare si ex ea læsio inferatur & damnum, remedium datur ordinarium appellationis, ut in l ab executione, C. quorum appellationes non recipiantur.

Quod si creditor pignora accipere uoluerit, & illis contentus esse, nec reclamare, de cætero veluti pacto transegisse uidetur, l. a Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata.

Nec obstat si dicas, nō interuenisse hoc in casu iudicis

sententiam, sed decretum quoddam ex officio iudicis, quod excludere non uidetur constitutionē d.l.2. sicuti dicebant Aquens. & Cagn. quia illi argumentātur a decreto iudicis interposito in actu voluntariæ iurisdictionis, ad decretū in contentiosa iurisdictione interpositum, à quo appellari posse constat, si modus excedatur in exequendo, vt in d.l. ab executione, quæ ratio non pertinet ad ea, quæ inter volentes à iudice decernuntur.

Quarta est controuersia, vtrum eadem lex locum habeat, quoties contrahentium consensus est iteratus, atque, vt vocant, geminatus. Nam cessare hoc in casu eius legis constitutionem, responderunt Paul. Castr. in consil. 386. col. 2. lib. 2. Panorm. in cōs. 70. in 2. dub. lib. 1. Aegidius Bellameta, in cons. 24. col. 5. Dec. in consi. 216. Rubeus Ale. 133. & 139. & 167. Cassaneus in Consuet. Burgund. Rubr. 7. § 12. nu. 37. vers. Aduerte. Crauet. cōs. 151. nu. 31. & 32. Couar. ad c. quamuis, par. 3. §. vlt. vers. octaua conclusio. Mantua. lib. 1. locor. c. 6.

Fundamētum autem est in pronunciatis quibusdam generalibus, quę circumferuntur, magnā esse vim & efficaciam geminati consensus, multaq; operari, vt proinde non sit mirum, si & istud operetur. Pronunciata deducuntur ex l. balista, ff. ad Trebell. ex Auth. Sine à me, C. ad Velleianum, & apud Fely. in c. si cautio, de fine instrumentorum, apud Eueratdum in Centuria legali, loco à vi geminationis, & alibi passim apud doct.

Sed contraria sententia videtur mihi longe probabilior, quam secuti sunt Soc. sen. in consi. 85. nu. 5. lib. 1. Decius in consi. 60. circa fin. Rom. in consi. 53. Corn. in consil. 11. & 140. lib. 3. Boer. q. 100. col. 6. Cassan. in cons. 21. nu. 16 Fabian. de empt. & vend. q. 8. vers. Tertio quęro, Cagn. ad d.l. 2. nu. 71. & ibid. Pinel. in 2. par. c. 1. nu. 36.

Probatur hęc sententia. Primò, quia l. 2. non distinguit, immò, absque dubio locum habet, etiam quādo primò aliquis uendit, deinde ex interuallo tradit, quo casu videtur esse duplex consensus in venditore.

Secundo probatur. Quia semper eadē ratio humanitatis & ęquitatis uiget, suadetq; vt uenditori succurratur.

Tertio. Quoniam nihil aliud efficere potest consensus sępe præstitus, nisi ut præsumatur maior deliberatio, maturiusq; consilium. Quę quidem præsumptio cessat ob insignem læsionem, ex qua constat venditorem deceptū fuisse; immo vero talis consensus multiplicatio obstare non potest, licet dixerimus, eā habere uim renunciationis dictæ l. 2. siquidē, vt superius probauimus, generalis renunciatio non facit, quo minus cōpetat actio ex d.l. 2.

Quæ responsio valet ad omnes regulas, quæ afferuntur de ui & efficacia geminationis.

Sanè afferri solet pro contraria sententia Bart. doctrina ad l. Iulianus, §. si quis colludente, ff. de empt. Sed nihil obstat. Loquitur Bar. de contractu celebrato cum procuratore colludente, & ait agi posse, vt dominus approbet, vel reprobet contractum, si approbetur, cessare docet in integrum restitutionem. Rectè. Sed nō ad rem nostram, neque enim nos versamus in ea specie, qua uenditori grauiter decepto illa detur optio, vt uel contractū approbet, vel propter læsionem rescindat, ita vt si approbauerit, adhuc contendamus locum esse rescissioni. De hac specie nostra non est disputatio. Vnde Bartoli doctrina nihil obstat, quæ in dubium reuocari etiam potest, ex traditis per Pinel. ad l. 1. in 3. par. nu. 36. C. de bonis mat.

CAPVT XXII.

Quatuor aliæ Controuersiæ proponuntur in eadem materia.

NOn desunt & aliæ controuersiæ de eadē materia, quas ordine tractabimus. Et inprimis illa occurrit, an post tempus locationis expletum, si cōductor se grauiter & vltra dimidiam læsum animaduertat, an ad instar eius beneficij, quod venditoribus est cōcessum, [illegible] possit in eo, vt iustam tantum pensionem locatori præstare cogatur, vel solutam repetere, quatenus iustam quantitatem excedit.

Decius in consi. 583 col vlt. respondit, conductori nō esse succurrendum, quoniam constitutio d.l. 2. ad eam speciem adaptari non potest, in qua contractus est iā per se rescissus & finitus.

Contrarium docuit Pinel. in d.l. 2. in par. 1. cap. 3. post nu. 18. & huic sententiæ promptius accedo, existimoq; pro conducente sic læso, summam ęquitatem pugnare, vt adiuuetur ex ijs legibus, quibus passim contrahentibus grauiter deceptis ac læsis succurritur, l. si superstite, C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff de verb. obl.

Huc accedat quod inter omnes conuenit, eam constitutionem d.l. 2 ad contractum locationis extendi, vt per Alex. in cons. 107. nu. 20. lib 3. Cagn. in d.l. 2. num. 58. & vt facere tex. in l. 1. § sed si emerit, in fi. ff si quid in fraud. patr. ex quo idem colligit Robertus lib. 2. animad. c. 14.

Non obstat illa ratio, quod verba dictę legis in hac specie non conueniant, neque enim cō tendimus eius solius legis opem implorandam, sed ex æquitatis ratione, qua illa lex nititur, & id genus aliæ, probamus subueniendū esse conductori, nec immoderatum lucrum locatoris tolerandum esse defendimus.

Sed maior est difficultas, vtrum in emphyteutico contractu, idē iuris statuendū sit, vt nempe domino, vel emphyteutę vltra dimidiam læsis, ac deceptis succurratur.

Triplex est doctorum sententia; prima est, eam legem locum habere in cōtractu emphyteutico. Authores sunt Spec. ti. de locato § nunc aliqua, q. 90. Bart. ad d.l. 2. nu. 6. & ibi etiam Bal. Castr. nu. 14 Salic. nu. 8. idem Bar. in Authent. qui rem, in fi. C. de sacrosanctis ecclesiis, & in cōsil. 387. lib. 2. Panorm. in c. cum causa, nu. 8. de empt. & vend. Roman. in l. si quis cum aliter, num. 19. ff. de verb. oblig. Papiensis in forma libelli ad ficti præstationem, in fi. petr. Rebuff. de rescis. contract. artic. unico. glos. 15. nu. 112. Fab. de Monte, de empt. & vend. q. 8. num. 14. Pinell. ad d.l. 2. C. de rescind. vend. par. 1. c. 3. post nu. 35. & ibid. Cremensis, nu. 38.

Fundamentum huius sententię potissimū stat in eo, quod ex cōi doctorum sententia constitutio d.l. 2. porrigatur etiam ad contractum locationis, cui affinis est emphyteuticus contractus, vt in § adeo, in Instit. de locato.

Secunda est sententia, non esse locū dictæ l. 2. in contractu emphyteutico, ita Spec. sibi contrarius, ti. de feud. §. nunc uidendum. Bal. ad Rubr. C. de iure emphyteutico, col. vlt. Ias. ad l. 1, nu. 75. C. eo. tit.

Huius sententię fundamentum est, quia emphyteuta canonem præstare tenetur domino, licet res emphyteutica ex parte perierit, vt in l. 1. C. de iure emphyt. Quare dn̄a conqueri non debet ob eam causam, quod modica sit pensio quę præstatur pro re in emphyteusim data, cū emphyteuta dicto subiaceat periculo, & sic contractum sub prætextu læsionis rescindere non potest.

Tertia est opinio distinguentium in hunc modū, vt in hoc contractu emphyteutico locus sit cōstitutioni d. l. 2. considerata ęstimatione rei in emphyteusim datę, nō absolute, sed respectu iuris emphyteutici. Neque enim dominiū rei in emphyteutam transfertur, quare nec in læsione cognoscenda in æstimationem venire debet, sed duntaxat dominium quod vocant vtile, ita post Imolā & Butrium tradit Cepolla, de simulatione contract. in primo casu. Sequitur Ant. Gabr. commun. conclus. titu. de empt. & vend. concl. 1. num. 77.

Sed hæc sententia eadem esse mihi videtur cum priore. Inter omnes enim conuenit ita rationem esse ineundam, cum de læsione agitur in hoc contractu, vt non ipsa rei æstimatio in quæstionem deducatur, sed duntaxat iuris emphyteutici ratio habenda sit. Quare hæc sententia non uidetur esse distinguenda à priore.

Est igitur tertia sententia verè distincta & differēs ab alijs, Antonij Burgensis, in c. cum causa, nume. 13. & 14. de empt. & uend. Aut emphyteuta præstare tenetur domino

mino rei pensionem magnam, fructibus percipiendis respondentem, & ferè æquiualentem, & tunc quoniam ad instar conductoris esse videtur, beneficium habet d. l. 2. sicuti cæteri conductores habent: aut exigua quædã pensio præstatur, vt plerumque fit, in cognitionem domini, & tunc quia res in emphyteusim datur sterilis, plerumque, vt melior reddatur, de lęsione tractare non debet, nec potest ex parte domini, nec ex parte emphyteutæ. Eandem sententiam secutus est Cagn. in d. l. 2. nu. 203. & seq. quibusdam alijs casibus adiectis.

Ego in eam sententiam sum procliuior, vt aliquo pacto subueniendum sit emphyteutæ, vel domino, si grauiter, & immoderate in emphyteusi danda, uel subcunda læsi fuerint ac decepti, ratione uidelicet habita ęstimationis iuris emphyteutici.

Moueor ex legibus sæpè allegatis, quibus cauetur succurrendum esse contrahentibus grauiter læsis ac deceptis, l. si superflue, C. de dolo, l. maioribus, C. commu. vtriusque iudicij. l. si quis cum aliter, ff. de verb. obl.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quoniam dum de lęsione agimus, illud semper intelligimus, vt ratio habenda sit contractus emphyteutici, & omniũ circunstantiarum eius. Quamobrem in læsione statuenda, omnis periculi, quod imminet emphyteutæ, ratio procul dubio habenda erit. Quæ responsio valet ad illud ẽt argumentum, quo dicebatur, de læsione tractari nõ posse, quoties res sterilis ad meliorandum in emphyteusim conceditur pro exigua quadam pensione pręstanda quodammodo in recognitionem dominij. Nam si ratione habita sterilitatis, reliquarumque circunstantiarum memorata tũ lęsio grauissima apparebit, adhuc contendam immodicè læsis ac deceptis esse succurrendum.

Neque huic sententiæ obstat, si dicatur, argumentum sæpè sumi a feudo ad emphyteusin; ex communi vero Doctorum sententia constitutum esse, vt in contractu feudali nulla sit læsionis huiusmodi habenda ratio, teste Cagnolo, in d. l. 2. num. 207. & Pinello ibid. in 1. par. c. 4. numer. 2. quoniam feudum propriè non est contractus, sed beneficium meritò hæc læsionis disputatio ab eo lõgè aliena esse debet, immo & in feudis contractus naturam induentibus, & propriam naturam non seruantibus, in quibus annuus canon pręstari debet, fructib. conueniens, receptum esse videtur, vt hic tractatus læsionis locum sibi uindicet, sicuti copiosè explicant Cagn. & Pinell. locis annotatis.

Tertia est controuersia, vtrum in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorũ locus sit constitutioni dictę l. 2. Et locum non esse dixerunt Dec. in consil. 210. Prob ad Io. Monachũ in c. vlt. de renunciationibus li. 6. Anch. in c. cum causa, nu. 12. de empt. & vend. Imola ibid. nu. 24. Bal. ad d. l. 2. Cremensis ibi. Petrus Rebuff. de rescis. contract. glo. 15. nu. 10. Couar. lib. 1. variar. resol. c. 5. nu. 3. & post nu. 8. vers. Vltima ratio.

Argumenta sunt ista. Primum in beneficijs eclesiasticis, qui permutat, titulum habet à Pontifice, non autẽ ab eo, cum quo permutat, neque enim fieri potest ecclesiasticorum beneficiorum permutatio, sine consensu Pontificis. Ergo in ea locum habere non potest constitutio d. l. 2. quæ loquitur de contrahẽte, qui ab altero contrahente læditur ac decipitur.

Secundo, constitutio d. l. 2. & similium de ijs rebus loquitur, quæ pretio æstimantur, ut patet. Sed beneficia ecclesiastica quæ diuinis vsibus inseruire debent, pretio nũmario æstimanda non esse videntur, ergo cessat in illis constitutio d. l. 2.

Tertio. Non potest is, qui lædit alterum, permutando beneficium ecclesiasticum, id supplere, quod deest iusto pretio, quia incurreret crimen Simoniæ: vt notum est, ergo ad hunc casum aptari non potest dicta constitutio.

Quarto, in huiusmodi rebus spiritualibus ratio duntaxat habenda esse videtur, vtilitatis animarum, non autem commodi pecuniarij, vt merito responderint Rotę Romanæ auditores, decis. 149. in antiquis, beneficiorũ permutationẽ non vitari, eam ob causam, quod unum sit maioris æstimationis altero. Consequenter omnis isthęc disputatio, qui in æstimatione & commodo pecuniario uersatur, ab hac specie procul remouenda esse uidetur.

Contrariam opinionem secuti sunt Cald. in cons. 4. ti. de rerum permut. Ant. Burgos, in c. cum causa, nu. 60. de empt. & vend. Pinellus, in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 16.

Istorum argumenta sunt ista. Primum ex c. cum vniuersorum, de rerum permut. in illis verbis. *Cum igitur deceptis, & non decipientibus iura subueniant*, &c. Et rursus ibi: *Mandamus quatenus si constiterit prætaxatum G. taliter fuisse deceptum, amoto a præbenda sua consanguineo ipsius*, &c.

Secundum argumentum est ex c. ad quæstiones, eod. tit. vbi S. Pontifex consensit, vt in permutatione rerum ecclesiasticarum aliquid pecunia ex vna parte soluatur, quo magis contractus ad æqualitatem perducatur. Ex quo sumi potest argumentum, idem iuris esse concedendum, si ex permutatione grauis aliqua læsio emerserit.

Tertium argumentum est ex eo, quod in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum, ius temporale separari potest a iure spirituali, quatenus scilicet bona ipsa, & eorum fructus æstimãtur. Quare cũ in alijs rebus temporalibus contractus, ex quibus insigniter quis lęditur, vel retractentur, vel ad æqualitatem reducantur, nihil proponi posse videtur, cur & in hac specie idem omnino statuendum non sit.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli in d. l. 2. post nu. 57. distinguẽtis in hunc modũ. Quandoque permutatio beneficiorũ fit, nulla mentione facta redituum ipsorũ beneficiorum, & tunc læsus contractũ rescindere non potest. Quandoque redituum fit mentio, sed falsa, & tũc aditus rescissioni patet. Quandoque prætextu læsionis cõtractus rescissio postulatur ab Ecclesia damnum passa, & rescissioni locus est. Quandoque læsio ex ea contingit, quod alter ex contrahentibus nullum ius habuit in beneficio permutato, & tunc permutatio retractatur, vt in c. cum vniuersorum, de rerum permutatione.

Ego hac in re tres pono assertiones, seu conclusiones. Prima est, si quæratur an in huiusmodi specie locus sit constitutioni d. l. 2. ita videlicet, vt propter læsionem vltra dimidiam contractus rescindi possit, aut iustum pretium suppleri debeat. Respondendum est, locum non esse, quia pretium iustum suppleri non potest absque uitio Simonię, quæ committitur, quoties pecunia datur pro rebus ecclesiasticis & spiritualibus, c. cum essent, c. querelam, c. ex diligenti, de Simonia, c. constitutus, de transactionib. cum alijs vulgaribus. Et probat optimè Couar. li. 1. variat. resol. c. 5. post nu. 8. vers. vltima ratio, ubi etiã optimè respondet ad tex. in c. ad quæstiones, de rer. permut. dicens, eam decisionem tractare de permutatione Ecclesiarum, quoad earũ bona tẽporalia, non quo ad titulum, iuraue spiritualia, ut patet ibi: *Et in permutatione possessionum*. &c. Quo fit, ut de permutatione ageretur possessionum ecclesiasticarum, simpliciter locus esse posset supplemento iusti pretij, & consequenter rescissioni contractus, ex d. l. 2.

Secunda conclusio, si in permutatione dolus vel fraus intercedat, exempli gratia, si quãtitas reddituum expressa fuerit falso & dolosè, locus erit contractus rescissioni ac retractationi. Probatur hęc sententia argumento sumpto ex d. c. vniuersorum, de rerum permutatione.

Tertia conclusio si id eiusmodi permutatione ecclesiasticorum beneficiorum, dolus re ipsa fuerit adhibitus, quia scilicet alter contrahentium insigniter fit læsus ac deceptus, iudicis Ecclesiastici officio incumbet prospicere, vt damnum passo succurratur, cum inter omnes conueniat, eiusmodi contractus ecclesiasticarum rerum bona fide exuberare oportere, c. per tuas, de donationibus, & deceptis subueniendum esse doceat S. Pontifex in d. c. cum vniuersorum.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõden, non esse bonam consequentiam; permutatio fieri non potest absque S. Pontificis authoritate. Ergo permutanti decepto subueniendum non est. Hanc consequentiam destruit tex. in c. cum uniuersorum, de rerum permutatione.

Quod attinet ad secundum argumentum, fateor res spirituales pretio nummario æstimandas non esse, sed hic agimus de rebus Ecclesiasticis, quatenus tẽporales reditus ex eis percipiũtur, qui procul dubio pecunia æstimantur, quod quidem ius temporale separari facilè potest à iure spirituali, sicuti dicebant Anton. Burg. & Pinell. locis annotatis.

Ad tertium, concedo totum argumentum, quia nos quoque dicimus ad hanc speciam non pertinere constitutionem d. l. 2. sed contendimus alijs iuris remedijs succurrendum esse decepto.

Vltimum argumentum nihil obstat, quia, ut iam dictum est in proposita quæstione, spectamus bona & iura temporalia, non aũt spiritualem profectum animarum.

Quartò controuertitur. Vtrum constitutio d. l. 2. porrigenda sit ad omnes contractus stricti iuris. Nam ad cõtractus bonæ fidei propter eandem æquitatis rationem corrigendam esse inter omnes conuenit, sicuti declarat Pinel. ibi, in 1. par. c. 3. in prin. Vide l. maioribus, C. cõm. vtriusque iud. & Cuiac. lib. 13. Obseru. 24.

Sunt igitur qui ea sentient, eam legem porrigendam non esse ad cõtractus stricti iuris, ita Ias. post alios quos adducit ad l. si quis cũ aliter, nu. 18. ff. de verb. obl. & ante eum Castr. in cons. 386. col. 2. lib. 2.

Alij dicebant locum esse in contractibus stricti iuris, condictione indebiti, ad repetendum id quod datũ est; Vel si læsus ac deceptus conueniatur, locum esse exceptioni ex constitutione d. l. si quis cum aliter. Ita Alexan. ibi, necnon Bar. Bald. Castrens. & Salicet. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Ant. Burgos, in c. cum causa, nu. 15. de emptio. & vendit.

Alii deceptũ agere posse dicunt ad pretii iusti supplementum, non autem ad contractus rescissionem. Ita Cagnol. in d. l. 2, nu. 67.

Alii competere læso beneficium d. l. 2. responderunt, ita Pinell. in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 7, 8. & 9.

Ego & probabiliorem & communiorem eorum sententiam esse iudico, qui in contractibus stricti iuris exceptionem ultra dimidiam deceptus, vel indebiti condictionem concedendam esse affirmarunt. Nam quod attinet ad exceptionem, illam esse damnum passo tribuendam, probat euidenter tex. in d. l. si quis cum aliter.

Quod uero danda sit etiam indebiti condictio, probatur hoc argumento: qui exceptione perpetua tutus, soluit per errorem, solutum condicere, ac repetere potest, l. qui exceptionem, ff. de condic. indeb. sed hic deceptus tutus erat exceptione, & per errorem soluit, ergo indebiti condictionem habet.

Illa minor propositio probatur: nam quod exceptione perpetua tutus esset, tam grauiter læsus ac deceptus, probatur ex d. l. si quis cum aliter. Quod vero per errorem soluerit, iuris præsumptione, probatur. Etenim, error potius præsumendus est, quàm donatio, l. cum de indebito, ff. de probationibus præsertim, vbi tanta læsio intercedit, sicut notatur in l. quisquis, C. de rescind. vend.

Respondet Pinell. non bene ad hanc rem applicari l. Qui exceptionem, ff. de cõdic. indeb. quia illa lex loquitur, quoties exceptio competit ab initio contractus. In specie autem nostra, hæc exceptio non cõpetit ab initio contractus, quia contractus nullum euidens uitiũ continet, & læsio probanda est per multa extrinseca media.

Non obstat hæc responsio, quoniam & in quæstione proposita exceptio competit ab initio cõtractus, propter læsionem & dolum re ipsa adhibitum, ut patet ex d. l. si quis cum aliter.

Nec obstat quod contractus suam habeat formam, &

A nullum patens uitium, quia sufficit in ipso contractu læsionem intercessisse, eamq; postea probari. Neque enim probatio facit, vt læsio intercesserit, sed, vt detegatur, eã in ipso cõtractu intercessisse. Nec uero necesse est, vt manifesta sit exceptio ea uitio manifesto exorta, vt locus sit constitutioni, d. l. qui exceptionem.

Porro, non obstat argumentum Pinelli, ad probandũ in proposita quæstione locum habere constitutionem d. l. 2. sumitur enim ex l. in omnibus negociis, ff. de act. & oblig. Nihil enim aliud vult illa lex, nisi in omnibus negotiis contrahendis, siue bonæ fidei sint, siue non, errorẽ interuenientem efficere vt nihil ualeat quod actum est, cum scilicet alter ex contrahentibus unum sentit, alter vero aliud diuersum. At nos minimè versamur in hac specie. Agimus enim de contractibus mutuo consensu celebratis, in quibus nullus error circa rem, vel materiã intercedit, sed dolus duntaxat reipsa, læsio, ac deceptio.

B

CAPVT XXIII.

Rescissa venditione ex remedio l. 2. C. de rescind. vend. an resoluatur hypotheca medio tempore contracta.

CElebris est controuersia inter Bart. & Bald. vtrum hypotheca resoluatur venditione resoluta, ea constitutione l. 2. C. de rescin. vendit. Barto. enim non solui existimauit in l. si res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur, & in l. 4. §. sed Marcellus, ff. de in diẽ addictione, & in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. Sed contrarium docuit Bald. in d. l. 2. nu. 17.

A Bartoli sententia sunt Io. And. in additione ad Specul. Rubr. de oblig. & sol. col. 2. vers. Proposito congruit. Alber. in d. l. 2. col. 4. Anchar. in cap. accessorium, col. 10. vers. Prædictis applico quæstionem, de reg. iur. lib. 6. Alexand. in consi. 45. col. 2. vers. Ad quod pluribus, lib. 5. Cumanus, in d. l. in diẽ ff. de aqua pluuia arcen. Rom. ibid.
C Fulgos. in l. si res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur. Boerius decis. 181. nu. 10. Corasius, ad l. 3. ff. de seruitutibus.

Argumenta uero sunt ista. Quoties contractus resoluitur non necessitate quadam, sed uoluntate emptoris, hypotheca constituta nõ resoluitur, l. si res, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluatur, l. bouem, §. pignus, ff. de ædilit. edicto. Sed hoc in casu emptoris uoluntate resoluitur. ergo, &c. Probatur minor: quia emptor potest rem retinere, venditori soluendo id, quod iusto pretio deest.

Secundo. Ius hypothecæ, quod creditori competit in re vendita, fortius esse uidetur, ac potentius iure personali, quod uidelicet venditor habet in personam emptoris, ut condictione ex d. l. 2. eum compellere possit ad rẽ restituendam. Nam plus cautionis est in re, quam in persona, l. plus cautionis, de reg. iur. ergo non si rescindatur contractus, & res uẽditori restituatur, idcirco hypotheca resoluitur.

D Huc accedat, quod venditor potest rem distrahere, & contra tertium possessorem actio non competit ex d. l. 2. ergo idem iuris esse uidetur, vbi emptor alteri rem obligauerit.

A sententia uero Baldi sunt. Salicet. in d. l. 2. q. 15. Castrens. ibid. nu. 11. Alex. ad Bart. in d. l. si res, Cremensis, in d. l. 2. nu. 189. Cagn. ibid. nu. 120. & in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 199. Alciatus in l. debitori, num. 2. C. de pact. Negusantius de pignor. 1. membro, 5. par. nu. 43. Parisien. in consuet. Paris. §. 22. num. 45. Tiraquel. de retractu conuent. §. 3. glo. 1. num. 12. & ad l. si unquam, in verbo, reuertatur, num. 271. C. de reuocand. donat. Socin. iun. in consi. 119. nu. 16. lib. 2. Pinell. in d. l. 2. parte 2. num. 13.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. lex vectigali, ff. de pignor. in illis uerbis: *Respondit, si (vt proponeretur) vectigali non soluto, iure suo dominus vsus esset, etiam pignoris ius euanuisse.*

Re-

Respondet Bart. in ea specie voluntatem nō intercessisse possessoris fundi, quia vectigal non soluit, scilicet ad id ordinata, vt fundus ad dominum rediret, propterea cōtractu resoluto, pignus etiam euanescit. At in casu nostro, vēditio resoluitur ex voluntate emptoris ad ipsum ordinata, quia potest soluendo id, quod deest iusto pretio, rem retinere.

Hæc responsio mihi non probatur; quia emptor non videtur spontè id facere, fundum enim venditori restituit, atque adeo contractum rescindi permittit inuitus, ne cogatur supplere iustum pretium.

Secundum argumentum. Resoluto contractu ex pacto addictionis in diem, hypotheca resoluitur, l. 4. §. sed Marcellus, ff. de in diem addictione, l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluitur. Ergò idem statuendum est venditione resoluta ex d. l. 2. sicut enim emptor potest impedire rescissionem, supplendo id, quod deest iusto pretio, ita & emptor impedire potest, ne resoluatur contractus, si offerat venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur, l. licet, & l. necesse, ff. de in diem addictio.

Tertium argumentum est. Resoluto cōtractu ex necessitate iuris, hypotheca resoluitur, l. si res, ff. quib. mod. pign. vel hypot. soluitur, l. 4. §. sed Marcellus, ff. de in diē addict. Sed hic resoluitur ex iuris necessitate, quia emptor tenetur aut rem restituere venditori, aut iustū pretium supplere, & cum alterutrum quis facere tenetur, dicitur coactus id facere, l. illud, §. 1. ff de constituta pecunia, l. quæ sub conditione, §. sub conditione, ff. de conditionib. institutionum, ibi. *Ne alia eum vrgeat, &c.* Tiraq. de retractu contang. §. 3 s. num. 67. ergò hypotheca resolui videtur.

Atque huic sententiæ ipse quoque assentior. Ad primum argumentum Bart. respondeo, negando contractū resolui emptoris voluntate, resoluitur enim potius ex iuris necessitate, vt dictum est. Aut certè non resoluitur ex mera emptoris uoluntate, sicuti requiritur, ad hoc, vt hypotheca euanescat, vt in d. l. si res, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. ibi. *Quanquam vbi res sic distracta est, nisi emptori displicuisset, &c.*

Ad secundum argumentum respondeo, dato quod regulariter ius in rem sit potentius, quàm in personā, non tamen eo casu potentius est, cum ipsum ius reale resolutioni obnoxium est, vt in præsenti specie; quia resoluto iure datoris, resoluitur ius acceptoris, vt in d. l. lex vectigali. Adde, quod in præsenti casu ius venditoris læsi videtur esse potētius, quàm ius creditoris, est enim antiquius ius creditoris, & legis auxilio munitum est.

Quòd verò postremò adijciebatur, si emptor rem distraheret, agi non posse contra tertium possessorem, ad hanc speciem nostram minimè pertinet, in qua non de alienatione agitur, sed de hypotheca.

CAPVT XXIV.

Vtrum venditione rescissa ex remedio d. l. 2. res venditori restituenda sit simul cum fructibus ab emptore perceptis.

Controuersia est difficilis, vtrum venditione rescissa ex remedio l. 2. C. de rescin. vend. res venditori restituenda sit, simul cum fructibus ab emptore perceptis.

Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ. Altera affirmat, altera negat. Affirmāt Roffredus de libellis, in 4. parte, in rubr. de action. quanti minoris, nu. 20 Alber. ad d. l. 2. nu. 16. Salicetus ibid. nu. 5. Bald. nu. 5. Afflict. in c. 1. nu. 150. de feudo dato in vicem legis commissoriæ. Emanuel Costa, ad l. Gallus, § & quid si tantum, nu. 72. ff. de liberis & posthumis. Aug. Berous, c. cum dilecti, in fine, & in c. ad nostram, nu. 55. de empt. & vend. qui tamen declarat, ita esse intelligendum, vt fructus restituātur, ratione habita eius, quòd iusto pretio deest. Quod si malit. iustum pretium emptor soluere, eum teneri dicit ad vsuras, respectu eius pretij, quod suppletur.

Hanc eandem sententiam amplexi sunt Io. Lupus, & A Anto. Gomes. in locis à Pinello citatis, in d. l. 2. in 2. par. cap. 4. num. 1 & 2. necnon Couar. lib. 2. uariar. resolut. cap. 3. num. 9.

Argumenta sunt ista. Primū ex l. 1. C. si maior fructus alienationem ratam habuerit, in illis uerbis: *In arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructib. restituere, &c.*

Secundum argumentum est ex l. cum autem, § cum redhiberetur, & ex l. quod si nolit, in fine, ff. de ædilitio edicto. Vbi rescissa venditione per actionem redhibitoriam, fit restitutio rei vnà cum fructibus.

Tertium argumentum est ex l. quod dictum, & ex l. imperator, ff. de in diem addict. ubi similiter venditione rescissa, ex pacto addictionis in diem res restituitur vnà cum fructibus. Idem est ubi uenditio resoluitur ex pacto legis commissoriæ, l. 5. ff. de lege commissoria.

Quartum argumentum est ex l. uideamus, ff. de usur. quo in loco probatur, restitutionem rei, quæ ex iustitia fit, una cum fructibus esse faciendam.

B Quintum argumentum est ex l. filio, §. 1. in fine, ff. de inoff. testam. ubi rescissa institutione hæredis per querelam inoff. testam. bona restituuntur una cum fructibus.

Sextum & postremum est, ex l. quod si minor, 25. §. restitutio, & ex l. patri, 28. §. item ex diuerso, ff de minor. ubi patet, restitutione facta minoris aduersus contractum, fructus quoque restitui.

Cæterùm, negantem sententiam amplexi sunt Cremen. in d. l. 2. Cagnol. ibid. nu. 40. Pinell. in 2. p. c. 4. n. 1. & 2. Fabian. a Monte, de empt. & uend. q. 8. nu. 24. Ant. Gomes. uariar. resol. tit. de contract. c. 2. nu. 24. & cap. 4. nu. 21. Ant. Butrius & Imola, in c. ad nostram, de empt. & uend. & ibid. Ant. Burgen. nu. 36. Cepolla, de simulatione contract. §. 2. Ancharan. in c. peccati uenia, q. 10. de reg. iur. in lib. 6. Syluester Pierius, in uerbo, usura, 2. q. 15. Mantua, lib. 1. Locor. cap. 6. ad finem. Atque huic sententiæ & ipse adhæreo.

Probatur primò ex eo, quòd in ipsa cōstitutione d. l. 2. C mandat Imperator rescissa uenditione rem restitui, de fructibus autem restituendis nullam facit mentionem.

Secundò, quia emptor habet bonam fidem, & iustum titulum, ut declarant Rotæ Romanæ Auditores, decis. 116. in nouis. ergo fructus lucratur, l. Bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin.

Tertiò, quia emptor non est in mora restituendi rem uenditam emptori, antequā is petat contractum rescindi, cur ergo teneatur ad fructuum restitutionem? Facit, quod habetur in l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. ubi emptor ad fructus non condemnatur, nisi ex eo tempore, quo in mora est, rem uenditam restituendi.

Quartò, quia iniquum esse uidetur, ut quis habeat pretium & fructus rei uenditæ, iuxta notata in l. curabit, C. de actio. empt. quare cum uenditor pretium acceperit, non debet etiam fructus consequi, & sibi imputare debet, quod non statim petierit contractum rescindi.

Postremo probatur ex c. ad nostram, de rebus Eccle- D siæ non alienand. in illis uerbis: *Cum tibi fructus percepti sufficere debent pro labore, &c.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respōdeo, legem allegatam loqui de minore 25. annis, læso ex uenditione sine decreto facta, & inconsulto ratificata, de qua specie nostra quæstio non est, sed de minore 25. annis læso.

Ad secundum respondeo, per actionem redhibitoriā omnia in pristinum statū reuerti, & idcirco fructus quoque ab emptore restituēdos. Merito, nam ipse causa est, ut contractus resoluatur.

Ad tertium de pacto addictionis in diem, respondeo, locum esse restitutioni fructuum, cum uenditio est conditionalis, sicut loquuntur leges in argumento allegatę, secus si pura sit uenditio, sub conditione tamen resoluenda, ut in l. 2. & 3. ff. de in diem addic.

Quod uero dicebatur idem esse in uenditione resoluta ex pacto legis cōmissoriæ, ea ratione uitetur, quia uenditio

ditio resoluitur facto, & culpa emptoris, pretium tempore constituto nō soluentis, meritò is ad fructus restituēdos compellitur.

Ad quartum respondeo, argumentum procedere, quādo lex vtitur verbo restitutionis. Illud enim habet plenissimam significationem. Sed in proposita quæstione lex non vtitur restitutionis verbo.

Ad quintum respondeo, in querela inofficiosi testamēti fructuum restitutionem esse faciendam, quæ hæreditas ex die mortis testatoris ad actorem pertinuisse intelligitur, l. eum qui. §. vlt. ff. de inoff. testam. Quæ ratio cessat in proposita quæstione.

Ad postremum respondeo, argumentum loqui de restitutione minorum, de qua nostra non est disputatio.

CAPVT XXV.

Vtrum venditio rescindatur medico ab infirmo facta, si læsio interuenerit, sed non vltra dimidiam. Et nunquid in foro Ecclesiastico venditori læso citra dimidiam, actio detur.

COmmunis est & vera sententia, venditionem ab infirmo Medico factam rescindi posse, licet vltrà dimidiam læsio non interuenerit. Ita docet Panorm. in c. quia plerique, nu. 34. de immunit. Eccl. Ant. Burgos. in c. cum causa, nu. 52. de empt. & vend. Rebuff. de rescis. contract. art. vnico, glos. 15. nu. 44. Pinell. alios citans, in l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. nu. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. medicus, ff. de variis, & extraordinariis cognitionibus, vbi dicitur: *Medicus eum curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per aduersa medicamina inferendo. compulit, vt ei possessiones suas contra bonā fidem ager venderet, inciuile factum præses prouinciæ coerceat, remque restitui iubeat.*

Secundò ex l. archiatri, C. de professoribus, & Medicis, lib. 10. in illis verbis: *Quos etiā patimur accipere, quæ sani offerunt, non quæ periclitantes pro salute promittunt.*

Tertiò, ex l. quisquis, C. de postulando. Sicut enim ea lege prospectum est, ne durante lite inter aduocatum & clientē. huiusmodi promissiones, & conuentiones fiant, ita & inter medicum & ægrotum statuendum esse videtur, ne propter vitæ periculum, facilè ægrotus contrahat, & decipiatur.

Cęterùm, hanc rem aliter acceperunt Regij Neapolitani Consilij Adsessores, vt constat ex Afflicto decis. 123. & Cagnolo, in d. l. 2. nu. 191. Existimarunt enim eo casu contractum esse rescindendū, in quo omnia cōcurrunt, quæ commemorantur in specie d. l. medicus, & tunc demum promissiones non valere medico factas ab infirmo, cum ex publico ærario stipendium habet.

Ego verò, si grauis sit infirmitas, & periculum mortis immineat, communem sententiā amplecti nō vererer, tametsi circumstantiæ supradictæ nō concurrerint, prę sertim, si læsio esset magna, satis enim apparere videtur, ex magna læsione cōcurrente periculo mortis, iniustitia ipsius contractus, timoreq; mortis, & impressione quadam potius, quàm libera voluntate infirmum contraxisse & promisisse, multumque præterea mouet ea constitutio, quæ de aduocato, & cliente loquitur.

Est etiam controuersia, vtrum in foro Ecclesiastico aliquod sit proditum auxilium, quo læsus venditor citrà dimidiam suæ prospicere valeat indemnitati. Petr. Anchar. in Reg. Peccatum, de reg. iur. lib. 6. censuit actionē dari, vbi ex necessitate quadam res vendita est. Idem docuit Ias. in §. sed iste, nu. 107. in inst. de action. Petr. Gerard. sing. 22. Calcaneus, in cons. 27. nu. 28. & nouissimè Martinus Nauarrus in comment. ad cap. nouit, de iudiciis, in 6. notab. sed hanc sententiam impugnat Pinell. ad d. l. 2. in 2. parte, cap. nu. 36. licet in foro conscientiæ illam recipiat.

Ego verò priori sententiæ facilè subscribo, quæ probatur hoc argumento. Iudex Ecclesiasticus de quocunque peccato mortali, cuiuscumque etiam laici cognoscere potest, eo fine, vt cogat peccantem per censuras Ecclesiasticas ad pœnitentiam, c. nouit, de iudiciis. Sed emptor, vēditorem lædens grauiter, licet non vltra dimidiam, mortaliter peccat, ex communi sentētia Theologorum, sicuti deducit optimè Nauarrus loco annotato, ergo compelli potest à iudice Ecclesiastico ad pœnitentiam. Et cōsequenter, ad restitutionem rei, vel ad solutionem iusti pretij.

Nec difficile est ad argumentum Pinelli respondere. Is enim vtitur hoc argumento, quod nusquam iure canonico sancitum sit, aut ciuili, vt actio detur læso venditori, licet necessitate vrgente uendiderit, nisi vltra dimidiam læsio interuenerit, vt patet ex l. non idcirco, C. de rescind. vend. & ex c. ad nostram, de reb. Ecclesiæ non alienan. quem locum subtiliter inducit ad hanc sententiam confirmandam, in dictis commentariis ad l. 2. par. 2. cap. 4. num. 27.

Respondeo, nullam actionem ordinariam esse constitutam. Cæterum, per viam denunciationis Euangelicæ, vt dicitur, rectè probatur, succurrendum esse venditori læso. Cui argumēto responsum nullum attulit Pinellus.

CAPVT XXVI.

Vtrum transactio rescindi possit ob læsionem vltra dimidiam.

NOn est omittenda celebris controuersia, quę & ab hoc tractatu non est aliena, vtrū transactio rescindi possit propter læsionem vltra dimidiam. Et quidem rescindi non posse dixerunt glos. Io. Andr. Anchar. & Barbatia, necnon Innocent. in c. cum causa, de empt. & vend. glos. in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Specul. tit. de empt. & uendit. § nunc dicendum, uers. Quid de transactione, Cyn. Sali. & Bald. ad l. 2. C. de rescind. uend. Iason, Alex. & Aret. ad l. si quis cum aliter, ff. de uerb. obligat. Guido Papæ Singul. 376. Curt. sen. consi. 65. Panorm. in consi. 12. lib. 2. Barbatia in cons. 41. lib. 1. Corneus in cōs. 11. lib. 3. Alex. in cons. 42. lib. 3. & 118. lib. 7. Ruyn. consil. 132. nu. 3. lib. 1. Decius in cons. 216. nu. 4. Gomes. ad regulas Cancellariæ, de annali possessore, q. 2. Grammaticus decis. 66. num. 47. Parisius in cons. 96. nu. 61. lib. 1. Berous in cons. 176. num. 25. lib. 1. Zasius in consil. 18. lib. 1. Socin. iun. in cons. 32. lib. 1. & in cons. 32. lib. 3. Alciat. in cons 124. nu. 3. & 89. nu. 4. Cranetta cons. 151. no. 26. Afflict. decis. 220. Alba, in cons. 15. Roland. in cons. 28. n. 25. lib. 4. Io. Mauritius de restit. in integr. c. 210. Cotta in Memor. in uerbo, Venditor, Andreas Gcyll, lib. 2. Obseru. 70. Menoch. in cons. 401. nu. 157. lib. 5. Plotus in cōs. 32. Tiraq. de retrac. §. 24. glos. 9. nu. 107. Accedit vsus Galliæ, & edictū Caroli IX. latum anno 1562. teste Papon. 2. notar. 9. cap. de exceptio.

Argumenta sunt isthęc. Primum ex l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. ibi: *Postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hæreditate fuisse. Quæsitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit. Respondi secundum ea quæ proponerentur, si non transactum esset, posse.*

Secundum est ex l. sub prætextu instrumenti, C. de transactionib. ubi dicitur, transactionem rescindi non posse sub prætextu instrumēti de nouo reperti. Et tamē euenire potest, ut ex instrumento nouiter reperto appareat transigentis læsio ultra dimidiam.

Tertium est ex l. a Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata, ibi: *Rescriptum est non posse amplius quod sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de cætero videtur, quia contentus fuit pignora possidere.*

Quartum ex l. in summa, ff de condict. indeb. in illis verbis: *Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit non repetitur. Nam si lis fuerit, hoc ipsum quod à lite receditur causa videtur esse.*

Quintum argumentum. Transactio, & iuramentum æqui-

æquiparantur. Nam iusiurandum est species transactionis, l.2. ff. de iureiur. sed causa per iusiurandum finita, retractari non potest ob quamcunque læsionem, l. non erit, §. dato, l. nam postea, §.1. ff eod. tit. ergo idem est de causa transactione finita statuendum.

Sextum est ex l. quod si deferente, ff. de dolo, ibi: *Per iusiurandum enim transactum videtur.*

Septimum ex l.1. C. de plus petitionibus, in illis verbis: *Transactionibus scilicet, & secundis confessionibus, etiam in hac specie suam obtinentibus firmitatem.*

Octauum argumentum. Quoties res est dubia, & incerta, læsio allegari non potest, l. de fideicommisso, C. de transactionibus, l. si ea lege, C. de vsuris. Sed euentus litis dubius esse dicitur, & incertus, l. quod debetur, ff. de peculio, ergo ex transactione per quam à lite receditur, læsio allegari non potest.

Postremum argumentum. Transactio, & res iudicata æquiparantur, l. non minorem, C. de transact. sed res iudicata non rescinditur ex quacunque læsione, si contra ius litigatoris lata sit, non autē contra ius constitutionis, l.2. C. qn̄ prouocare non est necesse, ergo nec transact.

Sed contrariam sententiam habuerunt Bart. in l.2. C. de rescind. vend. & in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Cast. Angel. & Imola ibidem, Decius in cons. 60. nu. 4. & 597. nu. 16. Socin. sen. in cons. 85. nu. 3. lib. 1. Cardinal. Butr. & Ant. Burg. in cap. cum causa, de empt. & vend. Fabian. à Monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 13. Rubeus Alex. in cōsil. 71. num. 8. Petr. Rebuff. de rescis. contract. art. vnico, glos. 15. num. 18. Socin. iun. in cons. 129. num. 48. lib. 1. & cons. 98. nu. 17. lib. 2. Cagnol. in l. 1. num. 29. C. de pact. Alios citant Gabrielius commun. concl. tit. de empt. & vend. conclus. 1. num. 68. & Pinell. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in 1. par. cap. 4. num. 14. denique Rota Romana, ut patet ex nouissimis decisionib. in 1. par. decis. 102. nu. 2.

Argumenta duo sunt potissimum. Primum ex l. si superstite, C. de dolo, in illis verbis: *Sane, si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiā, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Secundum est ex l. in summa, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, & repetitio datur.*

Non desunt, qui ea distinctione vtantur, vt si læsio lōgè vltra dimidiam acciderit, quam enormissimam appellare consueuerunt, tūc posteriori sniæ locus sit. Prior aūt snia obtineat, vbi læsio est simpliciter vltra dimidiā, quę enormis appellatur, quasi ex læsione enormissima dolus sit præsumendus, argō sumpto ex l. omnes, §. Lucius, ff. quæ in fraudem creditorū. Ita Corneus, in cōs. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacob. Puteū, decis. 230. lib. 1. alios citant Gabrielius, & Pinellus, locis superius annotatis.

Ego eorū sententiæ adhæreo, qui docent, transactionem rescindi posse ex immodica læsione, quam inter omnes conuenit esse eam, ex qua vltra dimidiā quis lęditur.

Mouet me textus in d. l. si superstite; nec probatur eorum interpretatio, qui dixerunt, in ea specie dolū ex proposito interuenisse, quoniam textus loquitur de transactione bona fide interposita. Nihil autem magis contrarium bonæ fidei, est, quàm dolus, & totam vim Imperator ponit in læsione immodica.

Mouet secundò, quod dolus ex proposito, & dolus re ipsa, æquiparari videntur, l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. ibi: *Idem est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habeat.* Vide dominum meum Cephalum, in cons. 405. nu. 27. lib. 3. sed ex læsione vltra dimidiam, dolus rę ipsa apparet, ex communi omnium sententia, in d. l. si quis cum aliter. Tradunt Iason in cōsil. 133. lib. 4. Parisius in cons. 12. nu. 82. in cons. 20. num. 105. & in cons. 89. nu. 68. lib. 1. Socin. iun. in cons. 77. nu. 132. lib. 1. & in cons. 47. nu. 40. lib. 3. Crauetta in consil. 142. nu. 21. & 192. num. 8. Couar. in c. quamuis, 3. parte, §. 4. de pact. lib. 6. Hippoly. Rimin. in cons. 3. nu. 18. lib. 1. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 147. nu. 11. pro qua sententia facit, quod qui cum aliena iactura locupletatur, videtur esse in dolo, l. 1. § an in pupillum, ff. depositi, l. si quis mancipijs, §. vlt. ff. de instit. act.

Ergo idem statuēdum est, ac si dolus ex proposito interuenirer, quo casu proculdubio transactio est rescindenda, l. & eleganter, ff de dolo, l. vlt. C. mandati, l. qui cum tutoribus, §. qui per fallaciam, ff. de transact. cum alijs similibus.

Ad primum argumentū contrariæ opinionis respondeo, in specie d. l. Lucius, §. vlt. læsionem non interuenisse, considerato tempore transactionis. Quod sane considerandum esse indicat text. in l. si voluntate, C. de rescind. vend. illis verbis: *Si minus dimidia iusti pretij, quod fuerat tempore venditionis, datum esset*, idque plurib. confirmat Cagnol. ad d. l. 2. nu. 213. C. de rescind. vend. tempore autem transactionis considerato, nullam intercessisse læsionem, ex eo constat, quod is, cui restituenda erat hæreditas, demonstrare non poterat, plura in hæreditate bona fuisse, quam hæres diceret. Neque enim in promptu erant instrumenta, quibus id poterat elucere, sed postea reperta sūt, vt ibi dicitur. Quare actor in eo iudicio facilè succubuisset. Actore enim non probante, reus absoluitur, l. qui accusare, C. de edendo.

Eadem responsio valet ad secundum argumētum, ex l. sub prætextu instrumenti, C. de transactionibus.

Ad tertium argumentum ex l. a Diuo Pio, §. Si pignora, respondeo, creditorem in ea specie sibi damnum intulisse, quoniam contentus fuit pro credito pignora possidere; item concurrisse iudicialem authoritatē, nec textum aliud dicere, nisi de cętero, quod sibi debetur, creditorem transegisse videri, ideoque amplius, quod sibi debetur, petere non posse.

An autem, si ex eo grauiter lędatur, pactum impugnare valeat, non decidit textus. Quanquam in ea re ita statuendum esse non dubitem, vt quoties iudicialis authoritas intercedit, & simul litigatoris consensus concurrit, nullus amplius querelę locus esse possit. Sibi enim imputare debet, qui sententię acquieuit, cum prouocare, si grauatus erat, posset.

Ad quartum respōdeo, quod habetur in l. in summa, ff. de cōdict. indeb. ad propositam quæstionem non pertinere. Sententia enim illius legis est, repeti non posse, quod solutum est ex causa transactionis, licet nihil deberetur. Verum autem ipsa transactio impugnari posset, ac rescindi, textus non declarat.

Ad quintum respondeo, illud specialiter constitútum esse in iureiurando, quia is, qui illud offert, consentire videtur, vt iurans testis ac iudex sit in causa propria, l. vlt. C. de fideicommiss. quare conqueri non debet, & dāmnum, quod sua culpa sentit, sibi imputare debet, reg. dānum, de reg. iur. lib. 6.

Ad sextum, ex l. 1. C. de plus petitionibus rn̄deo. Non dicit textus. transactionem pp dolum non rescindi, sed quæ dolose gesta sunt, & ex tota, transactione purgari.

Ad l. si deferente, ff. de dolo, respōdeo vt ad quintum argumentum.

Ad octauum respondeo, conclusionem nostram intelligendam esse, quando dubio euentu litis perpenso, & omnibus alijs circumstantiis examinatis, de læsione vltrà dimidiam constat.

Ad postremum respondeo. Hęc esse dissimilia, quia in sententia litigator lęsus, ordinarium habet appellationis auxilium, quo si non vtatur, sibi imputet.

CAPVT XXVII.

De venditione facta ad corpus, & ad mensuram, Controuersia duæ.

INter omnes constat, venditionem ad mensuræ modum iudicari, vt doctores nostri loquuntur, si incipiat à mensura. Ad corpus autem videri, si à corpore incipiat, ex responso Oldradi 197. ex qua distinctione plura sequuntur, quę doctores tractant, vt patet ex Co-

uar.

uar. practic. quæst. c. 4. & ex Arrio Pinello, ad l. 2. C. de rescind. vendit. in 2. p. c. 2. nu. 7.

Cæterum, de duobus est controuersia. Alterum est in ea specie, in qua à corpore venditio incipit, sed statim mẽsuræ modus exprimitur, vt, vendo tibi fundum Sempronianum decem iugerum, his definitum ac distinctum limitibus, pretio centũ aureorum, eiusmodi venditionẽ ad corpus censeri factam, & consequenter, si maior sit mẽsuræ modus, id emptoris lucro cedere, respondit Carol. Ruyn. in cons. 83. lib. 1. & cum eo Parisius in consil. 64. lib. 1. necnon Socin. iun. in cons. 42. lib. 2. & hos secutus Couar. pract. quæst. c. 3. n. 2. vers. Quarta species proponitur. Sed contrarium respondit Curt. iun. in cõs. 141. & cum eo Dec. in cons. 500. quib. adstipulatur Cagnol. ad d. l. 2. C. de rescind. vend. nu. 182.

Alterum est, in ea specie, qua venditio ad corpus facta est, si minor mensuræ modus reperiatur, vtrũ id emptoris damno, an autem venditoris cedat, vt propterea pretium diminuendum sit. Nam pretium diminuendũ esse, & sic emptorẽ tantò minus soluere oportere, scriptũ reliquit Paul. Castr. in l. si seruum, §. si modus, ff. de act. empt. Socin. iun. in d. consil. 42. num. 21. lib. 2. & post eos Couar. loco paulò ante citato post nu. 7. sed contrarium respondit Cornens, in cons. 59. lib. 4. Boerius decis. 50. nu. 6. Pinell. ad d. l. 2. in 3. par. c. 2. nu 8.

Quod attinet ad primam controuersiam, prior sententia utitur his argumentis. Primum est ex eo, quod venditio hoc in casu à corpore incipiat, & licet mensuræ modus adijciatur ante confinia, nil tamen refert, quia secundum iuris ordinem est perinde, ac si diceretur: Vendo tibi fundum Sempronianum, his designatum confinib. tot iugerum, quo casu secũdum Oldradi distinctionem communiter receptam, in d. consil. 197. venditio dicitur esse facta ad corpus.

Secundum argumẽtum est ex l. si venditor, ff. de act. empt. ibi. *Peculium eum habere decem*, &c. *& si plus habet totum præstet*, &c.

Tertium. Qui fundum vendit, totũ vendere intelligitur, argũ l. si in rem, 6. & ibi glo. in uerbo totam, ff. de rei uend. ergo, si exprimat mensuram, & quantitatẽ iugerũ, non idcirco taxare uidetur, seu limitare uenditionem.

Quartum est ex l. qui fundum, ff. de euict. ubi Alphenus, *Qui fundum*, inquit, *tradiderat iugerum centum, fines multo ampliores emptori demonstrauerat. Si quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præstãdum ait, quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.*

Posterioris autem sententiæ argumenta sunt ista. Primum est ex eo, quod hæc uerba, *Vendo fundum Sempronianum decem iugerum*, uidetur (ut cum nostris doctoribus loquar) accipienda esse restrictiuè, non autem demonstratiue, argumento text. in c. cum capella, de priuileg. & eorum, quæ ibi notant Butr. & cæteri, & de genitiui natura doctores, ad rubr. de operis noui nunciatione. Consequenter, uenditio in hac specie intelligitur esse facta ad mensuram, nempè, decem iugerum, nõ pluriũ.

Secundum argumentum est ex l. locus, ff. de uerb. signif. ubi dicitur, quamlibet partem fundi, dici posse fundum. Igitur ea pars quę numerum iugerum, à contrahẽtibus expressum excedit, uidetur esse fundus minimè comprehensus in uenditione.

Tertium. Secundum regulas uulgares præsumendus est potius error, quam donatio, l. cum de indebito, ff. de probatio. ergo, si maior sit numerus iugerum, quam exprimatur, error potius est præsumendus, quam donatio.

Quartum est ex traditis per Imolam, in c. per tuas, de donation. ubi dicit in donatione, & alijs causis lucratiuis recipiendam esse Oldradi distinctionem. Cæterum, in uenditione rationem habendam esse mensuræ, & iuxta eam pretium esse moderandum.

Quintum argumentorum. Hæc uẽditio uidetur esse facta ad mensuram, quia statim exprimitur mensuræ modus, uidelicet, quantitas iugerum, & quidem ante confi-

A nium expressionem, secundum receptam Oldradi distinctionem.

Sextum argumentum. Nisi hæc venditio facta esse ad mensuram censeatur, frustra videbitur expressus mensuræ modus. Non sunt aũt ita verba contractus accipiẽda, vt frustra adiecta esse videantur, iuxta celebre, & vulgatum dictum Bald. ad rubr. C. de contrah. empt. q. 9.

Postremum argumentum. In obscuro venditio censeri potius debet facta esse ad mensuram, quàm ad corpus, quoniam id contrahentibus minus præiudicat, argumẽto l. semper in dubijs, de reg. iur.

Nec obstat si dicatur, pretium constitutum esse, non in singula iugera, sed vnicum pro toto fundo, quia id nõ facit, quò minus venditio sit ad mensuram facta, argum. l. quod sæpè, §. pen. vers. Sed etsi ex Dolcario, ff. de cõtrahen. empt. ibi: *Nec interest, vtrum pretium, omnium centum metretarum, simul dictum sit an in singulas eas.*

Mihi videtur istis non obstantibus prior sententia probabilior, idque potissimum ex l. si duorũ, ff. de act. empt.
B agit ibi Iurisconsultus de venditione, ad eum fermè modũ constituta, qui nunc proponitur, & subijcit hæc verba: *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quã alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet.*

12 Quòd venditio in ea specie similis fuerit huic nostrę, ex eo patet, quòd fundi venditi fuerunt vno pretio, & simul numerus iugerum fuit designatus. Verba hęc sunt: *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusq; pronunciauerit, & ita vtrumque vno pretio tradiderit*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, genitiuũ hoc in casu non restringere, quia voluntas venditoris ea fuisse videtur, vt totus fundus censeatur venditus, qui intra cõfines expressos est. Vnde illa uerba stant demonstratiuè, sicut & in specie d. l. si duorum.

Ad secundum argumentum respondeo, negando consequentiam, quia quantitas iugerum excedens numerũ
C expressum, censetur comprehensa in uenditione totius fundi, & considerari debet ut pars fundi, non autem ut separatus fundus, cum sit intra confines expressos.

Ad tertium, concedo totum argumentum, sed dico, expressionem erroris emptori prodesse hoc in casu, quia totum corpus emit, & sibi venditor imputare debet, qui non distinctè in singula iugera pretium constituerit.

Ad quartum respondeo, rationẽ habendam esse mensuræ, quoties uenditio ad mensuram fit, secus si ad corpus fiat, ut in casu nostro, neque id negare Imolam, nec negauit loco allegato.

Ad quintum respondeo, non esse hanc uenditionem ad mensuram, quia incipit à corpore, & licet iugera exprimantur ante confinia, nil refert, quia unicum pretiũ pro toto fundo est constitutum.

Ad sextum respondeo, non frustra exprimi mensuræ modum à uenditore, quoniam ea expressio facit, ut contrahentes de pretio facilius conueniant.

D Ad ultimũ rñdeo, rem nõ esse obscuram, sed satis apparere mentem contrahentiũ, & mentẽ etiã iurisauthorum de hac ipsa specie, ut ex d. l. si duorũ, ff. de act. empt.

Quod attinet ad alteram controuersiam, fundamẽtũ eorum, qui dicunt, totam hanc rem cedere damno, uel commodo uenditoris, illud est, quia inter contrahentes seruanda est ęqualitas, l. 6. ff. de periculo, & cõmodo rei uend. quare cum ita constitutum sit, ut si maior sit mensuræ modus, id ad emptoris compendium pertineat, sicut dicit text. in d. l. si duorum, sequitur dicendum, si minor modus reperiatur, id pertinere debere ad dispendiũ eiusdem emptoris, quia scilicet totum nihilominus pretium constitutũ, & promissum uẽditori pręstare teneatur.

Sed posterior sententia mihi uidetur euinci ex duab. legibus, nempe, ex d. l. si duorũ, in illis uerbis. *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet, & tunc tenetur venditor, cum minor modus inuenitur.* Hęc

postre-

postrema verba decidunt hanc quæstionẽ, & ex l.si venditor hominis, ff.de act. empt. vbi venditor hominis dixit, eum habere peculium decem, & se nihil ablaturum, (hæc verba videntur importare quodammodo venditionem ad corpus,) *& si plus habet*, inquit textus, *totum præstet, sin minus, præstet esse decem*. A

Huius aũt rei ratio reddi potest, quia is, qui vendit, verisimiliter magis nouit agri sui modum, q̃ is, qui emit, vnde si minorem modum exprimat, cum maior esset, id sibi imputare debet, qui scire debuerat maiorem esse. Si verò maiorẽ exprimat modum, q̃ re vera sit, non est quòd emptori culpa ascribatur, qui putauit tot iugera esse, ideoque eam pretii quantitatem promisit, non daturus fortasse, si non esse tot iugera existimasset.

Ad argumentum contrarię opinionis responsio patet ex prędictis, etsi enim ęqualitas seruãda sit inter contrahentes regulariter, hic tamen dispar ratio, quæ est inter empt. & vend. contrariũ suadet. Emptor enim ad emendum est inductus eo pretio, quia putauit fundũ esse tot iugerũ, unde si nõ sit tot iugerũ, pretiũ est diminuendũ. B Quòd si plura iugera cõtineat, de se conqueri venditorẽ oportet, cur ita, eoq; pretio uniuersum fundũ distraxerit.

CAPVT XXVIII.

De venditione facta datis arrhis, quid iuris, si alter ex contrahentibus promissa non exequatur.

VEnditione pfecta, & arrhis datis, emptor, seu uenditor recusat implere promissa, quæstio est quid iuris? Sunt qui dicant, eum amissione arrhatum mulctãdum, uel si eas acceperit, dupli restitutione, & simul etiam condemnandum in id, quod interest alterius. Ita Cyn. & Albericus, ad l.contractus, §.illud, C.de fide instrum. quorum fundamentum est, quia leges dicunt, si res uendita non tradatur, id, quod interest, præstandum esse, l.1.ff.de act.empt. l.si traditio, C.eod.tit.

Quòd verò de arrharũ amissione, uel restitutione dictum est, iure constitutum reperitur, ut patet ex d.l.contractus, §.illud, & ex §.1.in instit. de empt.& uend.

Alij uerò docent in id, quod interest, actionem cõpetere hoc in casu, sed in ratione eius, quod interest, cõpensandum quod arrharũ nomine datur, ita Bart. & Cast. in d.l.contractus, §.illud, Ang. Aret. in §.1. in inst. de empt. & uend. idem Bar. ad l.1.§.unde quæritur, ff.de publicanis. Fab. à Monte, de empt.& uend. in 5.q. prine. nu.70.

Fundamentum est in l.prędia, ff.de act.empt. & in l.si quis à socio, ff.pro socio, quibus in locis probatur, si contrahentes stipulati sint pęnam, peti tamen posse id, quod interest, nisi tantũdem in pęna sit, quantum interfuit stipulatoris. Igitur & in hac specie uidetur esse idẽ statuendum ac respõdẽdum, quasi arrhę pręstatio sit loco pęnę.

Sed mihi magis probatur eorum sententia, qui docẽt hoc in casu ad id, quod interest, actionem non esse dandam, sed arrhas datas amitti, aut duplum reddi oportere, D ita Salicet. in d.l.contractus, §.illud, Ant. Gomes. uariar. resol. iuris, tit.de empt. & uend. nu.18. Vealricus Zasius lib.2.sing. respons. cap.24.

Probatur hæc sñia ex §.1. in instit. de empt. & uend. *Ita tamen*, inquit, *impunè eis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto, siue in scriptis, siue sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si verò venditor, duplum restituere compellitur*. Idem habetur in d.l.contractus, §.illud.

Et cum iis legibus specialiter in proposito casu decisum sit, & satis clarè, quid statuendũ, non puto interpretatione, ac disputatione hanc rẽ in dubiũ reuocari posse.

Nec me ab hac sententia abducit, quod alibi legib. ita constitutum sit, ut id, quod interest, præstetur. Neque enim loquuntur leges de eo casu, quo arrharum nomine aliquid datum est.

A Quòd uerò dicitur, de stipulatione pœnali, diuersam rationem habet; pœnæ enim stipulatio interponitur loco eius, quod interest, ut scilicet cum difficilè sit probare id, quod interest, saltem pęnam stipulator consequatur.

Quòd si id, quod interest, pluris sit quàm pœna, nihil prohibet peti posse id, quod pluris interest, eo scilicet cõpensato, quod pœna continet.

Cæterũ, ubi aliquid arrhæ nomine datur, ex eo manifestè apparet, contrahentium eam fuisse mentem ac uoluntatem, ut id tantum amitteretur, uel duplum restitueretur. Et cum hæc sententia moribus iam recepta sit, non puto ab ea esse temerè recedendum.

CAPVT XXIX.

Si per procuratorem res vendita fuerit, an rescindi contractus possit ob læsionem citrà dimidiam, & quid si læsio citrà dimidiam contingat in æstimatione rei in dotem datæ.

B

QVod attinet ad primum, non est eadem omnium sententia. Nam contractum esse rescindendum Bartolus censuit, non tamen id planè affirmans, in l.societatem, §.arbitrorum, nu.25. ff.pro socio. Paulus Castr. in l.2.nu.5.C.de rescind.uend. Ant. Butr. in c.Quintauallis, de iureiur.

Et fundamentum est, quia arbitri læsio dicitur esse enormis, quoties in sexta parte est, ut probatur ex d.§.arbitrorum, iuncto principio legis, & l.unde & Nerua, ff.eo.tit. ergo & in procuratore idem respondendum uidetur.

Alij dixerunt, id ita constituendum esse in procuratore constituto ab homine, secus autem in legitimo procuratore & administratore. Ita Aret. in cons.126. & Ant. Gabr. comm. concl. tit.de empt.& vend. concl.1.nu.28.

Cæterùm, hanc sententiam & priorem etiam falsam esse ostendit, l.si voluntate, C.de rescind.vend. ex qua adducor, vt eorum sententiæ magis adhæream, qui negant C contractum rescindi posse, nisi læsio vltrà dimidiam probetur; quæ sententia est etiam frequentioribus suffragijs munita. Ita enim censuerũt Alex. in l.si quis cum aliter, num.18.ff.de verbor oblig. Panorm. in c.cum causa, de empt.& vend.& ibi etiam Anton. Burg. Aret. in d.consil.126. Cagnolus ad l.2.nu.166.C.de rescin.vend. & ibi Pinellus alios citans, in 2.par.c.1.nu.15.

Et manifestè probatur ex d.l.si voluntate. Nam in ea specie filius nomine matris fundum vendidit, vt habetur in principio legis, & textus in fine dicit, vẽditionem factam nõ rescindi, nisi minus dimidia iusti pretij, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.

Nec valet argumentum ab arbitro sumptũ, quia procuratori modus agendi, & contrahendi præscribi potest, arbitro verò nequaquam. Et qui ignarũ, ac imprudentẽ eligit procuratorem, sibi imputare debet, l.cum mandato, §.vlt. ff.de minor. non idem est in arbitro, quẽ vt bonum virum quis elegit, vnde si grauem inferat læsionẽ, D meritò ad boni viri arbitrium recurritur.

Quòd verò ad alteram quæstionem attinet, sunt qui putent, succurrendũ esse coniugi damnum passo circa rei dotalis ęstimationem, licet infra dimidiam sit damnum. Ita Imola, in c.cum dilecti, nu.16 de empt.& vend. Ant. Burg. in c.cum causa, n.48.eod.tit. Bald. Nouellus de priuileg. dotis, par.7.priuil.35. Afflict. decis.270.nu.3. Cremen. ad d.l.2.nu.168. & multi alij, quos refert & sequitur Pinellus ibi, par.1.c.1.nu.9.& num.18.& Ant. Gabr. commu.concl.tit.de empt.& vend. concl.1.nu.33.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.iure succursum, ff. de iure dot. *Si in dote danda*, inquit, *circumuentus sit alteruter, & maiori annis vigintiquinque succurrendũ est, quia bono, & æquo non conuenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum*.

Secũdum est ex l.si res æstimata, §.1.ff.eodem: *Si mulier*, inquit, *se dicat circumuentam minoris rem æstimasse, vt puta seruum, si quidem in hoc circumuenta est, quod seruum*

num dedit, non tantum in hoc, quòd minoris æſtimauit, in eo actur am, vt ſeruus ſibi reſtituatur. Enimuerò, ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, virū iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet.

Tertium eſt ex l. ſi circumſcripta, C. ſoluto matrimonio: *Si circumſcripta*, inquit, *matre veſtra viliore pretio dotales res æſtimatæ ſunt, quid ſuper huiuſmodi contractuū vitio ſtatutum ſit, vulgò patet.* Et paucis interiectis verbis: *Sin autem*, inquit, *etiam maritus in æſtimatione grauatum ſe alleget, veritate examinata, non amplius, quam pretium iuſtum reſtituere compellitur:*

Cæterùm, læſionem vltra dimidiam requirunt in hac ſpecie Fulgoſ. in d. l. 2. nu. 2 & 4. Salicet. in d. l. ſi res æſtimata, §. 1. Rebuff. de reſciſſ. contract. art. vnico, gloſ. 15. nu. 13. Cagnol. in d. l. 2. nu. 63. duobus argumentis.

Primum ex l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. & alijs legibus ſimilibus, quibus vltra dimidiam læſio requiritur, vt contractus reſcindatur.

B Secundum argū eſt ex eo, quòd contrahentibus licet ſe inuicem decipere in pretio, l. in cauſæ, 17. § idem Pomponius, ff. de minoribus, l. item ſi pretio, §. vlt. ff. locati.

Ad leges allegatas in contrarium reſpondent, eas eſſe intelligēdas, vbi læſio eſt vltra dimidiam, vel cum dolus interuenit, vt innuit illud verbum, *circumuentus, & circumſcriptus*, argumento l. 1. ff. de dolo, in verſ. *Circumſcribendum*.

Sed mihi prior ſententia longè probabilior videtur: Tum quia memoratæ leges quibus nititur, nullam læſionis vltra dimidiam mentionem faciunt: Tum quia ratio legum, quòd ſcilicet iuſtum non ſit, ſiue bono, & æquo non conueniat, vt alter locupletetur cum alterius damno, locum habeat, etiam in læſione citra dimidiam. Tum ex eo denique, quòd d. l. ſi circumſcripta, loquitur ſimpliciter, vbi maritus in æſtimatione ſe grauatum allegat.

Nec obſtat verbum illud, *Circumſcripta*, quia læſionē ſignificat etiam abſque dolo, l. in cauſæ, §. penult. ff. de minorib. l. item ſi pretio, §. vlt. ff. locati, & conſequenter etiā
C illam, quæ dimidiam non excedit.

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quia quod in alijs conſtitutum ac permiſſum eſt, non eſt ad coniuges trahendum, inter quos maximè locus eſſe debet ſinceræ ac bonæ fidei, omni auaritia ac deceptione, ſeu læſione penitus remotis.

CAPVT XXX.

An venditor præcisè teneatur rem tradere, cum tradendi facultatem habet.

COmmunis eſt ſententia, venditorem præcisè compelli ad tradendum rem venditam emptori, cum tradendi facultatem habet, ita gl. Bart. & Caſtr. ad l. 1. ff de act. empt. Alex. Dec. & Iaſ. ad l. certi condictio. ff. ſi cert. pet. Fab. à Monte, de empt. & vend. in 6. q. prin. nu. 38. necnon alij, quos refert & ſequitur Pinel. ad l. 1. C.
D de bo. mat. p. 3. num. 26. quibus addi poteſt Couar. lib. 2. var. reſol. cap. 19.

Argumēta hęc ſunt. Primum ex l. ex empto, ff. de act. empt. ibi: *Venditorem oportet rem præſtare, id eſt, tradere.*

Secundum ex §. perficiuntur, in inſtitut. de donat. ibi: *Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio, eas etiam habere in ſe neceſſitatem traditionis voluit.*

Tertium ex §. pretium, in inſtit. de empt. & vend. ibi: *Omninò tradatur, &c.*

Quartum ex l. fiſtulas, §. fundum, ff. de contrah. empt. & ex l. magis puto, §. ſi pater, ff. de reb. eor. &c. Quibus in locis habetur, rem venditam tradi oportere, & idcirco à minore, & à tutore, nullis etiam adhibitis ſolemnibus, traditionem fieri poſſe.

Quintum ex l. qui reſtituere, ff. de rei uendic. ubi qui reſtituere condemnatus eſt, præcisè compellitur.

Sextum. Aliud pro alio inuito creditore ſolui nō poteſt, l. 2. ff. ſi cert. petat. ſed res vendita debetur emptori,
A ergo illa tradi debet, non autem aliud ipſius loco, inuito emptore.

Septimum. Venditor nō ſolùm tenetur rem tradere, ſed etiam dare, id eſt, dominium transferre, ſi ſit dominus, l. ex empto, ff. de act. empt. l. cum manu ſata, §. ult. ff. de contrah. empt. ergo præcisè compelli poteſt, ſicut is, qui dare tenetur, l. ubi autem, §. ult. ff. de uerb. obl.

Sed contrariam ſententiam ſemper probabiliorē eſſe indicaui, nempe uenditorem præcisè cōpelli non poſſe ad tradendum, ſed hanc neceſſitatem ei incumbere, ut uel rem tradat uenditam, uel id, quod emptoris intereſt, perſoluat, quam ſententiam amplexus eſt olim Ioannes, & ſecuti ſunt Soc. in l. certi condictio, ff. ſi certum pet. & Alciat. ad l. unicam, C. de ſententijs, quæ pro eo quod intereſt, proferuntur.

Probatur. primò ex l. 1. ff. de act. empt. *Si res vendita non tradatur, ad id, quod intereſt, agitur.*

Secundò ex l. ſi traditio, C eo. tit. ubi idem habetur.

B Tertiò ex l. ex empto, §. & ex empto, ff. eod. tit. *Et ex empto* (inquit) *actionem eſſe, vt habere licere emptori caueatur. Sed & vt tradatur ei poſſeſſio. Idem aut non tradentem, quanti interſit, condemnari.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, eas leges intelligendas eſſe, quando uenditor facultatem tradendi non habet. Sed hæc interpretatio meram continet diuinationem.

Quartò probatur ex l. ſi iactum retis, ff. de act. empt. *Si iactum retis emero* (ait tex.) *& captos piſces piſcator nolit tradere, ad æſtimationem rei agendum.*

Nec bona eſt reſponſio, in ea ſpecie agi de obligatione facti, & piſces in conſequentiam uenire, quia principaliter piſces conſiderati fuerunt, ut nempe, quicunque caperentur, emptori tradi deberent, quamquam ſi nihil caperetur, uenditioni factæ locus eſſet.

Quintò probatur ex l. contractus. C. de fide inſtrum. illis uerbis: *Adeò, vt nec illud in eiuſmodi venditionibus li-*
C *ceat dicere, quod pretio ſtatuto, neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere* (nempe, rem tradere, & alia facere, ſecundum naturam uenditionis) *vel id, quod emptoris intereſt, perſoluere.*

Poſtremò probatur, quia in obligationibus facti ſufficit præſtare id, quod intereſt, l. ſtipulationes nō diuiduntur, uerſ. Celſus, ff. de uerb. obl. l. ſi quis ab alio, § ult. ff. de re iudic. ſed uenditor tenetur ad factum, nempe, ad rem tradendam, l. ſi ſtipulatus, ff. de uſuris, l. ſi rem tradi, ff. de uerb. obl. ergo præcisè compelli non poteſt ad tradendū, ſed ſoluendo quod intereſt emptoris, liberatur.

Ad primum argumentum cōtrariæ ſententiæ reſpondeo. Concedo, uenditorem teneri ad tradendum, ut in lege allegata, ſed dico, eum præcisè compelli non poſſe, ſed ſoluendo id, quod intereſt, liberari, ſicut in alijs legibus dicitur.

Et hęc reſponſio ualet ad ſecundum & tertium argumentum, quia eodē modo accipienda ſunt illa loca, nem-
D pe, uenditorem neceſſitatem habere, aut rem tradendi, aut ſoluendi id, quod intereſt emptoris.

Sic & ad quartum reſpondeo: nam concedo uenditorem obligatum eſſe ad tradendum, traditionemq; fieri poſſe abſque ſolemnibus: ſed nego eum præcisè compelli poſſe, ut dictum eſt.

Ad quintum reſpondeo, illam legem loqui de eo, qui condemnatus eſt ad reſtituendum, quæ diſſimilis eſt ſpecies ab hac noſtra.

Ad ſextum reſpondeo, uenditorem aliud pro alio non præſtare, cum ſufficiat, ſi uel rem tradat, uel id, quod intereſt, perſoluat.

Ad ultimū reſpondeo, negando uēditorem teneri ad dandum, hoc eſt, ad dominiū transferendum, id, inquā, nego authoritate l. ſi ita diſtraharur, ff. de contrah. empt. *qui vendidit*, inquit, *neceſſe non habet fundum emptoris facere.* Non obſtant leges allegatę, quia non dicūt uenditorem teneri ad dominium transferendum, ſed hoc vult

Iu-

Iurisconsultus in d.l.ex empto,ut si uẽditor sit dominus A rei uenditæ, eam tradendo dominium in emptorẽ transferat,& in d.l.cum manu sata, §.ult.hoc tantum dicitur. Pactum nullius esse momenti, quo inter emptorem, & uenditorem est conuẽtum, ut dominium rei uenditę in eũ non transferatur. Rectè,quia natura uenditionis est, ut rei dominium in emptorem transferatur, si uenditor rem tradens dominus existat, d.l.ex empto; addo Duarenum pro hac sententia nostra,ad tit.de in litem iurando,ubi eleganter loquitur. Adde in contrarium Cuiac. ad lib.1. feudor.ti.1. motum ex eo quod scribit Paulus, lib.1.sentent.& ex aliis,quibus supra responsum est. Et locus Pauli est Palea, id est, non est insertus in corpore iuris, ideo non potest allegari ad decisionem causarum. Mecum etiam sentit Vand.qq.cap.9.

CAPVT XXXI.

Venditor utrum actione ex empto conueniri possit, ut realiter uenditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine se illam constituit possidere. Et quid si precario nomine.

NOn desunt, qui negant uenditorem conueniri posse & cogi,ut rem tradat emptori,quando is se constituit emptoris nomine rem uenditam possidere;ita enim censuerunt glos.Bart.Angelus,Salic.Fulgos.Iacopinus, & Iason, in l.ab emptione, ff.de pactis, Alex.in l.Pôponius,§.si is qui precario,col.3. uers.Quid econtra quãdo uenditor,ff.de acq possess.Angelus Aret. in §.1.instit.de empt.& uend.ad finem,Ludouicus Bologninus in cons.72.col.2. Mathesilanus singul.67. Nota quod uenditor,& singul.170.

Fundamentum autem est; quia per constitutum naturalis et ciuilis possessio transfertur in eum,cuius nomine possidetur,l.quod meo,ff.de acq.possess. igitur uenditor rem tradidisse uidetur.

Qua ratione idem responderunt, ut uenditor constituit,se precario emptoris nomine possidere, Alex.in cõs. 27.col.2.lib.1.Corneus in cons.53.lib.2.& 40.lib.4. Vitalis Cambanus, de clausulis, in clausula, constituit se precario nomine possidere. Afflictus in cap.1.quid sit inuestitura.

Sed neutra sententia mihi probatur:Nam cum uenditor rem tradere teneatur,sine dubio sequitur eum teneri ad uacuam possessionem tradendam, quatenus est facti: Arg.l.3.§.1.de act.empt. quæ sane uacua possessio ex eo, quod se nomine emptoris possidere cõstituat, non transfertur. Item,uenditor ex empto tenetur,ut emptori rem habere liceat,l.ex empto,§ & ex empto,ff.eod.tit. licet aũt emptori rem habere,cũ insistit possessioni, & re fruitur; l.habere licere, ff.de euiction. Quamobrem, uenditorẽ hoc in casu minime liberatum esse à necessitate tradendi rem effectualiter ac realiter, sic enim nostri loquuntur, immo conueniri ex empto posse,censuerunt Bald.et Castr.in d.l.ab emptione,ff.de pactis, Alex.in cons.28. lib. 2.Decius in cõs.281.col.2.Ruyn.cõs.94. lib.1. Tiraquell. de iure constituti,par.1.nu 10.Addentes ad Matthesilanum d.singul.67. quibus assentior.

Et cum precario nomine possidens naturalem possessionem habere dicatur,is uero,cuius nomine possidetur, ciuilem,l.& habet, §. eum qui precario, ff.de precario; uel secundum Labeonis sentẽtiam,is solum possidet,qui precario rogauit,ut sibi possidere liceret, ut notat Cuiacius lib.9.Obseru.32.sequitur,uenditorem in proposita specie non uideri naturalem possessionem in emptorẽ transtulisse, consequenter adhuc ex uendito teneri. Ita Tiraquellus alios citans de iure constituti, in prima parte,nume.8.

CAPVT XXXII.

Tractantur tres controuersiæ pertinentes ad interpretationem & materiam l.curabit,C.de act.empt.

CVrabit præses Prouinciæ compellere emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas & perceptorum fructuum ratio & minoris ætatis fauor (licet nulla mora intercesserit) generauit.

Pro huius legis interpretatione controuertitur inter doctores, an idem respondendum sit, cum emptor nullos fructus ex re uendita,utpote sterili,percepit. Et idem respondendum esse dixerũt Bald.ad l.2.C.de usuris,Castr.in d.l.curabit. Petrus Anchar.in c.peccati uenia, de reg.iur.lib 6.Io.Anania in c.conquestus, de usuris, Soc. sen.in cons.88.nu.8.& 203.lib 4. Paris.in c.cum uenerabilis,col.8.de except.& in cõs.60 nu.28.lib.1. Gozad.in
B cons.55.D.Io.Cephalus in cons 736.nu.26.lib.5.Io.Petrus Surd.in cons.101.Rota Genuens.decis.194.

Fundamẽtum est in eo,quod eiusmodi usuræ propter perfidiam emptoris debeantur, quia scilicet cum rem acceperit,nõ exequitur id, quod debet, & pretiũ nõ soluit.

Huc accedat text. in l.2. C.de usuris, ubi simpliciter habetur, uenditorem, cui possessio tradita est, usuras æquitatis ratione præstare cogendum, si pretium uenditori non obtulerit.

Contrariam sententiam amplexi fuere Cyn & Salicet.in l.in minorum,C.in quib.cau.in integr.rest.nõ est necess.Alex.in l.de diuisione,ff.sol.matr. Aretin.in cõsi. 194.nu.11.& in l.ita stipulatus, col.5. ff.de uerb.oblig. Socin.sen.in consil.109.lib.1.Corneus in cons.59.lib.3. Cagno.ad d.l curabit,n.26.Io.Bapt.Lupus ibid.nu.141. Conat.lib.3. uariar. resol. cap.4. in 7. illatione. Natta in consil.417.& 494. Petrus Benintendius decis. Bononien 29.& huic sententiæ & ipse adhæreo.

C Probatur hæc sententia ex d.l.curabit, & ex ratione ipsius legis,ait enim lex,emptorem,qui nactus possessionem,fructus percepit,usuras pendere oportere, ergo secus dicendum uidetur, cũ fructus percipere non potuit.

Ratio autem legis est: quia cum fructus percipiat, æquum est eum usuras pendere, ut inquit tex.in l.Iulianus, §.ex uendito, ff.de actio.empt. unde, alibi dicitur iniquum esse usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset,l.liberalitatis,ff.de usuris.

Nec enim sufficit emptorem rem habere,sed illud spectare debemus an facultatem habeat fructus percipiendi,ut in d.§.ex uendito.

Non obstat id, quod dicebatur emptorem ad usuras pretii non soluti condemnandum, propterea quod fidẽ contractus non seruauerit,quia hoc nulla lege,nullaque ratione nititur, immo pugnat cum dicta l.curabit, quatenus ibi dicitur, licet nulla mora intercesserit, emptorem teneri.

D Non obstat text. d.l.2.C.de usuris, quia quod ibi simpliciter affirmatur, emptorem ad usuras præstandas teneri,ex aliis legibus declarandum est,nempe, ut uerũ sit, ubi fructus percepit ex re empta, cuius possessionem nactus est.

Altera est controuersia, an usurarũ præstationi sit locus, quando uenditor non tradidit emptori rem liberã, ut tenebatur, uel fideiussorem, quẽ promisit, euictionis nomine,non dedit. Et locũ non esse,responderunt Bald. ad l.1.C.de bonis mater.Socin.sen.in cons.88.nu.17.lib. 3.Parisius in c.uenerabilis,col.8.de except.Afflictus decis.20.ad finem.

Fundamentum est, quia uenditor hoc in casu promissa non adimpleuit, unde nec pretium petere potest,l.Iulianus, §.offerri, ff. de action. empti. l.ædiles, §.ordinem, ff.de ædil.edicto, consequenter nec usuras, argumento l.lecta, uersicu. Sed cum fortis, ff.si cert. petat.

Contrariam sententiam secuti fuere Bald.& Castr.in l.2.C.de vsuris. Alex. in cons.147. nu 4.lib.5. Dec.in consil.119.col.3. Cagnol.ad d.l.curabit, nu.31. Ioan.Bapt. Lupus ibid. nu.142. Couar.lib.3. variar. resol.c.4. illat. 12. dominus meus Cephalus in consil 609. lib.4. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc snia satis euidenter ex l.Iulianus, §.ex vend.ff.de act.empt. *Ex vendito*, inquit text. *actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet. Veniunt autem in hoc iudicio infra scripta. In primis pretium, quanti res venit. Item vsuræ pretij post diem traditionis. Nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum pretij vsuras pendere. Possessionem autem traditam accipere debemus, etiãsi precaria sit possessio. Hoc enim solũ spectare debemus, an habeat facultatẽ fructus percipiendi.*

His postremis uerbis probatur sententia supra dicta. Nam precaria possessio, non est libera possessio, & tamen emptor vsuras cogitur præstare. Rursus ait text. *Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi*, vnde, sic argumentari licet. In proposita quæstione emptor facultatem habet fructus percipiendi, ergo tenetur vsuras soluere, licet venditor non adimpleuerit pro parte sua contractum.

Ex quibus cessat fundamentum contrariæ opinionis, quoniam vsurarum præstationi non ex mora emptoris procedit, sed ex æquitate illa, ne re & pretio quis fruatur, sed si emptor fructus perceperit, vsuras pro fructuũ perceptorum ratione pendat.

Tertiò controuertitur, utrum iustè, & absque usuræ labe conuenire venditor cum emptore possit, ut donec pretium rei venditæ, puta prædii, vel alterius rei fructiferę numeretur, aliquid certi annuatim pendatur. Et quidem eam conuẽtionem tanquam fęneratitiam dãnant, Dec.in cons.116.119.183. Socin.sen. in consil.130. lib.4. Crauetta cons.189. uers.tertius est casus. Syluanus in cons.10.nu.46.D.Cephalus in cons.290.lib.2.Simõ Pretus in cons.198. Francis. Marcus decis.891.

Argumenta hęc sunt. Vbi ad soluendum sortem debitam concessa est debitori dilatio, non tenetur ad usuras præstãdas, quia neque est in mora regulari, neque in mora irregulari, vt loquuntur doctores, l.lecta, uers. Sed eum sortis, ff.si cert.petatur, ergo iniusta esse uidetur ea conuẽtio, quę illum obligat ad pręstationem vsurarum, cum de iure non teneatur.

Secundò. Aut dicimus eam ob causam usuras deberi, quod emptor pretium retineat; & hoc absurdum esse uidetur, quia tunc pecunia pareret pecuniam, contra naturam, & iura. Aut eam ob causam, quod res uendita uideatur esse locata emptori donec pretium soluerit; & hoc dici non potest, quia nemo conducit rem suam, l.qui rem, C.locati, rei aũt dominium in emptorem, cui res est tradita, transfertur, l.quod uendidi, ff.de contrab. emption. etiamsi pretium non sit numeratum, si modo habita sit ei fides de pretio, §.item uenditæ, in Instit.de rer. diuis. aut ea ęquitate l.curabit, uolumus esse locum usurarum præstationi; & hoc non uidetur dici posse, quia emptor dilationem habet ad soluendum pretium, quæ circumstantia procul dubio nõ est in specie illius legis. Fructus uero suos facit, tã quam rei dominus, ac iustus possessor, l.fructus, C.de act. empt.

Tertio. Nemo potest absque usuræ labe cariore pretio rem uẽdere, ob concessam dilationẽ ad soluendum pretium, c. in ciuitate, de usuris. Videretur autem hoc in casu carius uẽdere, exigẽdo annuũ censum, seu pẽsionem.

Quartò, ex Antonii Butrii snĩa in c.salubriter, de usuris, non licet uiro usuras dotis non solutæ petere ab uxore, cui ad soluendam dotem dilationem concessit, ergo multo minus uenditori licebit, ab emptore eas exigere.

Quinto, cum dubium & incertum sit, quãtum ex fructibus emolumenti percepturus sit emptor, nõ uidetur licere, certam taxare quantitatem usurarum, ex communi sentẽtia Canonistarum, ut per Io. Andr. Ant. Butr. &

A alios, in c.salubriter, de usuris, Roman.in cons.520. Petrum Rebuffum in repetitione l.vn. in glos.ult. nu. 34.35.C.de sent.quæ pro eo, quod interest, &c.

Verum istis non obstantibus eorum sententiam probabiliorem esse iudico, qui eiusmodi conuentionem, & pactum approbant, & absq; usuræ crimine fieri posse contendunt, si modo usurę taxatę quantitas non excedat fructuum quãtitatem, qui uerisimiliter ex re uendita percipiuntur, ac percipi possunt. Ita Castr.ad l.Iulianus, §.ex uendito, ff.de act.empt. Alex.in cons.121.nu.4.lib.5. Deci.in c.cum venerabilis, nu.14.de except.& in consil.in. col.vlt. Parisius in cons.60.nu.3.lib.1.Cagnol.ad d.l.curabit, nu.57. Couar. variar.resol.lib.3.c.4. nu.5. Anchar. q.33.in 2.par.Io.Bapt.Lupus in d.l.curabit, nu.145.

Probatur hæc sententia, quia si nulla dilatione data ad soluendum tenetur emptor vsuras præstare ex ęquitate l.curabit, ergo nihil prohibet, quin idipsum, quod lex probat & constituit, in conuentionem & pactum deduci queat.

B Sed & hanc sniam iuuat, quòd approbatur in contractu mutui ea conuentio, vt donec pecunia credita restituatur, aliquid pręstetur pro lucro creditoris cessante, vel damno emergente. Sicuti tradunt Hostiens. Abbas, & Anania, in d.c.salubriter, de vsuris, Alex. in cons 228. lib.2. Couar. alios citans loco proxime annotato.

Ad primum argumentum contrarię opinionis respondeo, vsuras in proposita specie deberi ac præstandas esse non ex mora, sed ex conuentione, quæ non pugnat cum lege, sed concordat.

Ad secundum respondeo, conuentionẽ esse legitimã ex ęquitate d.l.curabit, nam cum emptor re fruatur, æquum est eum vsuras pretii non soluti pendere, vt dicebat I C. in l.Iulianus, §.ex vendito, ff.de act. empt. nec dicimus in specie d.l.curabit, eam dilationem emptori fuisse concessam ad pretium soluendum, sed ex eo, quod concessa est, iustè venditorem pacisci, vt vsuræ præstentur;

C aliud respondendum foret, si dilatio ad soluendum concederetur, nulla vsurarum præstandarum pactione interposita.

Ad tertium respondeo, venditorem carius rem non vendere, sed vsuras consequi pro ratione fructuum ab emptore perceptorum. Id enim æqualitas iustitiæ commutatiuæ postulat.

Ad quartum respondeo, Antonii Butrii sniæ oppositę in argumẽto obstare aliorum magis receptam traditionem, maritum iuste usuras pacisci, donec dos soluatur. Vide Anchar. & Abbatem, in d.c.salubriter, Baldũ Nouellum de dote, priuileg.3. par.7. Alex.in cons.31. lib.6. Couar. loco proxime citato, in 4.& 5. illatione.

Ad vltimum respõdeo, sniam nostram intelligi & loqui, quoties taxata quantitas verisimiliter respondet fructibus percipiendis ab emptore, quo casu nihil obstat, vt declarant Deci.in d.c.cum venerabilis, nu.14.de except. Couar. & Rebuffus locis superius annotatis.

D *Solet* aũt ad tollendam omnem dubitationẽ hoc consilium dari venditoribus, vt rei dominium apud se retineant, donec eis pretium exoluatur, & interea locẽt certa constituta pensione emptori rem venditam, ut tradũt Panor.in cons.121.lib.5.Socin.sen.in cons.88.nu.14.Socin.iun.in cons.66.nu.7.lib.2.Cagnol.ad d.l.curabit, nu. 61. Couar. loco annotato in 9. illatione, Andr. Geyll, lib.2.Obseru.3.in fine.

CAPVT XXXIII.

De l. quoties, C.de rei vend. an locum habeat in personis Ecclesiasticis vendentibus.

CVm quis eandem rem duobus uendidit, eum constat in obtinendo dominio esse potiorem, cui priori res est tradita. Sed an & in personis Ecclesiasticis uendentibus idem iuris sit, non est eadem omnium sententia.

Negant

Negant enim idem esse statuẽdum Hostiensis, & Io. Andr. in c.continebatur, de his quæ fiunt à maiori parte capituli, eo quod minimè deceat quenquam decipi à viris Ecclesiasticis, vt in clem.eum illusio, de renunc. c. hoc ius porrectum, 10.q.2. huc accedat text. in c.cum inter canonicos, de elect. in c. eum autem, de iure patronatus, quibus in locis pater, priorem in tempore præferendum esse, tanquam potiorem.

Affirmant vero idem esse statuendum etiam in personis ecclesiasticis, Panor. Butr. & alii magis communiter in d.c. continebatur, Alexand. cons.122. lib.5. Iason in d.l.quoties, nu.19. Socin. sen. in cons.29. lib.4. Couar. variar. resol.lib.2. cap.19.

Ego posteriorem hanc affirmantem sequor. Nam iuris ciuilis regulæ & traditiones, etiam iure canonico sunt receptæ, iis exceptis, quæ reprobantur expresse, vt patet ex c.1.& 2.de operis no.nunc. Quare & regula d.l. quoties, iure canonico recepta esse videtur. Consequenter, nihil proponitur, cur inter personas ecclesiasticas locum non habeat eadem iuris ciuilis constitutio; nisi quis doceat, ecclesiasticos viros venditione sola rerũ dominium in emptores absque traditione trãsferre, aduersus alias iuris ciuilis regulas, l.traditionib. C.de pactis, si enim in posteriorem emptorem facta traditio sit facit, vt dominium transferatur, sequitur eum esse in obtinendo dominio potiorem eo, cui priori res est vendita, quæ sententia est d.l.quoties.

Nec mouet illud qđ dicitur, viros Ecclesiasticos alienos esse oportere à similibus dolis, & deceptionib. Quia hæc ratio probat eos grauius hoc in casu peccare, & puniendos esse, quam laicos homines, qui ob eam causam incidunt in crimẽ stellionatus, vt patet ex l.1.& 2.C.de crim.stell.& l.1.& seq. ff.eod.tit.

Regula verò iuris canonici: prior tempore, potior iure, similis est iuris ciuilis regulæ, quæ idem statuit. Sed ab vtraque species, de qua loquimur, excipienda est, nisi velimus iniuriam facere constitutioni d.l.quoties, C.de rei vendic. vide etiam hac de re Pistorium, lib.2. parte posteriori, q.29. nu.27.

CAPVT XXXIV.

Venditio an probetur, si testes de certo pretio non testificentur

TRes sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima, venditionem probari, quia venditio facta esse intelligetur iusto pretio. Ita Bald. ad l.1. C.de reb. alienis non alien. Rom. in cons.91. nu.7. And. Siculus in cons.90.col.1.lib.3.

Secunda, non probari. Ita Romanus sibi contrarius sing.749. Marsil.sing.38. Ales.in cons.128. nu.4. lib.2. Dec.in cõs.57.nu.5.& alii à Maschardo citati de probat. vol.3.concl.1401.

Tertia: Distinguendum. Aut res agitur inter emptorem & venditorem, altero affirmante, altero uero negante uenditionem, & testibus affirmantibus venditionem factam, non autem de pretio testificãtibus, de quo tamẽ contentio erat inter emptorem & venditorem, & nunc posterior sententia uera est. Aut res agitur inter uenditorem, qui rem possidet, & alium, & contentio est an rem illam emerit, eo fine, vt prescriptionẽ allegare possit, & tunc prior sententia obtinere debet. Ita Alex. & Ias. in l. si duo patroni, §.Marcellus, ff. de iureiur. Affl. decis.83. nu.6. Iosephus Ludou. decis. Perusina 44. in 1. parte, & alii à Maschardo citati loco annotato, nu.11.12.

Ego magis probo eorũ sniam, qui negant, venditionẽ probari, quia uenditionis substantia constat ex re & pretio, §.pretium, institut. de empt. & vendit. proinde, si de pretio non constet, nec de ipsa venditione constare videtur.

Et nota est doctrina illa, testibus fidem adhibendam non esse, qui non plenè testificantur, vtpote, non plenè
A & sufficienter informati, vt notatur in l.Lucius, ff.de his qui notantur infamia.

Tempero hanc meam sententiã, vt locum nõ habeat, cũ testes dicunt rem fuisse venditam certo pretio, licet iã ipsi nõ recordentur, quãtum fuerit, & simul talis est causa, in qua de pretii quantitate non disputatur, sed de titulo duntaxat venditionis, ad finem præscriptionis uel dominii probandi contra tertium, qui non vendidit. Hoc vero temperamentum ex lege non didici, sed ratio id me docuit, satis, ut mihi uidetur, manifesta.

CAPVT XXXV.

Tres controuersiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur.

INter omnes constat, ut emptori euictionis nomine aduersus venditorem sit consultum, eundem denunciare litem motam oportere, sed controuersia est pri-
B mo, an sufficiat simplex litis motæ denunciatio venditori facta, an vero præterea an standum & petendum sit, vt venditor ad defendendum ueniat.

Deinde, an sit necesse in ipso denunciationis libello inserere acta litis motæ aduersus ipsum emptorem?

Tertiò, an hæc solemnis denunciatio necessaria sit, etiam quando uenditor scit litem motam emptori, & quę acta sunt, nouit.

Quod attinet ad primum, tres sunt doct. sniẽ. Prima, sufficere simplicẽ intimationem, seu denũciationẽ litis. Ita Bal. ad l.emptor, C.de euic. Salic. ad l.1.C.de periculo & cõmodo rei vend. Io. Imol. ẽs. in c.vlt. de empt. & vẽd.

Fundamẽtum est potissimum in l. si cum quæstio, C. de euict. *Si cum quæstio*, inquit, *tibi super eo, quem comparaueras, moueretur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra iudicii disceptationem, eum, quem emeras, tradidisti, Præses prouinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit.*

C Altera est sententia, non sufficere simplicẽ litis denunciationẽ, sed emptorem instare, & petere simul debere, vt uenditor ipsum defendat. Ita. Bar. in l.non solũ, §.morte, nu.51.ff.de op.no.nunc. Abb. in c. vlt. de empt. & vẽd. Felyn. in c.cum M.Ferrariensis, nu.65. & ibidẽ Ripa, nu.166. de Constit. Cagn. ad l.venditor, ff.de iud. Alciat. ad l.detestatio, ff.de verb.obli. nouissimè Caballinus de euiction. §.3. num.21.

Fundamẽtum est in multis legibus, quibus agitur de tali denunciatione, in hunc modũ, vt uẽditor liti assistat, vel causam instruat, & ipsum emptorem defendat, l.1. C.de peric. & cõmo. rei vend. ibi: *Vt causa agenda adesset*: l.si rem, 1.§.ult. de euict. ibi: *Vt de ea re agenda adsit*: l.si parẽtes, C.eo. ibi: *Nec vobis, vt defenderetis denunciatum probetur*; l.empti actio, C.eo. ibi: *Interpellare venditorem, siue successorem eius, debes, vt tibi assistant, causamq́; instruant*: l.cũ successores, C.eo. ibi: *Assistere negotio denuncia*: l. venditor, ff.de iudic. l.si plus, §.mora, ff.de euict. l.
D qui absentem, ff.de procur. c.vlt. de empt. & vend.

Tertia est opinio distinguẽtium. Aut vẽditor aliundè nouit litem motam, quàm ex relatione emptoris, & tũc procedat posterior sententia, quæ illud exigit, ut emptor petat defendi: Aut scit litẽ motam ex relatu ipsius emptoris, & tunc vera sit prior sententia, quæ docet simplicem denunciationẽ sufficere. Ita Bal. in l.1. C.de periculo & commo. rei uend. & ibi etiam Salic. Ales. in l.non solùm, §.morte, nu.45. ff.de oper.no.nun. & ibid. Iason, nu.39. Ant.Burg. in c. vlt. nu.4. de empt.& vẽd. Couar. lib.3. variar. resol.c.17. sub nu.5. vers. tertiò adhuc.

Fundamentum est, quia cum emptor certiorem facit venditorem de lite mota, tacitè uidetur petere, ut ueniat ad se defendendum, argum. d.l. si cum quæstio. Hęc autem ratio cessat, vbi aliunde, quam ex ipso emptore venditor litem motam intellexit. Idcirco tunc necesse est, vt emptor eum interpellet, vt causam defendat.

Mihi uerior uidetur eorum sententia, qui dicunt ne-

cessariam esse denunciationem, & simul etiam eam interpellationem, vt uenditor ad defendendum ueniat. A

Probatur hæc sententia satis euidenter ex legibus superius allegatis, in quibus semper fit mentio talis interpellationis quod sanè frustra positum non uidetur.

Huc accedat, quod nisi sic uenditor interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se ipsum causam defensurum. Et nota est iuris regula, eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora non constitui, nisi fuerit interpellatus, l. mora, ff. de vsuris, l. si ex legati causa, & l. si insulã, ff. de verb. obl. Decius in l. qd te, nu. 44. ff. si cert. pet. & in cons. x. nu. 7. Socin. sen. ad l. 2. §. voluntate, nu. 21. ff. solu. matrim.

Ad l. si cum quæstio, C. de euict. respondeo, licet illa lex nullam faciat mentionẽ etiam interpellationis, vt venditor defendat, sed tantum denunciationis litis, debet tamen ex alijs legibus clarioribus, eam interpellationẽ requirentibus, interpretari et declarari. Vna enim lex ex altera declaratur, l. unum, ff. de petitione hered. l. sed & posteriores. ff. de legib. B

Non obstat, quod doctores distinctione vtentes, dicunt, ubi fit ab emptore denũciatio, tacite inesse eam interpellationem, vt venditor ad defendendum accedat. Quia id negari potest. Etsi enim ea fortasse denunciantis emptoris mens fuerit, non tamen certus est uenditor, emptorem egere ipso defensore, & se ad id faciendum interpellari. Hæc de primo.

Quod attinet ad secundum, etsi Lud. Rom. ad l. non solum, §. morte, ff. de ope. no. nunc existimauerit, necesse non esse, ut libello seu denunciationi inferantur acta & gesta contra ipsum emptorem, quoniam venditor simplici emptoris verbo, si bonus vir reputetur, credere debeat argumen. l. argentum, ff. commod. & eorum, quæ notantur in l. Titio fundus, ff. de cond. & demonst. & idem tenere Angelus videatur in l. emptor, C. de euict. tamen cõtraria sententia longe uerior & communior est: nam necesse fore, ut exemplum citationis et libelli eius, qui contra emptorem de re empta litem instituit, edatur vẽditori simul cum denunciatione litis, tradunt, Bar. in d. l. non solũ, § morte, n. 48. ff. de op. no. nũc. Alex. ibi, nu. 42. Ias. nu. 38. Ripa n. 163. Couar. lib. 3. uar. resol. c. 17. nu. 5. Caball. de euict. nu. 33. Cagnol. ad l. uenditor. ff. de iud. C

Probatur hæc sentẽtia ex Clem. causam, §. ult. de ele. ubi ponitur forma denunciationum, ac intimationũ fiẽdarum, non solum in specie, de qua ibi, sed in alijs omnibus; & inter cætera constitutum est, ut libelli & citationis tenor intimationi inseratur. Meritò; vt uidelicet is cui insinuatio facienda est sciat, quid sibi faciẽdum sit, & deliberet, an cedere uel contendere velit. Hęc de secundo.

Quod attinet ad tertium, denũciationem non requiri, quoties venditor scientiam habet litis motæ, dixerunt glos. & Bal. in l. emptor. C. de euict. ubi etiam Cyn. Io. Imo. ad l. 2. §. volũtatem, ff. sol. matr. & in c. ult. de empt. & uend. Alex. in d. §. uoluntate. num. 12.

Fundamentum est, quia certus non est certiorandus l. 1. ff. de act. empt. c. eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6. D

Sed contraria sententia uerior & communior est, nẽpe, litem etiam scienti uenditori denunciandam esse. Ita Bart. in d. l. non solum, §. morte, n. 42. ff. de oper. no. nũc. & in l. denũciasse, ff. ad l. Iul. de adul. Specu. tit. de empt. & uend. §. ult. & ibi Io. Andr. in addit. Panor. in c. ult. de empt. & uend. Dec. in cons. 74. Fely. in c. cum ille, nu. 65. de constit. & ibi, Ripa, nu. 166. Capella Tholosana, q. 407. Viuius commu. opin. in uer. uẽditor. Couar. lib. 3. variar. resolu. cap. 17. nu. 5. Caballinus de euict. §. 3. nu. 4.

Probatur hæc sententia, quia denunciatio fieri debet, non in eum tantum finem, ut uẽditor sciat litem motã, sed vt interpelletur & requiratur ad defendendum & assistendum causæ & emptori, ut dictum et conclusum est supra in prima huius capitis controuersia. Simile uidemus in specie l. denunciasse, ff. ad l. Iul. de adult.

Ex his patet respõsio ad regulam, certus non est certiorandus, quia non procedit hoc in casu, cum certioratio sit necessaria, vt simul etiam interpelletur uenditor; quod non facit sola scientia eius, qui interpellandus est. Cætera argumenta ex l. ult. ff. de transactio. iuncta l. 3. C. de nouatio. leuiora sunt, quã vt confutatione indigeant.

CAPVT XXXVI.

Aliæ duæ controuersiæ tractantur de eadem euictionis materia.

Est etiam controuersia inter doctores, si uenditor sciat emptori litem esse motam, an requiratur interpellatio & denunciatio, cum iuramentum in contractu ueditionis accessit. Et necessariam interpellationem, seu denunciationem non esse, docet Ale. ad l. 2. §. uoluntate, ff. solu. mat. Andr. Sicul. in c. ult. de empt. & uend. & ibi etiam Anto. Burg. nu. 11. Claudius Seysellius & Antonius Rubeus, in l. non solum, §. morte, ff. de oper. no. nu. ille nu. 202. iste nu. 687. Io. Lup. in c. per uestras, §. ult. nu. 31. de donat. inter uir. & uxor. Purpuratus ad l. quod te, nu. 92. ff. si cert. petat.

Fundamentum est, quia iuramentum cõstituit in mora obligatum absq; interpellatione, ex communi doctorum sententia, ut per doct. in c. breui, de iureiur. Gabr. commu. concl. tit. de iureiur. conclus. 2. Seraphinum Senensem, de priuileg. iuram. c. 37. consequenter, si uenditor iurauit se defensurum emptorẽ, tenetur eum defendere etiam non interpellatus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Socin. sen. in d. l. 2. §. uoluntate, nu. 21. ff. sol. mat. Alciat. ad l. quod te, in uer. intelligere deberes, ff. si certũ petat. Rebuffus de dilationibus art. 5. glos. unica, nu. 36. Caballin. de euict. §. 3. nu. 54 & seq.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturam contractus super quo interponitur, ca. quemadmodum, de iureiur. sed ex natura cõtractus tenetur emptor uenditori litem denunciare, eumq; requirere, ut causam defendat, ergo idem est respondendum, etiamsi iuramẽtum suæ adiecerit obligationi, ac promissioni.

Didacus Couar. lib. 3. uariar. resol. c. 17. in 5. illatione, priori sententiæ adstipulatur, quoties venditor iureiurãdo nominatim promisit se emptorem defensurum, si quęstio ei moueatur de re uendita. Quod si simpliciter promiserit, se omnia & singula seruaturum, tũc posteriorem sententiam magis probat. Atque idem docet Ripa, in d. l. 2. § voluntate, nu. 18. ff. sol. matrim.

Sed quoniam iuramentum moribus nostris ita solet in contractu uenditionis adhiberi, ut prius quæ conuenta sunt præcedant, & inter alia uenditor promittat se defensurum, emptorem & rem venditam, tandem clausula subiciatur iurisiurandi, existimarem in hac specie eorum sententiam æquiorem, qui nullam exigunt denunciationẽ aut interpellationem. Nam, vt denuncietur ei qui iam certus est, opus non uidetur, cap. eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6. vt uero interpelletur is, qui promisit se facturũ iureiurando interposito, necesse nõ est. Argumẽto sumpto ex §. licet, tit. si de feudo defuncti cõtẽtio sit inter dom. & aguat. ibi: *Si tamen sciat ei magnũ periculũ imminere, vltro adiutorium suũ ei debet præbere.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud specialiter constitutum fuisse in feudo, ac vasallo, quod proinde non est trahendum ad consequentias.

Non recte, quia non solum ex iure feudali id receptũ uidetur, sed ex communi etiam doctorum sententia, qua dicimus iuramentum operari, ut in mora quis constituatur absque interpellatione, de cuius tamen ueritate inferius tractabitur, lib. 5.

Nec obstat, quod respondet Caballinus, contrarium probari ex c. breui, de iureiur. Quia nihil minus probat ille text. Quærit Summus Pontifex, an is, qui iureiurãdo promisit se defensurũ, si requisitus appellet, periurus dicatur, & decidit, periurum esse, nec talem appellationem

eum

eum excuſare. Vtrum autem requiri debeat, non decidit Pontifex.

Non obſtat argumentum contrariæ opinionis, nempe, iuramentum ſequi naturam contractus, neq; in plus obligare iurantem, quàm ex ipſo contra obligetur. Nam ſans eſt, ſi obligetur efficacius ex vinculo iuramenti, quod ſanè omnes fatentur. Cum enim efficacius obligetur, ſequitur dicendum nulla opus eſſe interpellatione, quia venditor iam ſcit ſe teneri, & iuramenti vinculum eum ſatis vrgere dēt, vt dicebat Specul. tit. de aduocatis, §. 1.

Nec valet illa Alciati ratio; venditorem ex eo, quod non requiritur, credere poſſe, emptorem defenſore non indigere, quia iam nouit ſe promiſiſſe defenſionem, & credere debet, ſe non requiri ab emptore eā ob cauſam potius, quod is puteteum vltro acceſſurū ad defendendū.

Sequitur & alia controuerſia, venditor nouit litem motam, & inſtrumenta pertinentia ad cauſæ defenſionē habet penes ſe, an teneatur emptorem vltro defendere, etiam non requiſitus? Et teneri dixit Bald. ad l. primā, C. de periculo & commo. rei vend. Auſterius in addit. ad deciſ. Capellæ Tholoſ. 404. in tertia limitatione. Anton. Burgos, in c. vlt. nu. 11. in 5. limitatione, de empt. & vend.

Argumentum ſumunt ex l. Iulianus, §. idem Iulianus & ex l. Titius cum decederet, ff. de act. empt. Quæ quidē leges id non probant, ſed tantum docent venditorem nihil dolo facere debere, & à venditionis contractu dolum abeſſe oportere.

Ideo contrariam ſententiam veriorem eſſe cēſeo, quā amplexi fuere Ripa, in d. l. 2. §. uoluntate, poſt num. 18. ff. ſol. matr. Caballin. de euict. §. 3. nu. 72. nam cum leges denunciationem & interpellationem requirentes hunc caſum non excipiant, nec nos eum excipere quaſi noua lege cōdita, debemus. Nec ratio nobis ſuppetit, cur eum caſum excipere debeamus.

CAPVT XXXVII.

Vtrum emptori de euictione actio competat, quando litis denunciationem omiſit, ſed tamen conſtat, rem defendi non potuiſſe.

GRauis eſt controuerſia apud interpretes, vtrum emptori, qui litem uenditori non denunciauit, actio de euictione detur, ſi conſtiterit etiam denunciatione facta rem defendi non potuiſſe.

Raphael Fulgoſ. ad l. ſi ideo, ff. de euict. affirmat hoc in caſu actionem emptori eſſe dandā, refert & ſequitur Alexand. in l. non ſolum, §. morte, nu. 46. ff. de oper. no. nunc. idem docuit Imolenſis, in c. vlt. de empt. & uend. col. ult. idem Alex. in conſ. 67. lib. 3. & in conſ. 63. col. ult. lib. 6. Socin. iun. in conſ. 120. num. 11. & 12. lib. 3. Natta in conſ. 232. num. 5. & 462. num. 8. Aufrerius ad Capellam Tholoſ. quæſt. 407. in ſexta limitatione. Rebuff. de dilatione artic. 5. nu. 38. alios citat Couar. lib. 3. uariar. reſol. cap. 17. in ſexta illatione, & alios Caballinus de euict. §. 3. num. 73.

Argumenta magis præcipua hæc ſunt. Lex emptori negat actionem de euictione contra uenditorem, ſi ei litem non denunciauerit, quia præſumit eo caſu rem euictam fuiſſe, quoniam is malè inſtructus, cauſam defendere non potuerit, l. ſi fundo, §. ult. ff. de euiction. ergo ſi manifeſtè conſtet, cauſam defendi non potuiſſe, licet ipſe emptor optimè à uēditore inſtructus ac defenſus fuiſſet, actio competere debet. Ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex, iuxta regulas vulgares.

Secundum argumētum. Non poteſt emptor agere de euictione, niſi per ſententiam iudicis res euicta fuerit; ſi enim ipſe rem litigatori cedat, non eſt quod dicat ſibi uenditorem euictionis nomine obligatum eſſe, l. ſi dictum, §. 1. ff. de euict. l. ſi cum quæſtio, C. eodem tit. l. at qui natura, §. at cum me, ff. de neg. geſt. l. 1. C. de periculo & commo. rei uend. & tamen ſi certum ſit, cauſam defendi non poſſe, licet ipſe uenditor rem non defendat,

A de euictione actionem habet, l. emptorem, ff. de actio. empti, ergo idem iuris eſſe uidetur, cum emptor denunciationem omiſit, cum certum eſt defendi cauſam non potuiſſe.

Tertium argumentum eſt a ſimili. Nam citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifeſtum eſt, l. 1. §. quod de frumentaria, ff. de admin. rer. ad ciuit. pertinent. ſic etiam non requiritur excuſſio debitoris principalis, ut agi poſſit contra fideiuſſorem, uel tertium, cū manifeſtè conſtat eum ſoluendo non eſſe. Vide Neguzan. de pignor. 1. membro, 8. parte, nu. 31. Gabriel. commu. concluſ. lib. 3. tit. de fideiuſſor. concluſ. 1. nu. 50. ergo & denunciatio, de qua agitur, neceſſaria eſſe non uidetur, ubi conſtat nullum ius competere, quo defendi emptor poſſit.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt gloſ. Bart. & Salicet. ad l. emptorem, ff. de act. empt. Angel. Aretin. in §. ult. in inſtit. de emptio. & uendit. Decius in conſ. 74. ad

B finem. Socin. ſenior ad l. 2. §. uoluntate, ff. ſolu. matr. licet dubitare uideatur.

Argumenta magis præcipua hæc ſunt. Leges denunciationem exigunt, & non excipiunt eum caſum, de quo agitur, ergo nec nos excipere debemus, argumento l. de pretio, ff. de publicia.

Secundum argumentum. Lex præſumit ſententiam iudicis eſſe iuſtam, l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. & tamen re euicta per ſententiam iudicis, actionem emptori non concedit euictionis nomine, niſi is uenditori litem denunciauerit, l. empti actio, l. ſi patentes. C. de euict. & ſuperius dictum eſt, ergo lex non conſiderat iuſtitiam, uel iniuſtitiam cauſæ, ſed an denunciatio facta fuerit ipſi uenditori.

Tertium argumentum. Cum res euincitur nulla denunciatione facta venditori, lex præſumit euinci propterea, quod emptor malè inſtructus cauſam defendere nequiuerit. l. ſi fundo, §. ult. ff. de euict. Et hæc præſumptio vi-

C detur eſſe iuris, & de iure, vt loquuntur noſtri, quia ſuper ea lex fundatur & ſtatuit, conſequenter non admittitur probatio in contrarium, vt notatur in c. is qui fidem, de ſponſalib. & in Auth. Sed iā neceſſe, C. de don. ante nup.

Io. Franciſ. Ripa, ad d. l. 2. §. voluntate, diſtinguit; aut tempore litis motæ, notum erat venditori nullam defenſionem competere; & tunc non eſt quod emptori imputetur cur denunciationem omiſerit. Aut ideo tempore non erat notum, ſed poſtea apparuit, & tunc ſecus.

Alii dixerunt, omiſſa denunciatione agi nihilominus poſſe de euictione, ſed ad ſimplum tantum, facta verò denunciatione ad duplum. Item, tunc actionem emptori competere, cū probauerit notorium fuiſſe, nullā uenditori defenſionem competiiſſe. Secus uero ſi non probauerit, ut uidere eſt ex Couar. var. reſol. lib. 3. cap. 17. in ſexta illatione.

Ego priorem ſententiam, & communiorem & veriorem exiſtimo, eamq; confirmo argumento à ſimili. Nam

D in conductore ita conſtitutum eſt, ut ſi iuſtam habeat cauſam deſerendi rem conductam, eamque deſerere uelit, id ipſum locatori denunciare debeat, l. item quæritur, §. exercitu, ff. locati, ſi tamen non interſit locatoris denūciationem eſſe factam, nulla ei competit exceptio eo nomine, quod non fuerit facta denūciatio, ita Ripa, in tractat. de peſte, in præludiis de priuilegiis contractuum cauſa peſtis, nu. 23. Aegid. Boſſi. de remiſs. merced. nu. 51.

Porro probandum eſſe iudico ab ipſo emptore hoc ſuæ intentionis fundamentum, nempè, uenditorem nullam habuiſſe defenſionem, ſicuti docēt Anton. Burg. in d. c. ult. de emptio. & uendit. & Couar. loco annotato, quanquam Imola, in d. c. ult. ſecus ſentire uideatur, ſicut patet ex Crauetta, in conſ. 83. nu. 6. & 179. nu. 6.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ ſic reſpondeo. Licet leges non excipiant eum caſum, ratio tamen ex legibus petita excipiendum eſſe demonſtrat.

Ad ſecundum reſpondeo, leges præſumere pro iudi-

cis sententia, & tamẽ actionem euictionis nomine emptori denegare, nisi denũciauerit. Meritò: quia si emptor fuisset munitus, fortasse defendere potuisset. Sed dum dicitur, ergo lex non curat, an causa iusta sit vel iniusta, respondeo id sequi eo casu, quo denunciatio est omissa, & dubium est, an venditor interpellatus, emptorem defendere potuerit. Sed in re clara & manifesta, secus est præsumendum, neque enim lex frustra requireret interpellationem ac denunciationem, quæ nihil effectura est.

Ad tertium respondeo, iure non probari quod assumitur in argumento, & nostram disputationem versari in ea specie, qua planè constat, nullam venditori defensionem competere.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum Ecclesia de euictione agere possit lite venditori non denunciata, & vtrum clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere causam ad forum Ecclesiasticum possit, & quid in fisco.

ECclesiam agere de euictione posse, licet venditori litem non denunciauerit, si venditor litem motam non ignoret, authores sont Baldus, in l. 1. C. de periculo & commo. rei vẽdi. Romanus nu. 10. & Antonius Rubeus, nu. 711. in l. non solum, §. morte, ff. de oper. no. nunc. Couar. lib. 3. varia. resol. c. 17. in quarta illatione, Aufrerius ad Capellam Tholosanam, q. 407. in secunda limitatione. Tiraquellus de priuilegijs piæ causæ, Priuilegio 141. & seq. quibus & ipse adstipulor.

Fundamentum est pręclarum, solidumq; quia Ecclesia vtitur iure minoris, c. 1. & c. auditis, de in integrum restit. sed in minoribus receptum est, vt de euictione agere possint, lite venditoribus (scientibus tamen) non denunciata, neque interpellatione facta; igitur & in ecclesia idem statuẽdum est. In minoribus autem illud est receptum, argumento sumpto ex l. in minorũ, C. in quibus cau. in integr. rest. non est necess. vbi textus dicit: *In minorum persona re ipsa, & ex solo tempore tardæ pretij solutionis moram fieri.* Et id procedit tam in contractibus, quam in legatis.

Cæterum, Antonius Burg. in c. vlt. nu. 8. & 9. de empt. & vend. contrarium docuit, & cum eo Caballinus de euictionibus, §. 3. nu. 102. & 103.

Mouetur primò ex c. breui, de iureiur. vbi text. innuit interpellationem esse necessariam etiá in Ecclesia, propter verbum (requisitus) quod in textu est. Sed respõdeo nihil probare, quia nõ decidit in ea specie Summus Pontifex, interpellationem esse necessariam, sed venditorem requisitum, vt defendat Ecclesiam, periurum esse, si eam non defendat, quamuis appellet.

Secundò afferunt text. in c. potuit, de locato. vbi dicitur, diem certam cõstituere in mora emphyteutam Ecclesiæ, & ideo necessariam eo casu non esse interpellationem. Ex quo sumitur argumentum, interpellationem esse necessariam, vbi dies certa non est.

Respondeo, diem certã & interpellationem hoc operari in ea specie, vt emphyteuta incidat in pęnã. & hoc probat ille textus. Vtrum autem requiratur interpellatio ad constituendum in mora debitorem Ecclesiæ, non deciditur à Pontifice ibi.

Tertiò afferunt argumentum ex regula iuris, mora non committitur absque interpellatione, l. mora, ff. de vsuris; ergo & in Ecclesia idem respondendum est, quia contrarium in ea constitutum non reperitur. Et licet in persona minoris aliud sit receptum, non debet tamen ad alios trahi.

Respondeo, ad Ecclesiam merito id trahi posse, quia ille vtitur iure minoris, vt declarat Summus Pontifex in d. c. 1. & in d. c. auditis, de in integr. restit.

Illud etiam cõtrouersum est, an clericus cui lis est denunciata, ad defensionem accedens, trahere possit causam ad forum Ecclesiasticum.

A sam ad forum Ecclesiasticum.

Communis est, & vera sententia, non posse. Ita Bald. Fulgosius, Lancellotus, Decius & Albericus, ad l. venditor, ff. de iudic. Angelus in l. non solum, §. quod vulgò, ff. de vsucap. Abbas & Ant. Burgens. in c. vlt. de empt. & vend. idem Abbas, in c. quoniam frequenter, §. in alijs, nu. 28. vt lite non contest. & ibidem Anton. Butr. Card. & Socin. num. 127. Anchar. in reg. Ea quæ, q. 17. de reg. iur. lib. 6. idem Socin. in cons. 91. lib. 3. vers. Circa vltimã difficultatem. Aufrer. in clem. 1. de off. ord. reg. 2. fall. 9. Gulielmus Benedictus, in c. Raynutius, in vers. Vxorem nomine Adelasiam, num. 417. de testam. Couar. pract. quæst. cap. 8. nu. 3. idem Aufrerijs ad Capellam Tholos. q. 360. Rebuf. de dilatio. art. 4. glos. vnica, nu. 1. Ripa, in c. 2. nu. 24. de iudic. Cagnol. ad d. l. venditor, ff. de iud. Cabal. de euict. §. 3. nu. 110.

Probatur satis clarè ex l. venditor, ff. de iudic. *Venditor ab emptore denunciatus* (ait textus) *vt eum euictionis nomine defenderet,* B *dicit se priuilegium habere sui iudicis. Quæritur an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorẽ cœpta est, ad suum iudicem reuocare. Paulus respondit, venditorem emptoris iudicem sequi solere.* Idem habetur in l. 1. C. vbi in rem actio.

Contrariam sententiam habuerunt gl. in cap. nullus clericum, 11. q. 1. Specul. tit. de primo & secundo decreto, §. restat, vers. Quid si dominos, num. 24. Castrens. & Iacopin. in d. l. venditor. Imoleos. in d. l. non solum, §. quod vulgò, ff. de vsucap. Io. Platea, in l. 3. C. de iure fisci lib. 10. Aretin. in §. actionum, nu. 19. in inst. de act.

Fundamentum est in eo, quod clericus fori secularis præscriptionem habeat, & coram Ecclesiastico iudice cõueniendus sit, c. si diligenti, de foro competen. cap. clericus nullus, 11. q. 1. cum similibus.

Item, quia fiscus ad suum iudicem causam reuocare potest, l. 3. C. de iure fisci, lib. 10. ergo & clericus idem priuilegium habere debet.

C Respondeo, regulariter quidem clericum illud ius habere declinandi forum seculare. Sed cum in proposita specie reus conuentus ab actore sit laicus, rectè apud iudicem laicum conuenitur. Quod si ad eius defensionem clericus accedat, non potest actoris causam deteriorem facere, ipse quidem clericus euictionis nomine apud Ecclesiasticum iudicem conueniendus est, sed vt possit tertij causam inter alios laicos inchoatam ad Ecclesiasticum magistratum trahere, neque lege probatur, nec ratione euinci potest.

Quod vero dicitur de fisco, non est adeo exploratum. Etenim id iuris fisco competere existimarunt gl. Bar. & Io. Platea, in d. l. 3. C. de iure fisci, lib. 10. Castrẽs. & Iacopin. in d. l. venditor, ff. de iudi. & ibi etiam Cagnol. Dec. in cons. 700. Capyceus decis. 197. nouissimè Marcus Antonius Peregrinus, de priuilegijs fisci, lib. 7. tit. 1. nu. 9.

Quorum fundamentum est ex legibus, quæ dicunt causas fiscales cognoscendas à iudice ipsius fisci, l. cũ vẽ-D dente, l. ad fiscum, C. vbi causę fiscales, l. vnica, C. de vẽd. rer. fiscalium, lib. 10. idem ex d. l. 3. C. de iure fisci: *Si minori pretio, quàm res est* (inquit text.) *aperta emptoris fraude, vel gratia, quæ obligata sunt fisco venierint, aditus procurator meus, debitam quantitatem inferentis restitui ea prædia iubebit.*

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bald. in d. l. 3. C. de iure fisci. Ant. Burg. in cap. vlt. de empt. & vend. nu. 10. & 11. Socin. in d. cons. 91. lib. 3. col. penult. Rebuf. de dilatio. artic. 4. glos. vnica, num. 9. Aret. in rubr. de except. nu. 17. Couar. pract. quæst. c. 8. num. 3. Caballin. de euict. §. 3. nu. 124. quibus & ipse assentior.

Probatur hęc sententia, quia certum est in priuatis ita cõstitutum esse, vt venditor emptoris iudicem sequatur ex d. l. venditor, ff. de iud. sed fiscus vtitur iure priuatorũ præterquam in casibus exceptis & expressis, vt docet gl. in l. Litẽ venitũt, §. in priuatorũ, ff. de pet. hęr. Dec. in cõs. 5. & alibi, ergo & in proposita qõne vtitur iure priuatorũ,

quan-

quandoqnidem nullibi contrarium sit expressum, ac iure singulari constitutum in ipso fisco.

Non obstant leges in contrarium allegatæ, quia cum non aliud dicant, nisi causas fiscales à procuratore Cæsaris esse cognoscendas, non efficitur & hanc causam à fisco trahi posse ad eum iudicem, cum iure constitutum sit, vt venditor ad defensionem emptoris accedens, eius iudicem sequatur. Nec contrarium dicũt leges allegatę.

Ad l.3.C.de iure fisci respondeo. Sententia illius legis est. Si res obligata fisco minori pretio vendatur, (à fisco scilicet) emptoris fraude vel gratia (cum videlicet fiscus, vel decipitur, vel emptori gratificatur) dominus rei offerendo debitam fisco quantitatem, rem suam vendicare authoritate procuratoris Cæsaris interueniente. Merito hanc rem cognoscet iudex fisci, quia in ea specie non ita res agitur, quasi ipse actor rei dominus eam a possessore, cui fiscus vendidit, sibi restitui petat, & is litẽ fisco denunciet, qui proinde causam ad procuratorem reuocet, quo modo existimant prioris sententiæ authores. Sed rei dominus fisco debitam offert quantitatem, & sibi rem suam restitui petit. Fiscus vero, qui male rem distraxit, petit rescindi contractum, idque impetrat, quare procurator Cæsaris rem restitui mandat domino suo. Huius interpretationis authorem habeo Cuiacium in comment. d. l. 3. *Infert igitur* (ait Cuiac.) *debitor fisco debitam quantitatem, non pretium emptori fiscus venditionem resoluit, & emptori pretium restituit. Quod fiet si priuatus creditor æque dolo malo, aut gratiose pignora minoris vendiderit? & placet in ea idem obseruari, vt scilicet offerenti debitori debitam pecuniam, is in hoc teneatur, vt rem, vel id, quod interest, præstet: nisi is soluendo non sit, quo casu oblato pretio, res ab emptore reuocatur, l.1.& 3. C.si vend. pign quod in fisco dici non potest, qui semper est soluendo.* Hactenus Cuiacius. Hanc eandem sententiam secutus est Senat. Pedem. apud Tessaurum, decis. 213.

CAPVT XXXIX.

Vtrum emptor, qui in lite sibi mota vicit aduersarium, sumptus factos causa litis agitata à venditore repetat, aduersario ab expensis absoluto.

EXistimo emptorem, secundum quem pronunciatum fuit in lite mota super dominio rei venditæ, expensas litis petere à venditore posse, si ab aduersario eas non recuperauit, quia videlicet absolutus fuit. Quam sententiam amplexi fuere Bar. in l. venditores, ff. de verbor. oblig. & ibi Angel. Imola, & Aretin. necnon Castrens. Alex. & Iason. Idem tradunt, Io. Andr. Ioan. Imolens. & Abbas, in c. vlt. de empt. & vend. Io. de Anania in consi. 31. & ibi Ludouicus Bologninus in addit. Capra in consi. 90. in 3. dubio. Ant. Gomes. Resol. iuris, tit. de emptio. & vend. nu. 47. Caballinus de euict. §. 3. nu. 146. Nicolaus Valla, de reb. dubiis, c. 9.

Fundamentum est hoc. Venditor tenetur emptorem defendere in lite ei mota, l. si plus, §. mota, ff. de euict. l. qui absentem, ff. de procur. ergo suis sumptibus tenetur eum defendere. Hanc consequentiam probat tex. in l. suo victo, ff. de oper. libertor. Si non defendat, obligatus est ad id, quod emptoris interest, ex regula l. cum quærebatur, ff. iud. solui, & l. stipulationes nõ diuiduntur, vers. Celsus, ff. de verb. obl.

Contrariam sententiam secuti sunt glos. & Bal. in l. 1. C. de euict. & in l. cum testamento, C. de testam. manu. Spec. de empt. & uend. §. 1. num. 34. post. uers. Sed quid si in instrumento. Idem Bal. & Cuman. in l. uenditores, ff. de uerb. obl. Fulgos. in l. qui absentem, ff. de proc.

Sed non est difficile ad argumẽta eorum respondere. In primis affertur l. si status, C. de euic. in illis uerbis: *Quod si fuisse seruum sententia declarauerit, intelligis te ad venditorem reuerti non posse.*

Hic textus decidit, emptorem secundum quem sententia lata fuit, contra uenditorẽ agere non posse. Quod

A sanè intelligendum est, quo ad expensas, non autem quo ad seruum uenditum, neque enim respectu serui uenditi, & non euicti, dubitari poterat, an aduersus uenditorem agere posset, cum apud emptorem remansisset.

Respondeo, sensum legis esse, emptorem de euictione agere non posse ipsius serui, nec eo nomine amplius ad venditorem reuerti. Nam ita olim constitutum erat, vt cum status quęstio moueretur, certis solemnibus adhibitis, libertatis aut seruitutis assertor decerneretur, quę solemnia sustulit Imperator Iustinianus, in l. 1. C. de assertione tollen. Solebat autem etiam post sentẽtiam latam iterum causa examinari, vsque ad tertiam vicem, quod & Iustinianus emendauit. Hoc igitur decernũt Diocletianus, & Maximianus, in d. l. si status, vt si quidem pro libertate sententia lata fuerit, emptor serui agere de euictione possit, quamuis causa iterum ad examen reuocari possit. Si vero pro seruitute, non possit ad venditorem reuerti, licet causa iterum examinari possit. Itaque nec de B litis sumptibus agitur in ea lege: & ratio dubitandi oritur ex eo, quod causa iterum examinari poterat, quamobrem dicẽdum videbatur, nõ prius agi posse, quam causa iterum cognita fuisset, & tandem exitum habuisset.

Secundò affertur hoc argumẽtum. Aut emptoris aduersarius, qui litem mouit, ab expẽsis litis absolutus fuit per imprudentiam iudicis, aut quia iustam habuit causam litigandi. Si per iudicis imprudentiam, venditor nõ tenetur, l. si per imprudentiam, ff. de euict. si propterea, quod habuerit iustam causam litigandi, nõ tenetur, quia hæc est noua causa, quæ post venditionem emersit.

Respondeo negando, esse nouam causam, quæ post vẽditionem emerserit, quoties aduersarius iustam litigandi causam habuit. Nam venditionis tempore, vel ante suberat causa, propter quã lis fuit instituta, neque enim emptor eam suscitauit, quare uenditor, qui eum defendere promisit, suis id sumptibus facere debet.

Tertiò afferunt argumentum ex eo, quod uenditor C ad hoc tenetur, ut rem emptori habere liceat, l. ex empto, §. & ex empto, ff. de act. empt. ergo cum ei rem habere liceat in proposita specie, ut patet, nullam aduersus venditorem actionem habet.

Respondeo, concedo totum argumẽtum, respectu rei uenditæ, sed nego respectu expensarum litis, quas uenditorem sustinere oportet, cum ad defendendum emptorem obligatus sit.

Quartò, argumentum proferunt huiusmodi. Venditor de euictione tenetur ipsius rei principaliter, ad sumptus uero in consequentiam, & accessoriè, sublata ergo principali obligatione, tolli uidetur & accessoria, argu. l. petitori, ff. de lib. leg. reg. accessorium, de reg. iur. lib. 6.

Respõdeo, uego sumptuum refusionem esse accessoriam euictioni causæ. Est enim accessoria obligationi de defendendo rem uenditam, quę non est sublata. Et quod dicitur in d. l. petitori, nil commune habet cum quæstione nostra. Et inter rem uenditam, & litis sumptus, ratio D differentiæ patet: quia res nõ est euicta, ideo eius nomine cessat euictionis actio. Sumptus autem refundendi sunt, quibus lis peracta est, quam suis uenditor sumptib. agere tenetur.

Sed quæri potest, ad quos sumptus refundendos obligatus sit uenditor? Respondẽt Castr. & Alex. in d. l. uenditores, ff. de verb. obl. ad eos sumptus, qui fiũt gratia ipsius litis instruendæ, ut in testibus, instrumentis, & aliis documentis ac iuribus, quibus causa solet instrui.

Nituntur autem iis legibus, quibus dicitur uenditorem assistere debere emptori, & causam instruere, l. si paresentes, l. empti, C. de euict. & insuper, l. 1. C. de periculo, & commo. rei vendit. ubi dicitur uenditorem non teneri, si emptor in lite mota contumax extiterit, nec actori responderit.

Sed hæc sententia dura Caballino visa est in tract. de euictionibus, §. 3. nu. 148. & mihi non probatur. Quia defendere in iudicio est id facere, quod dominus esset facturus,

cturus, l. sed etsi, §. defendere, ff. de procurat. Quare cum venditor monitus emptorē defendere debeat in lite mota, l. si plus, §. mota, ff. de euict. l. qui absentem, ff. de proc. omnia facere tenetur, quæ ipse emptor esset facturus, iudiciumque in se suscipere, & omnes sumptus facere ac suppeditare, qui necessarii sunt in lite & causa.

Nec quicquam obstat l. 1. C. de periculo, & commo. rei vend. quia loquitur in ea specie, qua emptor est in culpa, cum sit contumax. Nec bona est collectio. Venditor assistere tenetur, & causam instruere, ergo eorum tantum sumptuum nomine tenetur, qui causa litis instruendę fiunt, tenetur enim emptorem defendere, atque adeo iudicium & causam in iudicio motam in se suscipere, & consequẽter oẽs sumptus necessarios erogare. Atq; ita sẽtio.

CAPVT XL.

Emens scienter rem alienam, an re euicta agere possit ad restitutionem pretij. Quid si pacto conuentum sit, vt agi non possit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per sententiam, teneatur à sententia appellare.

COmmunis est & vera sententia, eum qui scienter emit rem alienam, non habere actionem de euictione, nec ad pretii restitutionem, nisi aliter conuentum sit, & probatur authoritate l. si fundum, C. de euic. *Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, cōtra iuris poscit rationem.* Ita gl. Bal. & Salicet. in l. non dubitatur, C. de euict. gl. & Panorm. in c. ad audientiam, de rebus Eccles. non alienand. Castrens. in l. emptorem, §. qui autem, nu. 3. ff. de act. empt. Dec. in cons. 114. nu. 4. Natta in cons. 181. nu. 8. Couar. variar. resol. lib. 3. c. 17. post nu. 1. quare non possum satis mirari, cur Franc. Aret. in l. si aliquam, nu. 5. ff. acq. posses. communiter concludi dixerit, ad pretii restitutionem regressum dari, & cur Caballin. de euict. §. 5. nu. 22. dubitet, an d. l. si fundum, C. de euict. correcta, sit ex l. vlt. C. commu. de legat. nam in d. §. vlt. agitur de emptore rei fideicommisso subiectę, quæ proinde aliena non erat, ita respondit Couar. loco superius annotato, vers. ad eam quęstionem à qua digressus sum. Sed non mihi probatur hęc responsio, quia tex. in d. §. vlt. dicit. Cum sufficiat emptori saltem pro pretio, quod sciens dedit pro alienate, sibi satisfieri. Ego puto de ea specie textum illum accipiendum esse, in qua de euictione promisit venditor, tunc enim actio saltem ad pretii restitutionem datur. Id patet ex verbis pręcedentibus dicti §. ait enim: *Neque dupla stipulatione, neque melioratione locum habente.* Quibus verbis intelligitur, tex. loqui quando de euictione interposita est stipulatio, quo casu Imperator negat actionem dari ad duplum, cum sufficiat emptori, sibi de pretio, quod pro aliena re sciens dedit, satisfieri.

Maior controuersia est, quando inter cōtrahentes est conuentum, vt is, qui vendit, de euictione non sit obligatus. Nam teneri nihilominus ad restitutionem pretii, probat tex. in l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt. Sed controuersia est, si pactum generaliter non concipiatur, sed ad certam causam, vel personam respiciat, exempli gratia, cum ita sit conuentum, vt non teneatur venditor de euictione ex causa litis mouendę à Titio. Etenim, actionem hoc in casu ad pretii restitutionem non competere, docet glo. in l. libertatis, ff. de euict. & ibidē Bal. Ang. & Salic. Roma. sing. 387. Castr. in d. l. emptoré, §. qui autem, ff. de act. empt. Marsil. sing. 656. Ripa, in l. si aliquam rem, nu. 47. ff. de acq. poss. Natta in cons. 181. nu. 7. Tiraquel. de retractu consan. §. 12. gl. 5. nu. 14.

Fundamentum est in d. l. libertatis, cuius hęc sunt verba: *Qui libertatis causam excepit in venditione, siue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, siue conditione, qua testamento fuerit impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.*

Huc accedat ratio. Nam cum certa causa expressa est, A sibi emptor imputare debet, cur antequam emerit, non diligentiam adhibuerit, in inuestiganda ipsa causa, & an res euictioni esset obnoxia.

Contrariam sententiam habuerunt Antu. Rubeus. in l. non solum, §. morte, nu. 446. ff. de oper. no. nunc. Couar. lib. 3. variat. resol. c. 17. nu. 1. Caballin. de euict. §. 5. post nu. 26. & isti alios citant, quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt. cuius hæc sunt verba: *Ibidem ait, idem esse dicendum, & si aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstatum iri. Pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret.*

Huius textus verba sunt generalia, vnde & propositæ speciei recte accommodantur, & ratio ipsius legis optime conuenire videtur.

Ad tex. in l. libertatis, ff. de euictio. respōdeo, non obB stare, quia nihil aliud dicit, nisi venditorem eo casu non teneri euictionis nomine, scilicet quoad vtilitatem, non autem quoad pretii restitutionem, ne puguet cum d. l. emptorem, §. qui autem.

Non obstat ratio allegata, quia etiam cū nulla causa exprimitur, sed tantum generaliter illud in conuentionem deducitur, vt de euictione agi non possit, imputare sibi emptor deberet, cur emerit eā rem, quam certò nesciebat esse vendentis. Cur non diligenter perquisierit, an esset in dominio venditoris. Sed quoniam bonæ fidei contractus est, æquitas non patitur, vt venditor pretium retineat, eo casu emptor rem amittit.

Sed & an emptor victus per sententiam teneatur appellare, nō est eadem omnium sententia. Non appellare debere dicunt Spec. tit. de appel. §. 1. num. 8. Papiensis in forma libelli in causa venditionis, in verbo, promittens, nu. 8. Cagnol. ad l. venditor, nu. 5. ff. de iudi. Dec. in consilio 74. num. 3.

C Alii distinguunt; aut emptor habet bonam causam, aut malam, aut dubiam. Si bonam, tenetur appellare, si malam, aut dubiam, non tenetur. glo. Bar. & Angel. in l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. Imola, in c. vlt. num. 8. de empt. & vend. Natta cōs. 206. Caballi. de euic. §. 3. n. 145.

Alij docent emptorem appellare debere, licet causam dubiam habeat, si venditor præsens non fuerit; ita Bald. in d. §. Caia, Ang. Aret. in §. actionum, nu. 20. de action. Couar. lib. 3. variar. resol. c. 17. vers. nono venditor.

Alij existimant, si venditor præsens fuerit, emptorem nō teneri appellare. Ita Io. Andr. in add. ad Spec. loco annotato, Natta dicto cons. 208. & ibi dicit, idē iuris fore, quoties venditori sententia fuerit intimata.

Alij denique censent, emptorem, si bonam causam habeat, appellare debere, licet venditor fuerit præsens. Ita Bal. in d. §. Caia.

Ego totam hanc rem sequentibus conclusionibus explicari posse existimo.

D Prima conclusio. Emptor bonam causam habens, tenetur appellare. Probatur ex l. si bonam, C. de admi. tut. & l. si procuratorem, §. si ignorantes, ff. de procur. & hac ratione: quia cum habet bonam causam, sententia est iniusta, ergo ipsi nocet, nō autem venditori, l. si per imprudentiam, ff. de euict. merito appellare debet, alioqui sibi præiudicat sententia.

Secunda conclusio. Emptor bonam causam habens, appellare tenetur, licet venditor præsens fuerit. Probatur; quia sententia iniusta emptori ipsi nocet, non autem venditori, vt proximè dictum est; vnde si nō appellet, sibi imputare debet, & sua culpa damnū sentire uidetur. Eiusdem iuris est etiam, quando sententia uenditori est intimata. Eadem est enim ratio.

Non obstant huic conclusioni l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. & l. si procur. §. si ignorantes, ff. de procur. Nā quod attinet ad §. Caia, illa est ratio, quia emptor bonam causam non habebat, ut patet ex illis verbis: *Sine quod*

alienum

alienus fuerit, cum veniret, sine quod tunc obligatus, cum euictus est, &c. Quod verò attinet ad d. §. si ignorantes, in specie fideiussor conuentus & condemnatus fuit, is verò sententiam intimauit debitori, vt si vellet, appellaret, quæ res à proposita quæstione longè est aliena.

Tertia conclusio, si emptor malam causam habeat, nõ tenetur appellare. Probatur ea dicto, §. Caia.

Quarta concl. Vbi emptor habet causam dubiam, nõ tenetur appellare. Probatur, quia nulla lege cautum reperitur, quòd appellare teneatur. Nam leges dant actionem emptori euictionis nomine, si modò litem venditori denunciauerit, nulla facta mentione necessitatis appellandi, quando causam ipse emptor malam habet, vel dubiam, vt in l. libera, C. de sententiis & interlocutionibus om. iud. cum vulg.

Quinta concl. Si pacto remissa sit emptori necessitas appellandi, non tenetur appellare. Et hæc sunt pacta vtilia nuncupata, quibus emptor releuatur à multis obligationibus, vt declarat Cagn. in l. venditor, post nu. 5. ff. de iud. *Facit text.* in d. l. Herennius, in princ. ff. de euict. & in l. *quæritur*, §. si venditor, ff. de ædilit. edicto.

Coronidis loco notandum, si emptor appellauerit, eũ teneri ad prosequendam appellationis causam, l. Heren. §. *vlt.* ff. de euict.

CAPVT XLI.

Vtrum statuto ciuitatis causas inter consanguineos compromitti in arbitros, seu arbitratores mandante, possit venditor ad emptoris defensionem accedens, in lite mota cogere aduersarium ad compromittendum.

COmmunis est, & vera sententia, venditorem cogere posse aduersarium emptoris ad compromittendum, vigore statuti. Ita enim censuerunt Bart. in 2. q. incipiente: Pisaniæ ciuitatis. Castrens. ad l. venditor, ff. de iudicijs. Ant. Burg. in c. vlt. num. 21. de empt. & vend. Socin. sen. in cons. 91. nu. 12. lib. Cagnol. in d. l. venditor, nu. 21. Caballin. de euict. §. 3. nu. 127. Blanc. de cõpromissis, q. 3. nu. 49. vers. Assumens iudicium pro alio.

Probatur hæc sententia, quia hoc in casu verba statuti conueniunt, & causa ipsius statuti. Nam statutum mandat, causas & lites inter cõsanguineos compromitti. Sed venditor, & litem instituens, sunt consanguinei, & litẽ habent inuicem, quia alter rem vindicat ab emptore, alter eum defendit, ac se opponit, atque ita inter se litigant & contendunt. Causa verò statuti hæc est, vt sine strepitu iudicij, sine magnis sumptibus, citiusque, & facilius consanguineorum controuersiæ decidantur. Quæ quidem ratio, locum sibi vendicat & in hac specie.

Est autem vulgata iuris regula ac trita. Quoties verba legis conueniunt, & ratio ipsius legis, non esse dubitandum, quin & lex in ea specie conueniat, suamq; vim exerceat.

Contrariam sententiam habuerunt Bal. & Sal. ad l. 1. C. vbi in rem actio. Castr. sibi contrarius, in cons. 178. libro 2. Ang. ad l. emptori, C. de euic. Alex. in cons. 65. lib. 7. Io. de Anano, sing. 70. Laurent. Syluan. in cons. 49. numero 70.

Alij verò distinguunt, vtrum statutum mandet in arbitrũ compromitti, an verò in arbitratorem, ut per Angel. Aret. in rubr. de except. nu. 16. & per Syluan. d. cons. 49. nu. 70. sed magis probatur superior sententia. Porrò fundamentum contrariæ sententiæ positum est in eo, quod venditor ad defensionem emptoris accedens, sequi debeat iudicem emptoris, vt in l. venditor, ff. de iudicijs. Sed hoc argumentum non obstat, quia si venditor ad defendendum accedens, trahere posset causam ad alium iudicem, id eam ob causam tantum obtineret, quod dum emptorem defendit, rei conuenti loco esse videatur. Actor autem forum rei sequi debeat. Sed quoniam reus non est, sed defensor ipsius rei conuenti, nempe emptoris, idcirco sequi debet emptoris iudicem. At in proposi-

A ta quæst. non eo fundamento nititur, quòd sit reus conuentus, vel loco rei conuenti habendus, sed quòd sit consanguineus actoris, quod & verum est, & facit, vt lex municipalis seruanda sit.

CAPVT XLII.

Vtrum volens ex pacto rem redimere, pretium offerre tantum debeat, an verò etiam deponere.

VEnditor ex lege venditionis rem vult redimere, vtrum satis ei sit pretium offerre, an verò teneatur etiam illud deponere, controuersia est non modica.

Et quidem sufficere oblationem realem ipsius pretij, responderunt Io. And. in addit. ad Spec. rub. de empt. & vend. post prin. Bal. in l. acceptam, in 5. q. C. de vsuris, & ibidem Alber. col. 2. Castr. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. & in l. si à te, C. eod. tit. Aret. in l. si seruus communis, col. 1. ff. de vulg. & pup. Soc. sen. in cons. 80. col. 3. lib.
B 3. Cagnol. in repetit. d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vẽd. in 4. notabili. Marsilius sing. 479. Cassaneus cõs. 41. Boerius decis. 124. nu. 27.

Argumenta hæc sunt. Primum ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi patet, ex oblatione pretij facta, actionem competere, nec in textu fit vlla mẽtio depositionis.

Secundum argumentum ex l. si rem, 9. §. vlt. ff. de pig. act. ibi. *Tamen si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam, & quod sua est, consequi.* nec vlla fit mentio depositionis ipsius pecuniæ.

Tertium argumentum est ex l. qui decem, 72. ff de solutio. *Qui decem debet*, ait textus, *si ea obtulit creditori, & ille sine iusta causa accipere recusauit*, &c. *doli mali exceptione posse se tueri*, &c.

Contrariam sententiam, nempe, solam oblationẽ nõ sufficere, sed requiri etiam depositionem, & obsignationem, secuti sunt gl. in d. l. 2. in verbo, oblatã, Bart. & Sa-
C lic. in l. si à te, C. de pact. inter empt. & vend. idem Bar. in l. acceptam, C. de vsuris, Bal. in cons. 108. lib. 5. Petr. Anchar. in cons. 331. col. 1. Io. Andr. in c. illo vos, col. vlt. de pig. Mansuetus in tit. de empt. & vend. §. item venditor ex pacto.

Argumenta hęc sunt. Primum ex d. l. si à te, ibi: *Denũciationis & obsignationis depositionisq́, remedio contra fraudem poteris iure tuo consulere.*

Secundum ex l. acceptam, C. de usuris: *Acceptam*, inquit, *mutuò sortem cum vsuris licitis creditoribus post contestationem offeras, & si non recipiant, consignatam in publico depone, &c.*

Tertium ex l. vlt. ff. de lege commissoria, ibi: *Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exoluere, & sacculum cum pecunia signatorũ signis obsignauit.*

Quartum ex l. 2. C. de iure emphyt. ibi: *Attestatione præmissa pecunias offerat hisq; obsignatis, & secundum le-*
D *gem depositis, minime deiectionis timere periculum.*

Tertia est opinio distinguentium: aut oblatio fit in iudicio, & sufficit, argum. l. si rem, §. vlt. ff. de pig. actio. aut extra iudicium, & non sufficit: sed requiritur etiam depositio & consignatio, argumento aliarum legum, quæ pro posteriore sententia allatæ sunt. Ita Castr. in d. l. si ad te, & ante eum Petr. de Bellapertica, in d. l. 2.

Postrema est sententia Andr. Tiraq. de retract. conuent § 4. gl. 6. nu. 4. oblationem quidem realem sufficere, vt res ipsa redimatur, sed vt redimere volens fructus ex die oblationis cõsequatur, necessariam esse depositionem, & obsignationem pecuniæ.

Ego sanè in hac controuersia existimarẽ, sufficere realem oblationẽ pretij, nisi aduersa pars recusaret accipere, tunc enim depositione pecuniæ opus esse iudicarem.

Moueor authoritate l. nec creditores, C de pig. actio. ibi: *Reddita iuri debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, obsignata, & deposita, &c.*

Moueor

A Moueor præterea ex aliis legibus quæ superius allatæ sunt, & quę disertè requirũt eiusmodi depositioné & cõsignationẽ, quoties creditor detrectat recipere pecuniã.

Nec me ab hac sententia deterrent iuris loca pro contraria opinione relata. Nam quod attinet ad d.l.2. nec ibi negatur necessariam esse depositionem reluctante aduersario, & contrahentes in ea specie pacti sunt, & quandocunque venditores, siue hæredes eorum pretium offerrent, fundus eis restitueretur.

Quod verò dicitur in d.l. si rem, §. vlt. minimè obstat: quia creditor in ea specie pecuniam accipere non detrectabat, sed quęstio erat an pignus repeti posset, quia quãtitas debita, non erat soluta creditori. Iurisconsultus respondit actionem competere ad pignus reluendum, debita pecunia oblata.

Ad l. qui decem, ff. de solutio respondeo, eo in loco nõ agi, an debitor offerendo debitam pecuniam, actionem consequatur, sicut in casu nostro, sed an post oblationẽ periculum amissionis pecuniæ, pertineat ad ipsum debi- B torem, vel creditorem; & ait textus ad creditorem pertinere, non enim est æquum, eum teneri pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor eam accipere uoluisset. Quanquam non desunt, qui existiment etiam in ea specie depositionem esse necessariam. Vide Decium in l. quod te, in 2. lectura, nu. 26. ff. si certum petatur.

Solet etiam afferri textus pro contraria opinione, in l. si per te, C. de usuris. Sed nihil obstat, quia depositionẽ requirit, vt patet ex illis verbis: *Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vsuras non conuenieris.*

CAPVT XLIII.

Quodnam sit pretium iustum annui census.

HOc caput Italis meis scribo, nõ Germanis, apud quos Cæsarea lege definitum est, iustum annui census pretium esse, cũ in singula centena quin- C que constituuntur, ut constat ex Andr. Geyll. lib. 2. obseru. cap. 7. quod quidem alibi non ita definitum est, & apud doctores maximè controuersum.

Iustum esse pretium primo loco annui census cũ decem in singula centena dantur, responderũt multi, quos citat Tiraquell. de retractu consang. §. 1. glos. 6. num. 17. Anton. Tessaurus decisio. Pedem. 154. Benedictus Bonius de censib. lib. 1. artic. 8. & eorum fundamentum est in extrauag. Martini V. tit. de empt. & vend. necnon Calixti, ibidem relata, & Nicolai V. ad Alphonsum Aragonum Regem, eiusq; subditos citra & vltra Pharum Siciliæ constitutos directa, in quam Commentaria scripsit Petrus Follerius. Adstipulatur & doctrina Bartoli in l. in lege Falcidia, 45. ff. ad leg. Falcid. & in l. Papinianus, §. vnde si quis, ff. de inoff. testam. quibus in locis docuit interusurij æstimationem esse decem pro centum.

Sed hęc sententia solidum non habet fundamentum; quia Martini & Calixti constitutiones nõ definiunt ge- D neraliter id esse iustũ annui cẽsus pretium, sed statuunt, eos contractus censuum, qui in dięcesi Vratislauiensi frequentabantur, esse licitos. Fiebant aũt in hunc modum, vt ibi Martinus Pont. Max. commemorat: *Ad rationem, & pro qualibet marca annuus census decem, vndecim, tredecim, quatuordecim marcæ, aut plus vel minus, secundùm temporis qualitatem, prout ipsi contrahentes inter se conuenerant*; quibus verbis significatur, aliquando decem in singula centena fuisse constituta, aliquando nouem, aliquãdo octo, aliquando septem, & quandoque sex. Sed licet Summus Põtifex ex relatione Cardinalis, cui negotium illud fuerat cum peritorum consilio demandatum, comperit cõtractus eos iuridicos & licitos fuisse, ut ipse dicit in dicta constitutione, non tamen efficitur, alibi quoque generaliter ita esse statuendum, ut nulla locorũ, temporum, personarum habita ratione, iustum annui cẽsus pretium reputetur, cum in singula centena decẽ dantur.

A Quamobrem extra prouincias illas extendi nõ posse memoratas constitutiones responderũt Alciatus in cons. 3. n. 3. Natta in cõs. 498. Gratus cons. 39. lib. 2. Aret. cõs. 30.

Quod verò attinet ad Nicolai V. constitutionem, eã pertinere ad Regem Siciliæ, & eius subditos, patet ex eius tenore, & testatur optimè Io. Bapt. Lupus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & uend. comment. 2. §. 2. nu 86.

Secunda est opinio, iustũ esse pretium quantum ascẽdit cumulus pensionum, quindecim annorum, argu. l. si quis argentum. §. sin aũt donator, C. de dona. quã sententiam consuetudine Montargiensium & Lotuiensium receptam esse testatur Tiraquel. loco annotato. Sed cùm decisio dicti §. sin aũt donator, in donatore paupere loquatur, nullum ex ea fundamentum sumi potest firmũ, sicuti adnotauit Couar. variar. resol. lib. 3. c. 9. nu. 6.

Tertia est sententia, quinque pro centum, esse iustum annui census pretium, gl. in auth. perpetua, in ver. Iusta, C. de sacrosanct. Eccles. & ibi Castrens. Rom. in consil. B 423. Cępolla de simula. contract. in 3. præsumpt. Guido Papæ, in cons. 180. & alij à Tiraquello citati de retractu consang. §. 1. gl. 6. nu. 19.

Nititur hæc sententia textu in §. si verò alicuius, in Auth. de non alien. reb. Eccles. qui non facit ad rem nostram, loquitur enim de emphyteusi rei Ecclesiasticę ad certum tempus concessa, preciosę quidem, sed modici redditus, sicuti adnotarũt Couar. lib. 3. variar. resol. c. 9. nu. 5. & Lupus loco superius citato, nu. 77.

Quarta est sententia, sed nullo nixa fundamento, sex procentum, iustum pretium cõstituere. Ita Laurentius de Rodulphis in commentariis de vsuris, 2. par. quæst. 12. Parisius in cons. 60. nu. 29. lib. 1.

Quinta est sententia Couar. loco supra citato, obseruandam esse hac in re prouincię consuetudinẽ, communemque hominum æstimationem, secundùm quam rerum pretia definiri solent, l. pretia rerum, ff. ad leg. Falc.

Sexta est opinio Io. Bapt. Lupi in sæpè citatis commẽ- C tariis ad l. 2. C. de pact. int. empt & vend. comment. 2. §. a num. 79. iustum esse pretium annui census illud, quod æstimationi rei, super qua constituitur, & fructibus, qui ex ea percipiuntur, respondet & conforme est.

Eandem sententiam probat Iacob. Menoch. in cons. 445. nu. 12. lib. 5. Eiusdẽ sententiæ mihi vr esse Martin. Nauar. in cõmentarijs de vsuris, ante nu. 86. vbi in hanc rem perpendit verba constitutionis Pij V. quibus censum constituendum esse super re frugifera. *Quamuis, inquit Nauarrus, non dicat* (Pontifex Maximus) *quanta frugis debeat esse, satis tamen significat, quod debeat esse tantæ, quãtus est census, alioquin non satis aptè diceretur frugifera.*

Hanc sententiam ego cæteris omnibus facilè ante pono, quia manifestam habet rationem. Sed animaduertẽdum esse iudico ex eiusdem Pij V. constitutione, ita censum creari posse & constitui, vt semper in potestate venditoris census positum sit, eundem censum redimere.

Constat prætereà venditorem census nec dominium, D nec possessionem amittere illius rei, super qua fit census. Qua propter iustum esse pretium existimarem etiam illud, quod rei æstimationem, & fructus ex ea percipi solitos excedit. Etenim pactum illud reluendi ex communi omnium sententia diminuit iustam rei venditæ æstimationẽ, vt patet ex traditis per Socin. in cons. 16. lib. 1. Couar. variar. resolut. lib. 3. c. 10. Rolan. à Valle, in cons. 96. nu. 38. lib. 2. & alios passim. Itaque, si v.g. quinque pro cẽtum ex re cẽtum supposita percipiantur, iustam tamen eã esse conuentionem arbitror, qua septem annua, vel etiã octo emptori census præstantur. Nam si rem ipsam emisset libere & absque onere reluitionis, quinque annua ex ea percepisset, præter alia commoda, quæ ex prędijs & rebus frugiferis percipi solent. Atque hanc sententiam iuri & æquitati consentaneam fuisse iudicatam à Summo Pontifice Gregorio XIII. ex testibus fide dignis ac religiosis accepi: idque in Ecclesiastica ipsa ditione passim fere obseruatur.

CA-

CAPVT XLIIII.

Vtrum annuus census necessariò constitui debeat super certis rebus frugiferis.

ET hoc caput Germanis mihi carissimis patum vsui esse poterit, apud quos consuetudine receptum esse, vt census tàm super certis, quàm super incertis rebus, immò & super personali obligatione constitui possint, testis est Andr. Geyll, lib. 2. obseru. 7. num. 13. sed tamen iuuat illud in disputationem reuocare, quòd satis celebris ea de re sit controuersia.

Et quidem eorum sententiam magis probo, qui super certis rebus sui natura frugiferis census esse constituendos existimarunt. His etenim adstipulatur Pij V. Pontificis Maximi authoritas, cuius ea de re extat constitutio edita anno 1568. 14. Kal. Februarij, præter Mart. & Calixti editas constitutiones, de quibus in extrauag. de empti. & vend. in illis verbis: *Super bonis suis, dominijs, oppidis, &c.* Et rursus ibi: *Super eorum bonis, domibus, agris, prædijs, possessionibus,* &c. Authores autem huius sententiæ sunt Io. de Lignano in c. in ciuitate, de vsuris, & in c. vlt. quæst. 1. eo. tit. Aretin. in cons. 151. col. 3. Abbas Panor. in disputatione 5. col. vlt. Laurentius de Rodulphis in c. consuluit, in c. ex parte, quæst. 12. Angelus in summa, in verbo, vsura, nu. 78. Cassanens in catalogo gloriæ mundi, parte 12. consideratione 98. fallen. 25. & in cons. 93. nu. 6. S. Antoninus in summa, in 2. parte, tit. 1. c. 8. §. 10. Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. comment. 2. §. 2. nu. 63. Martinus Nauarrus in commentariis de vsuris ante num. 86.

Contrariam sententiam habuerunt; scilicet etiam super personali obligatione posse constitui, Conradus de contractibus; quæst. 74. & 75. Io. Medina de restitutione, quæst. de censi. col. 5. Dominicus Sotus de iust. & iure, lib. 6. q. 5. artic. 1. Couar. lib. 3. variar. resol. cap. 7. num. 5. vers. Ego sanè.

Argumenta hæc sunt. Primum argum. Census constitui potest super certis bonis, ita, vt eis peremptis, venditor nihilominus ad annuam pensionem teneatur. Huiusmodi autem obligatio non est alia quàm personalis, ergo nihil prohibet, quò minus super persona constitui possit.

Assumptio probatur ex constitutione Martini & Calixti, in extrauag. de empt. & vend.

Respondeo, eas constitutiones id non dicere. Verba cõstitutionis Summi Pontificis Martini hæc sunt, quod ad hanc rem attinet: *Sed ad hoc huiusmodi census venditores inuiti, nequaquam per emptores arctari, vel adstringi valerent, etiam ipsis possessionibus, & bonis obligatis penitus interemptis, seu destructis.* Verba Calixti hæc sunt: *Sed ijdem ementes etiam si bona domus, terræ, agri, possessiones, & hæreditates huiusmodi processu temporis ad omnimoda destructionis, seu desolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent.*

Quibus verbis hoc summi Pontifices decernũt, vt re perempta, perimatur etiam actio ad sortem repetendã. Sed non inde sequitur, actionem ad censum annuũ rebus etiã peremptis saluam remanere, id non dicunt textus dictarum constitutionum, immò cùm ad sortem repetendam extinguatur actio, videtur etiã in consequentiam extingui ad census annuos petendos, qui propter ipsam sortem pecuniæ præstantur.

Secundum argumentum. Licet alicui gratis se obligare ad annuam pensionem alicui præstandam, ergo & data pecunia licebit.

Respondeo, nego consequentiam, sicut si quis ita argumentaretur. Potest quis donare cuipiam aliquid ex liberalitate; ergo donare potest etiam propter pecuniam ab eo mutuatam.

Tertium arg. potest quis locare certa mercede constituta operas suas, l. qui operas, l. in operis, ff. locati. ergo

A & eas vendere, certo pretio constituto. Videtur autem quis operas suas vendere, dum se ad præstandum annuũ censum obligat, certa pecuniæ summa accepta.

Respõdeo negando, operas in proposita specie vendi. Quid enim, si obligatus ad censum idoneus non sit ad operandum? quid si idoneus sit quidem, sed non tanti æstimandæ sint operæ, quantum census nomine prębtat? quid si infirmus sit, & ex co nulla prorsus speret operã?

Quartum argumentum. Quoties super certis rebus census constituitur, persona tamen principaliter videtur esse obligata, ideoque & re perempta manet obligatio personæ, argum. l. creditor, 28. ff. si certũ petatur. Igitur æquè potest super ipsa personæ obligatione census fundari, atque super ipsis rebus. Immò iustior esse vr̃ cõtractus, quo persona tantùm obligata sit, & vtilior emptori.

Respondeo, personam quidem esse principaliter obligatam, sed tamen super certis rebus constituendum esse censum, vt pecuniæ amittendæ re perempta, vel infrugi-
B fera reddita, periculum emptor subeat, sic enim contractus à fœneratitio mutuo euidenter erit alienus, ac proinde licitus. Cùm alioqui personalis obligatio rei peremptione non tollatur, l. incendium, C. si cert. petat. Sed dũ dr̃, ergo æquè bene super persona, &c. negatur, quoniam super rebus fit, non tantum vt eæ sint emptori obligatę, sed ẽt vt subiaceat alicui periculo census, nempe vt re perempta, & ipse perimatur, quod vnà cum alijs conditionibus à Pio V. Pontifice Maximo requisitis, facit, vt contractus magis licitus, & minus suspectus iudicetur.

CAPVT XLV.

Quis contractus esse dicatur, cùm pro re datur res, & simul etiam pecunia, & an dicatur esse permutatio, cùm res, siue species certa datur pro incerta, vel incerta, pro incerta.

C CVm ex vna parte contrahentium res datur, vt res accipiatur, & simul etiam pecunia, disputari solet, quisnam contractus censeatur. Prima est sententia eiusmodi contractum esse innominatum. Ita Bart. ad l. 1. ff. de rer. permut. Fulgos. & Ias. ibid. Imola, & Ludouic. Rom. ad l. Aristo, ff. de donation. Idem Rom. in cõs. 86. Io. Berberius in uiatorio iuris, rubr. de rer. permut. col. 2. Guido papæ decis. 92. Firmian. in tract. de gabellis 3. parte, 8. partis princ. quæst. 2. vers. Item an habeat. Ripa ad l. 2. ff. si certũ petatur, in ult. col. Cotta in memor. in uerbo, contractus an in dubio. Tiraq. de retractu consang. §. 30. gl. 1. num. 36. Pinell. ad l. 2. C. de rescin. uend. in 2. parte, cap. 2. nu. 5. Anton. Gomes. uariar. resol. tit. de contract. cap. 2. num. 10.

Fundamẽtum est in eo, quòd cum incertum est, quis contractus appellari possit, innominatus esse censeatur, & idcirco præscriptis uerbis agendum sit, l. 1. ff de tributor. actio. l. 1. & 2. ff. de præscript. uerb.

D Secunda est opinio, huiusmodi contractum uenditionem censeri, quoniam id uidetur esse fauorabilius, ita Bald. in prælud. feud. nu. 11. Alex. ad Bart. l. si in empt. ff. de contrah. empt. Fabian. à Monte de empt. & uend. in 2. quæst. princ. nu. 23.

Tertia est sententia, hanc rem diiudicandam esse, non ex nomine, quo contrahentes utuntur, sed ex substantia, & qualitate ipsius contractus; nam si exempli gratia res detur, ut alia res accipiatur, & simul etiam pretium modicum, & longè minus, quàm sit ipsa res, talis contractus erit permutatio, non autem uenditio, licet res & pretium intercesserit. Ita Castrens. ad dictam l. Aristo, ff. de donation. Antonius, Gomesius & Tiraquell. locis annotatis.

Quarta est opinio Francisci Connani lib. 7. commen. iuris, titu. de rer. permut. nu. 3. id sequendum esse, quod contrahentes præcipuè uoluerunt, eamque uoluntatem ex magnitudine quidem pretij iudicandam, sed non

ex solo

ex ſolo exceſſu, quia poteſt tam paruus exceſſus eſſe, ut in fraudẽ venditionis permutatio fieri videatur, id quod iudicio prudentis iudicis æſtimabitur.

Quod ſi vectigal aliquod pendendum ſit, vel canon emphyteuticus de rebus emptis, exiſtimat Connanus hæc ad viuum eſſe reſecanda, & quatenus interuenit pecunia, venditionem eſſe iudicandam, quatenus res interuenit permutationem.

Quinta & poſtrema eſt ſententia, hanc contractum partim eſſe venditionem, partim permutationem, ita Alciatus ad l.2.nu.18.ff.de uerb.oblig.idem ante eum ſubobſcure tamen dixerunt Specu.titu.de cer.permut.verſ. Si verò res. Cyn.ad l.quæritur, ff.de ſtatu hominum. & ibi et Ang.necnon Caſtr.in l.Ariſto,n.3.ff.de don. Eandem ſniam ſecutus eſt Couar. variar.reſol. lib.2.c.3.nu.9.& nouiſſimè Federic.Scotus ad l.2. ff.ſi cert.petatur.

Ex his ſententijs hæc poſtrema videtur mihi probabilior, ſed & tertiam ſententiã magnopere probo. Pro confirmatione autem afferri poſſunt leges, quibus patet,nõ eſſe nouum, vt aliquis contractus partim venditionis, partim donationis nomine cenſeatur, l. cum hic ſtatus, §.pen.l.ſi ſponſus,§.circa,ff.de donat.inter virum & vxorem,l. Ariſto,de donation. & cum in hac facti ſpecie omnia interueniant,quæ ad venditiona & permutiones cõtractum pertinent, nempe, res pro re, & ſimul etiam pretium, haud dubium eſſe poteſt, quin ex ea pacte, qua pretium interuenit, contractus ad venditionem referendus ſit, & quatenus res datur, vt altera eius vice accipiatur, ad permutationem, niſi pretium ita ſit exiguum, ut eius habenda ratio non videatur ad conſtituendum ex eo contractum.

Nec Pinelli argumenta, hanc ſententiam refellere conantis aliquo pacto me mouent. Imprimis affert l. ſi in emptione,34.ff.de contrahen.empt. in illis verbis: *Nec refert quanti ſit acceſſio, ſiue plus in ea ſit*.

Reſpondeo, ſenſum eſſe id, quod accedit deberi, quantumcunque ſit, quia plerunque res propter acceſſiones emuntur. Debetur autem id, quod venditor intellexit, quia debitoris eſt electio, cum aliquid in genere debetur vt fruſtra Cuiacius lib.1. Obſeru.ca.10.tentauerit, loco venditoris, ſubſtituere emptoris. Sed acceſſio in ea lege non mutat ſpeciem contractus, ut in propoſita quæſtione, quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Secundò affert tex. in l.fundi partem,79.ff.eo.titu.& in l.6.§.1.& in l.ſi ſterilis,§.ſi ubi,ff.de actio.empt.in qui bus legibus, inquit Pinellus, Iuriſconſulti venditionem appellant, cum datur pecunia, & alia res, nec diſtinguũt quid ex his excedat, & quantum.

Reſpondeo. Quod attinet ad d.l.fundi partẽ, ibi non dicitur venditionem factam fuiſſe certo pretio conſtituto, & ſimul etiam alia re data, ſed lex loquitur de venditione, cui pactum acceſſit, vt emptor alteram partẽ fundi conductam haberet, atque ex empto actionem dari, ut pactum impleatur, quæ res toto diſtat cælo à quæſtione noſtra.

Eadem reſponſio valet ad d. l.6.§.1. in qua agitur de pacto venditioni adiecto, non autem de pretio, & alia re: *Si vendidi, inquit, tibi inſulam certa pecunia, vt aliam inſulam reficeres, agam ex vendito, vt reficias*. Eodẽ modo loquitur l.ſi ſterilis, §.ſi tibi.

Eſt & altera controuerſia, ſit ne permutatio etiã quando res incerta datur pro incerta, vel pro certa.

Affirmant Deci. ad l.2.ff.ſi certum per.nu.18. Alciat. ibid.nu.23.Zaſius,nu.4. Curt.iun.29. Buticella, nu.37. Feder.Scot.nu.124.& alij quos commemorat Pinell.ad l.2.C.de reſcin.vend.in 2.parte rubr.c.1.nu.10.

Negant verò gloſ. in l.1. C. de rerum permut. in verbo, poſtulatis, Bar.ad l.1.in 3.q.ff.eod.tit.& in l.2.ff.ſi certum pet.& ibid. Caſtrenſ. Iaſon, nu.8.Ripa, nu.25. necnon & nouiſſimè Viglius.

Fundamentum habet hæc poſterior ſententia in ijs legibus, quibus agitur de permutatione, & mentio plerũ-

A que ſit rei certæ, vt in l.1.l.quoniam, l.emptionem, C.de rer.permut.& in l.1. ff.eo.tit. contra verò cum res ingenere datur, vt res accipiatur, contractus eſt innominatus, l.4.§.1. ff.de præſcript. verb. accedat, inquit Iaſon, quod permutationis verbum ſignificat quandam perfectam mutationem, quæ maximè eſt, cum vna ſpecies cum altera commutatur.

Sed iſtis nil morantibus, priori ſententiæ magis accedo, quę probatur ex l.vlt.C.de rer.permut.vbi patet permutationem eſſe, cum aliquid menſurarum in genere, vel annuum præſtandum eſt.

Secundò probatur ex l.1.ff. de contrah. empt. vbi patet permutationem appellari cum agitur, vt pro toga data, recipiatur tunica, vel ferrum pro vino, & ſic in gñre.

Tertiò ex l.4.§.1.ff.de præſcript.verb.ibi: *Sin autem do rem, vt rem accipiam* (in genere) *quia non placet permutationem rerum, emptionem eſſe*, &c. Quibus verbis permutatio appellatur, vt patet.

B Poſtremò probatur ex ipſa rubrica, quæ inſcribitur de rerum permutatione, & ſic in genere, non autem de ſpecierum permutatione, & ſic rerum certarum, quicquid diuinando Ripa reſponderit.

Ad argumenta contrariæ opinionis reſpondeo, meritò appellari permutationem rerum, ſeu ſpecierum certarum in dictis ll. non tamen infertur ſecus eſſe ſtatuendum in rebus incertis, nec id negant ll. allegatæ. Quod verò dicebat Iaſon, nullius eſt momenti, quia cum res in genere promittitur, & contractus effectũ ſortitur, tunc res certa datur, ut dicebant Dec.& Fed. Scot. locis annotatis.

CAPVT XLVI.

Quomodo probetur minorem, vel pupillum locupletiorem factum eſſe ex contractu, vel etiam maiorem.

C MInorem viginti quinque annis prædium alienatum vindicare poſſe, nec ad pretium reſtituendum obligari, niſi in eius vtilitatem verſum ſit, docet l.prædiorum, C.de prædiis minorum, & minorẽ eſſe reſtituendum aduerſus contractum, niſi factus ſit ex eo locupletior, præſertim vbi pecuniam ſœnori acceperit, docet l.1.& 2. C.ſi aduerſus creditorem.

Conſtat etiam, pupillum contrahentem non obligari, niſi quatenus locupletior factus eſt, l.ult. C.de uſuca. pro emptore, l.patri, §.item ex diuerſo, ff.de minoribus. Sed & bonæ fidei poſſeſſor tenetur petitione hæreditatis, in quantum factus eſt locupletior, l.item veniunt, §. præter hæc, & l.utrum, ff.de petitione hæred. controuerſia eſt igitur, quomodo probetur quempiam factum eſſe locupletiorem?

Prima eſt ſententia eorum, qui exiſtimant, id ex eo probari, quod pecuniam ad aliquem peruenisſe probetur, niſi ipſe probet ſe eam malè conſumpſiſſe. Ita gl. in l.verum, in verbo conſumpſiſſe, ff.de petitio.hæred.necD non Ang.ibid. Fulgoſ. ad l.ſed etſi lege, §.quod autem, ff.eo.tit.Rom.in conſ.149.nu.2.Anchar.in conſ.5.nu.1. Alex.in conſ.63.nu.5.lib.2.Corn.in conſ.72.nu.9.lib.3. Dec.in l.ea pœna lib.nu.5.de reg.iur.Io.Crotus in conſ. 11.num.48.lib.1.Ruyn.conſ.24.ad fin.lib.1.& in conſ. 29.ad fin.lib.2.Socin.ſen.in conſ.24.nu.41.lib.1.& 279. nu.19.lib.5.Socin.iun.in conſ.ult.nu.39.lib.1.Berous in conſ.44.nu.6.& nu.16.lib.1.Gozad.in cõſ.94.nu.7.Ant. Gabriel.lib.1.commu.concl.tit.de probat.concl.7.n.16. Io.Lup.in rubr.de donatio.int.vir.& vxor.§.48.num.1. alios citat Maſchardus de probat. vol.3. concl.1164.

Fundamentũ eſt, quia nemo præſumitur iactare ſuũ, l.cum de indebito, ff.de probatio. Idcirco non præſumitur quis conſumpſiſſe pecuniam, ſed potius locupletior factus, l.ſi defunctus, C.arbitrium tutelæ. Imò præſumitur res extare adhuc, & non eſſe conſumpta, argumento l.ſi creditor, C.de pignorat.actio.& eorũ quę tradit Bart. ad l.ſi quis ex argentariis, §.an uero, ff.de eden.

Huc

Huc accedat tex. in l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. quibus in locis dicitur minorem restituere debere pecuniam, quæ ad eum peruenit, nisi quis sciens, eum consumpturum, dederit.

Sed contrariam sententiam, nempè pecuniam consumptam præsumi, & idcirco probandum esse conuersam fuisse in vtilitatem accipientis, amplexi sunt Ange. sibi parum constans in cons. 160. circa fin. Dec. ad l. certi condictio, §. quoniam, nu. 3. ff. si cer. pet. Ruin. in cons. 204. nu. 15. lib. 1. & in cons. 91. nu. 6. lib. 5. Iaso. ad l. Nesennius. §. fundum. nu. 4. ff. de re iud. Fely. in c. de quarta. col. 10. vers. secunda restrictio, de præscr. Curt. sen. in consil. 72. col. 4. vers. septima conclusio. Curt. iun. in cons. 6. nu. 26. & nu. 28. Cast. in cons. 247. nu. 6. lib. 1. Gomes. in §. actiones, nu. 21. Instit. de act. Alcia. in d. l. certi condi. §. quoniam, nu. 10. Cagn. in l. ex pœnalib. nu. 3. de reg. iu. Hippol. Rimin. in §. ult. nu. 72. in Insti. quibus alienare non licet. & in cons. 43. lib. 1. Menoch. de præsum. lib. 6. præsump. 27. nu. 6. & de recup. poss. remed. 15. num. 568. Crauetta in cons. 550. nu. 16. lib. 3. Alios citat Maschardus loco superius annotato.

Argumenta sunt ista. Primum ex eo, quod docet glos. communiter recepta in l. vlt. C. de vsucap. pro emptio. nempe probari quempiam esse factum locupletiorem, si probetur pecuniam extare apud eũ, qui accepit, aut in sumptus necessario erogatam, aut aliquid ex ea emptum.

Secundum argumentum est ex l. in pupillo, ff. de solutio. dum ibi dicitur, tempus litis contestatæ inspiciendũ esse, vt sciatur, an aliquis factus sit locupletior. Ergo non sufficit probare, pecuniam ad eum peruenisse.

Tertium est ex l. vtrum, ff. de petitio. hæred. dum ibi dicitur, verbum *peruenissent*, accipiendum esse cum effectu, s. si bonæ fidei possessor ex eo factus sit locupletior.

Quartum est ex l. prædiorũ, & ex l. si prædiũ, C. de prędijs minorũ, in illis verbis; *pro ea duntaxat parte te conueniri permittet, quã in facultates tuas erogatã esse cõstiterit*.

Quintum ex l. 1. & 2. C. si aduersus creditorem, in illis verb. *nec doceri potuisse, ex eo contractu locupletiorem esse factum*. Item ibi, *Nec eam rem suam versa est*, &c.

Tertia est sententia distinguens. Aut contractus nullus est cum pupillo, vel minore initus, & tunc is, qui dicit eum locupletiorem factum, id probare debet aliunde quam ex eo, quod pecuniã ad eum peruenerit. Aut contractus initus valet, sed minor petit se restitui, & tũc sufficit probare, pecunia ad eum peruenisse, eiq; onus probandi incumbit, pecuniam malè fuisse insumptam. ita glo. in l. prædiorum, C. de prędijs minor. & ibi Bar. qui tamen dicit id non procedere in pecunia fœnori accepta.

Eandem sententiam secuti sunt Bald. Salic. & Angel. ibi. Socin. sen. in cons. 115. col. vlt. lib. 1. Hippol. Rimin. in d. cons. 43. nu. 9. lib. 1.

Aliam hac in re distinctionem adhibet idem Bar. in l. 1. C. si aduersus creditorem, quam placuisse multis, testatur Pinel. ad l. 2. C. de rescin. vend in 3. p. cap. 1. num. 27. *Quandoque* inquit Bar. *minor repetit rẽ suam alienatam, dicens contractum ipso iure nullum, reus autem vult retinere rem, dicens pretium conuersum in vtilitatẽ minoris, & tunc reus probare debet minorem locupletatum, ita loquitur l. si prædium, C. de prædijs minorum. Quandoque minor repetit rem suam per restitutionem in integrum, vel alias petit se restitui, & tunc aduerte, quia si minor dicit se læsum in eo, quod vendidit, quia non expediebat sibi vendere, aduersarius vult retinere rem pro pretio, quod dedit minori, quod est versum in vtilitatem minoris, tunc aduersarius debet probare minorem locupletatum, quia est causa suæ exceptionis l. patri, §. 1. & 2. ff. de minoribus, l. si res, § 1 de iure dot. Quandoque minor petit se restitui. quia læsus est in eo, quod precium perdidit, & tunc debet ipse probare se perdidisse, quia est causa suæ intentionis, l. minoribus C. de in integr. restitu. l. nam & postea. §. quod si minor. ff de iureiur. s. ibi in fœneratore, hic est casus*, hactenus Bar. idem præclare docet Duar. ad tit. C. si aduer. creditorem.

A Postrema est sententia Pinelli ad l. 2. par. 2. c. 4. nu. 66. Aut versamur in contractu cũ minore facto, & tunc probandũ est minorẽ fuisse locupletatum aliunde, quam ex eo, quod pecunia ad eum peruenerit. Aut versamur in cõtractu facto cum maiore, & tunc si probetur pecuniam ad eum peruenisse, eo ipso locupletior factus probatur.

Ego sanè in eorum sententiam sum procliuior, qui simpliciter docent, probandum esse pecuniam in vtilitatem versam, ita vt non sufficiat probare, pecuniam ad minorem, vel alium, peruenisse: Si enim ex eo, quòd pecunia ad aliquem peruenerit, præsumeretur ex ea factus locupletior, non erat opus, vt illud à lege requireretur, nẽpè, ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eũ factum esse locupletiorem, sed dicendum erat eum teneri, nisi probaret se consumpsisse. Solet enim iuris pręsumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget, l. non est verisimile, ff. de eo quod met. causa. At leges requirunt probationem. Id patet ex legibus pro hac sen-
B tẽtia superius citatis. Sed satis disertè id patet ex l. si fine, §. interposito, ff de admi. tut. vbi tex. ita dicit. *Quæro an cum ex hac venditione melior factus non sit, neque in rem suam quicquam versum probetur, pretium emptori restituere non debeat?* &c. Quibus verbis apparet id probari oportere, nempè, pretium in vtilitatem versum. quod certè probandum non esset, si præsumeretur versum ex eo, quod solutum fuisset minori. Similiter in l. patri, § item ex diuerso, ff. de minoribus, ait text. *Iuuenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia factus est locupletior*. Sed & ex l. vtrum, ff. de petit. hær. manifestum euadit ex eo, quod res ad aliquem peruenerit, non statim præsumendum, eum ex ea locupletiorem factum. Sic. n. textus: *Et verbum quidem peruenisse ambiguum est. Solũne hoc contineat, quod prima ratione fuit, an vero & id, quod durat, & puto sequentem clausulam Senatusconsulti sequendam* (Nempè, eam quæ requirit, vt ex eo, quod peruenit, factus sit locupletior, ut in l. item veniũt, §. eos, ff. eo. ti.)
C *Et si hæc sit ambigua, ut ita demum computes, si factus sit locupletior*.

Quare id quod simpliciter est dictum in l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. & alibi, minorem pretium, quod ad eum peruenit, restituere debere, intelligendum erit, si ex eo factus est locupletior, cuius interpretationis authorem habeo Iacobũ Cuiacium ad lib. 1. Sententiarum Pauli, tit. de minoribus, is enim in hanc sententiam omnes leges accepisse videtur, quæ minorem in integrum restitutum, ad pretium restituendum, condemnant.

Porrò, illa legis notissima pręsumptio; neminem iactare suum, ad hanc speciem accommodari nõ potest, quia lex requirit probationem, nec illa præsumptione contenta est, vt patet ex legibus allegatis.

CAPVT XLVII.

D *Vtrum is, cui plures res sunt obligatæ a diuersis possessæ, contra vnum ex possessoribus agere possit in solidum, an vero conuenire omnes debeat pro rata.*

DVm controuertitur, an is, cui plures res obligatæ sunt a pluribus possessoribus detentæ agere possit hypothecaria contra unũ, an vero omnes simul pro rata conuenire debeat, affertur pro decisione tex. in l. moschis, ff. de iure fisci, cuius authoritate omnes possessores pro rata conueniendos docent Ioan. Faber, in §. item si quis in fraudem, nu. 26. in Inst. de act. Cassaneus in consuet. Burg. rubr. 5. §. 2. nu. 17.

Et Afflictus ad Const. Neapol. lib. 1. rubr. 17. num. 26. hanc sententiam æquiorem esse dicit, ideoque seruari in Regno Neapolitano.

Sed contraria sententia semper mihi probabilior visa est, nempe possessorem quemlibet insolidum conueniri posse.

CAPVT XLIX.

Quid sit mutuum consistere in his rebus, quæ in genere suo functionem recipiunt, per solutionem magis, quàm per speciem, vt in l. 2. ff. si certum petatur.

HOc caput in studiosorum gratiam annecto, quibus gratissimum erit intelligere, quid sibi Paulus voluerit in l. 2. §. mutui datio, ff. si certum petatur, cum dixit, mutui dationem consistere in ijs rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, *quoniam eorum donatione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt, per solutionem magis, quàm specie, siue per speciem.*

Prima expositio est Accursij: *Per solutionem*, inquit, *id est, vt aliud omnino sua vice fungatur si fuerit solutum, magis quàm per speciem, scilicet eandem, & dictio (magis) electiuè ponitur, quasi dicat per eandem speciem non debet fieri solutio.* Eandem expositionem secuti sunt Bartol. Corn. Castr. Alex. Iason & Socin. sen. *Differentia est*, inquiunt, *inter solutionem & restitutionem. Solui dicitur illud, quod nunquam in specie illa fuit datum. Restitui dicitur, quando idem corpus in indiuiduo quod fuit datum, redditur. Hoc igitur textus vult: In istis rebus ideò mutuum consistere, quia tantam habent inter se similitudinem, vt idem corpus reddi non sit opus, cùm per solutionem alterius rei, quantum ad speciem, perfectè satisfiat.* Hæc ferè illi.

Secunda est expositio Decij in commentarijs d. §. mutui datio: *Per solutionem*, inquit, *magis, quàm per speciem, non eandem, prout glos. dicit & Paulus Castr. sed quia maior est similitudo in istis rebus, in quibus mutuum consistit, quàm in speciebus, in quibus licet altera alteri assimilari possit, non est talis similitudo, in qua mutuum consistat, & sic quod per speciem quæ pro alia simili reddatur, vel maior functio videtur in rebus in quibus consistit mutuum, quia per solutionem totum ius creditoris conseruatur, sed non sic in speciebus quæ redduntur deteriores, cùm eadem reddantur, prior tamen sensus planior videtur.* Hactenus Decius.

Tertia est expositio Vdalrici Zasij in d. §. mutui datio functionē *in mutuo magis attendi in eo, quod ritè & rectè soluatur res accepta, quā attendatur similitudo speciei, quasi dicat, quantumcunque res fungibiles sint similes, & inuicem communicentur, tamen si non fiat ritè & formaliter solutio, tunc non cōsistit mutuum. Et hoc est quod magis per solutionem, quàm per speciem functio consideratur, est ergo ritè facta solutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus, mensuræ ad mensuram: Id quod glos. hic in verbo creditum videtur à remotis attigisse: Vnde si mensurarem tibi decem corbes frumēti, tu ponderares mihi aceruū frumēti, non esset ritè facta solutio: Et tamen species natura similes sunt datæ. Et hæc est magis p solutionē q̄ per speciē.* Hucusq; Zasius.

Quarta expositio est Alciati in d. §. mutui datio, & lib. 2. Paradox. cap. 2. *Per solutionem magis, quàm per speciem, hoc est, quia in eis non censetur obligata species, seu ea res, quæ data est; sed recipiunt functionem suam per solutionem, quasi tantundem soluas, liberaberis. Species enim eadem restituenda non est. Tametsi & quandoque restituatur, vt quando res consumpta non est, quia debitor ea non indiguit, & eandem restituere vult, potest enim etiam inuito creditore, quo sensu recepto dictio (magis) stat comparatiuè, iuxta naturam suam.* Hæc Alciatus.

Quinta expositio est Io. Francisci Ripæ, in d. §. mutui datio, vt sit sensus. *Harum rerum datione possumus in creditum ire. Quia etsi debitor qui rem mutuatam consumpsit, videatur aliam speciem soluere, & sic aliud pro alio contra regulas iuris; quia tamen hæ res recipiunt functionem in genere suo, non dicitur aliud solui, & ideo magis per solutionē eiusdem, quàm per speciem diuersam, id est, solutionem diuersæ speciei, functionem recipiunt, quod in cæteris rebus contingere non potest. Ideo in cæteris non possumus in creditum ire. Hic est sensus huius literæ.* Sic Ripa.

Sexta expositio est Nicolai Belloni, lib. 1. supputationum iuris, c. 4. dicitur in dicto §. *Mutui dationem in ijs*

A *rebus consistere, quæ pondere, numero mensurave consistunt, quoniam ista functionem in genere suo recipiunt, sed contra. Nam vinum nouum est eiusdem generis cuius vetus, & tamen nō recipit functionem cum veteri. Ad hoc replicat I. C. verum esse, q ex eo solo, q species id est, corpus eiusdem generis reddatur, ista non recipiunt functionem, sed cùm debeat fieri solutio, nō modo eiusdē generis sed ēt eiusdē qualitatis, id est bonitatis, l. cum quid, ff. si cert. pet. eod. modo recipiunt functionem. Erit igitur sensus q hæc recipiatur functionē, & ex corpore eiusdem generis, & sic ex specie, & ex solutione: tamen magis per solutionē, quia debet esse eiusdem bonitatis, quam per speciem id est, corpus datum in eo genere, quia posset esse deterius. Et in summa vult dicere I. C. quod solutio qualificata sit illa quæ perficiat functionem.* Sic ille.

Septima est expositio Francisci Duareni lib. 1. Anniuers. disput. c. 14. *Functio*, inquit Duaren. *præter vulgarē & notam omnibus significationem, pro pensitatione, seu solutione alicuius rei debitæ vsurpatur, quod genus loquendi ex eo, ni*
B *fallor, ductum est, q qui tributa aut vectigal pendunt, Reip. fungi munere, vel tributione dicuntur à veteribus; eamque pensitationem Cicero functionem muneris appellat. Sensus igitur horum verborum est, mutuum rectè contrahi de his rebus, quæ functionem, id est, præstationem & redditionē in genere suo magis q̄ in specie excipiūt: id est quæ eius sunt naturæ, vt præstando rem aliam eiusdem generis, creditori satisfiat: Et quæ inutiliter vtenda concederentur, si speciem ipsam, quæ data est, reddere cogeretur debitor.* Hæc Duaren.

Hāc solutionē Robertus Aurelianus impugnat, lib. 3. sentēt. c. 14. quem post Donellum, quē refert, secutus est Vulteius disceptationū scholasticarū, c. 14. functionē q; isti interpretantur satisfactionem, & ex ea cōtingentem liberationem, q̄ affert rerum earum præstatio; quā his rebus, quę pondere, numero, mensurave constant, soluendis, planè satisfiat creditori, vt conqueri non possit, quippe q eiuscemodi sint, vt singulæ eiusdē generis singularum vicem solutione æqualiter subire possint, sicque pro
C alijs aliæ solui corpore quidem, sed nō qualitate, aut æstimatione; vt quamuis non eadem, quæ datæ fuerunt, species reddantur, tantundem tamen solutum, æqualisque omninò, ac propemodum eadem res reddita dicatur.

Postrema est sententia Forcatuli, quā ex Federico Scoto referam, qui nouissimè scripsit elegantissima commentaria in d. §. mutui datio, & eam sequi vr. Is legit res tum pro datis habent. Atq; hoc est qd̄ dr̄, functionē recipere, hoc modo: *Quoniam earum datione possumus in creditum ire (quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem) magis q̄ per speciem.* Sicque verba illa, *(quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem,)* in parenthesin includit. Scribit ergo Forcatulus, omnē difficultatem esse in verbis illis, *magis per solutionē, q̄ per speciem. Hinc illas angustias. Hūc esse editū illū montē, qui viā cliuosam et asperā reddit. Hūc illū verticem, à quo nulla interpretū nauis intrò nauigare creditur. Sed vt Annibal alpes aliòqui inuias dimidēdo peruias fecit, & Xerxes Hellespōtū imperiū ponte medio*
D *euasit, & iura fugiendarum rixarū cā colones segregāt, eas parietes, ita vbi nos interstitio diuiserimus verba hæc, magis per solutionem q̄ per speciē, vnde illa seges discordiæ: perspicuā fore Iurisc. sētam. Nō enī hoc (magis q̄ per speciē) referri ad proximè dictum per solutionē, sed ad illa verba. (Qm̄ earū datione possumus in creditū ire) vt cōtextū ordinem ista. Qm̄ earū datione possumus in creditum ire magis, q̄ per speciē. Nō præcedit: Quia in genere suo functionē recipiūt per solutionē.* Itaq; cùm Iurisc. dixisset, mutuū cōsistere in rebus pondere, numero, mēsurave accōmodatis, adiunxit, magis nos posse in creditū ire, quā per speciē, quę nō cōtingat effectus, vt pdictæ res, quæ recipiūt functionē in genere suo. Id est, q̄ reddūtur, datarū loco omninò sunt, & hactenus ex Comite Feder. sent. Forcatuli retulimus.

Sed vt, & quid ipse sentiam, breuiter exponam, in primis animaduerto tex. d. §. mutui datio, diuersimodè legi. Aliqui enim Codices habēt: *Quia in genere suo functionē recipiunt per solutionē, quàm per speciē. Alij per solutionem*

magis, quàm specie, sic habetur in Florentinis Holoandrinisq; Pandectis, *Alij per solutionē magis,q̃ per speciem*. Codicem nullum legi, qui ea verba in parenthesin inclu dat sicut Forcatulus, quò sit vt eius lectionis fides penes relinquenda sit. Illud constat, omnes ferè lectiones eundem sensum habere (Forcatuli lectionem excipio) huiusmodi res functionem in genere suo recipere per solutionem magis, quàm per speciē. Illa dictio, (magis,) subanditur, neque est insitatus loquendi modus, vt declarat Ant. August. lib. 4. Emend. cap. 8.

Omnis difficultas est in eo posita, quo modo verum sit, res, quæ pondere, numero, mensurave constant, functionem in genere suo recipere per solutionem magis, quàm per speciem. Et quidem quid sit functionem recipere, videtur inter omnes paucis certè exceptis conueniri, nimirum nihil aliud esse nisi vnam rem fungi vice & natura alterius, in eodem genere, ita vt præstando aliam rem einsdem generis, creditori satisfiat. Et in summa, res quæ redditur licet alia sit, habeatur tamen eius loco, quę data est: Vt puta mutuò accipit quis centum aureos; creditori satisfaciet, si totidem reddat licet non eos ipsos, quos mutuò habuit, ergo illa verba *per solutionem magis, quàm specie*, hunc habent sensum. Functionem eas res recipere dum soluuntur, quia solutio facta aliarum rerū generis eiusdem, debitorem liberat magis quàm per speciem, quia species, puta, aurei, qui creditori restituuntur, non funguntur vice aureorum mutuatorū suapte natura; quasi species vna alteram eiusdem generis repræsentet, & vicem eius subeat: differt enim, nec eadem est cū alia specie, sed dum soluitur creditori, fungitur alterius uice. Nam aurei, qui redduntur, nō sunt ijdem cum mutuatis, sed eorum uicem sustinent, per solutionem.

CAPVT L.

Vtrum ei, qui mutuò aureos nummos accepit, liceat reddere creditori mutuò eorum, æstimationem & pretium in alia materia, puta in argenteis nummis.

Debitorem, qui nummos aureos mutuò accepit, reddere non posse creditori inuito eorum æstimationem in alia moneta, censuerunt Bart. ad l. 1. §. ult. ff. de auro & argento leg. ad l. Paul. ff. de solut. & ad l. quæ extrinsecus, ff. de uerb. oblig. Castr. & Imola, in d. l. Paulus, Alex. & Aret. ad l. 2. §. 1. ff. si certum petatur. Ant. Butr. & Abbas Panor. in c. quanto, de solut. Bald. ad l. si quis argētum, C. de donat. Boetius decis. 327. Couar. de ueter. numismat. collat. cap. 3. §. uni. Quorum fundamentum illud est, quoniam aliud pro alio inuito creditore solui non potest, l. 2. §. 1. ff. si certum petatur.

Sed contrariam sententiam procul dubio probabiliorem censeo, & amplectendam, quoniam hoc in casu nō soluitur aliud pro alio. Si quidem in nummis ratio tàm habenda est potestatis, seu æstimationis, quàm ipsorum qualitatis, l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi. *Non tàm ex substantia, quàm ex quantitate*, &c.

Huc accedat l. C. in l. Paulus, 99. ff. de solut. docēs creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex eo damnum passurus est, ergo si damnum passurus non est, cogitur accipere. Hinc etiam Iurisconsultus in l. quæ intrinsecus, ff. de uerbor. oblig. *Nihil obesse stipulationi respondit, cùm stipulanti denarios* (scilicet argenteos) *aurei promittuntur eiusdem quantitatis*. Et Imperator in l. unica, C. de argēti pretio, quod thesauris infertur, eod. lib. statuit, ut in publicis collationibus liceat pro XX. libris æris, unum auri solidum, & pro singulis argenti libris, quinos æreos inferre. Et si creditoris nihil intersit, mihi pro debitore summa æquitas pugnare uidetur, argumento l. 2. §. uarus, ff. de aqua plu. arcen.

Denique hæc sententia consuetudine recepta esse uidetur, & authores habet non contemnendos. Alciatum ad d. l. 2. §. mutui datio, nu. 11. ff. si certū petatur. Purpurat. ibid. nu. 31. & nouissimè Comitem Federicum Scotum insignem Iurisconsultum, ibi. nu. 231, Curt. iun. ad l. cum quid, nu. 25. ff. eod. tit. Pinell. ad l. 2. C. de rescin. uend. in 1. parte rub. cap. 3. num. 7. & quendam doctorem Gallum lib. quæst. illustrium, cap. 15.

CAPVT LI.

Quatuor controuersiæ tractantur circa mutuum.

Placet hic subijcere quatuor controuersias ad eandem mutui materiam spectantes. Prima. Vtrum agens ex mutuo, nec probans numerationem factam, sed tantum confessionem receptæ pecuniæ, obtinere possit.

Secunda, nunquid mutuum plenè probatum esse dicatur, si unus testium de numeratione testificetur, alter uerò de confessione.

Tertia, si uariè testificentur testes examinati, quia uidelicet, unus affirmat centum mutuata, alter septuaginta, alter quinquaginta, nunquid mutuum sufficiēter probatum esse dicatur, saltem quinquaginta.

Quarta, utrum si quis testibus probanerit se mutuasse, licet de quantitate non testificentur, de ipsa quantitate standum sit actoris iuramento.

Quod attinet ad primam, triplex est doctorum sententia. Prima, eiusmodi agentem obtinere nō posse. Huius sententię authores sunt Specul. tit. de teste, in princ. nu 66. uers. Sed pone ego contra te ad decem Bart. ad l. si ita stipulatus, §. Grisogonus, ff de uerb. oblig. Angel. in cons. 155. in quæstione uertente, Tiraquell. alios citans, de retractu conuent. §. 4. gl. 6. post nu. 10.

Fundamentum est: quia agens ex una causa, & probans aliam, succumbit, l. qui habebat, ff. de instit. act. Sed actor in præsenti specie agit ex numeratione, agit enim ex mutuo, & aliud probat, nempe aduersarii confessionem, ergo succumbere debet. Aliud autem esse confessionem, aliud numerationem, constat ex l. 1. & & 2. C. de dote cauta numerata, & ex l. 1. §. mutuam, ff. si quid in fraudem patroni. Huc accedat tex. in l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia. ibi. *Compellitur petitor probare pecuniam sibi esse numeratam, quo non impleto, absolutio sequetur*.

Secunda est opinio, agentē in proposita quęstione obtinere debere. Authores sunt Bart. ad l. certi codictio, §. si nummos, nu. 6. ff. si certū petatur. Bald. ad l. generaliter, in 9. quæst. C. de nō numerata pecun. Salicet. ibid. in quęstio 17. & in d. l. si ex cautione, col. penult. eod. titu. Paul. Castr. ad l. 2. §. ult. ff. si certum petatur, & alii, quos refert & sequitur Ioseph. Mascherdus, de probat. uol. 2. conclus. 1084. num. 4.

Fundamentum est in eo, quia licet confessio nō inducat obligationem, probat tamē iam inductam, l. Publia, ff. depositi. Quare, ex confessione dubitandum non uidetur, quin mutuum probetur contra confitentem, argumento l. pecuniæ, C. de solutio.

Tertia est sententia Alexandri distinguentis, in l. 1. §. si quis ita, ff. de verb. oblig. aut tempus est elapsum opponendi exceptionem non numeratæ pecuniæ, aut non est elapsum. Priore casu confessio probat numeratiōnē. Posteriore nō item, quia opponi potest exceptio, & ideo actor succumbit, nisi probet numerationem, l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia.

Nec obstat huic distinctioni, quod dicitur, agens ex vna causa, & aliam probans, succumbit; quia actionis seu petitionis uerba secundum eum sensum accipienda sunt, qui agenti magis fauet l. si quis intentione, ff. de iudiciis.

Ego illud obseruandum hac in re in primis censeo, hanc quæstionem nō esse intelligendam eo casu, quo exceptio nō numeratæ pecuniæ vel opponitur, vel opponi potest. Nam cum talis exceptio locū habet, exploratu iuris est, numerationem esse probandam, l. si ex cautione, C. de non num. pecun. quæ lex in his terminis loquitur.

Dispu-

Disputant ergo doctores an ex numeratione agens, & confessionem de recepta pecunia probans, obtinere debeat, vbi exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Et hac in re eorum sententia mihi magis probatur, qui affirmãt. Talis enim confessio probat numerationem factam hoc in casu, l. in contractib. C. de non num. pecun. l. pecuniæ, C. de solu. l. Publia, §. vlt. ff. depositi, & hoc est fundamẽtũ agentis, ergo obtinere debet. Et si quidem de tali confessione chirographum extet, res est perspicua, quia post biennium oritur obligatio, vt in instit. de litterar. oblig. Si verò chirographum non extet, dubitari potest, ex eo, quòd cessante scriptura, non oritur obligatio litterarum, argumento rub. in instit. de litterar. oblig. & l in contractib. C. de non num. pecun. tradit glos. in l. si non singuli, C. si cert. pet. Imola in c. si cautio, nu. 23. de fide instr. Tamen & in tali confessione, quæ per scripturam non probatur, quantum ad quęstionem istam, idem iuris esse puto, quia nemo negauerit, per cõfessionem etiam testibus probatam, numerationẽ probari, cùm in litib. exercendis eandem vim obtineant, fides instrumentorum, & depositiones testium. l. in exercendis, C. de fide instr.

Non obstant contrariæ sententiæ argumenta, quia licet aliud sit numeratio, aliud confessio, sufficit tamen agenti probare numerationem ea confessione. Quòd verò pertinet ad l. si ex cautione, C. de non num. pec. iam constat ex his, quæ dicta sunt, illam non obstare, quia loquitur vbi exceptio non numeratæ pecuniæ agenti obijcitur, vt patet ex verbis ipsius legis.

Quòd attinet ad secundam, Panormitanus in c. cum dilectus, de success. ab intest. dicit, mutuum plenè probari, cum vnus testis de numeratione, alter de confessione testificatur, sed communis sententia est in contrarium, quam secutus est ipsemet Panorm. in ca. cum causam, de probat. Decius ibi, & alij quos cõmemorant Ant. Gabr. commu. concl. tit. de probat. concl. 1. & Ioseph. Maschar. de probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 9. & 11. & probatur ex d. c. cum dilectis, ibi. *Et licet vnus testis solus dixerit, se vidisse, &c. Quia tamen alij testes dixerunt, se audiuisse ipsum in præsentia Abbatis confitentem, non tanquam sufficienter probantes*, &c. Hæc de secunda.

Sequitur tertia, in qua vera & communis est sententia, testes nõ probare etiam summam minorem, quia ex diuersitate summarum, de qua testes deponunt, diuersitas actuum, id est, numerationum, præsumitur, argum. l. quinquaginta, ff. de probatio. quod si de eadem numeratione intelligantur, nõ parum eis fidem minuit varietas, l. qui falsa vel varia, ff. ad l. Cornel. de fals. & manifestum est, eos non plenè deponere, nec plenè informatos esse, quo casu non creditur testib. l. Lucius, & ibi glos. ff. de his qui notantur infamia. Ita docent Felyn. in c. licet ex quodam, col. 3. de testib. & attest. Alex. in l. 1. §. si stipulanti, nu. 9. & ibi etiam Iason, ff. de verb. oblig.

Difficultatem facit, quòd Ant. Gabr. comm. concl. tit. de testib. concl. 2. nu. 79. & Ioseph. Maschard. de probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 16. contrariæ sententię authores citant, Corn. in cons. 181. nu. 60. lib. 2. Decium in cons. 100. nu. 4. Alciatũ ad l. 1. §. si stipulanti, nu. 40. ff. de verb. obl. Ruyn. in d. l. 1. §. sed si mihi, nu. 14. ff. eo. qui quidem doctores nõ dicunt illud, ad quod allegãtur. Immò Ruyn. in d. §. si stipulanti, nu. 25 sequitur communem sententiam supradictam, quod facit & Alciatus loco annotato, excepto eo casu quo modica esset in quantitate differentia. Quare hac in re cauendum est à Gabr. & Maschar.

Restat quarta controuersia, vtrum iuramento actoris quantitas mutuata probetur, cùm probata est substãtia, hoc est, mutuatam fuisse pecuniam. Et quidem probari, iudice tamẽ moderante & taxante quantitatem ab actore iuratam censuit celebris olim Bartoli præceptor, & ciuis meus Raynerius Foroliuiensis, in l. 1. ff. de in litẽ iuran. quem secuti sunt Cępolla Caut. 210. Aliquis mutuauit. Decius in l. in actionibus, col. 3. ff. de in litem iuran. & in l. certi condictio, §. quoniam, ff. si cert. pet. & in cap. sicut, col. 10. vers. Sicut statutum, de probat. & in consil. 146. & 536. col. 4. versic. tertiò respondetur. Marsil. sing. 322. Boer. decis. 143. in fine, & 339. ad finem. Curt. iun. in l. admonendi, nu. 239. ff. de iureiur. Crauetta de antiquitate temp. in 1. part. c. vidimus, & abundè, nu. 9. Dominus Tiberius Decian. in cons. 32. nu. 94. lib. 2.

Fundamentum est Raynerij in l. 1. & in l. in actionib. ff. de in lit. iuran. & in l. cum furti. eod. tit. quæ leges nihil faciunt ad propositam quæstionem.

Contrariam sententiam amplexi sunt Purpuratus in d. l. admonendi, nu. 265. Io. Bolog. in d. l. in actionib. nu. 86. Fanucius in tract. de in litem iuran. in 1. parte, nu. 7. 8. Isti docent actorẽ succumbere, nisi probet certam quantitatem, quia paria sunt, non probare, vel obscurè probare, l. duo sunt Titij, ff. de testa. tut. & nemini est credendum in causa propria, l. nullus, l. omnibus, C. de testib. l. exemplo, C. de probat.

Tertia est sententia Bartoli in d. l. admonendi, nu. 40. aut extat aliqua coniectura de quantitate mutuata, verbi causa, si probet actor certam quãtitatem fuisse ab aduersario mutuò petitam, tunc obtineat Raynerij sententia, aliàs coniectura cessante, secus sit dicendũ: Sequitur eandem sententiam Fannucius loco annotato, necnõ Seraphinus Senensis de priuileg. iuramenti, priuilegio 36.

Ego quidem sententię popularis mei libenter adstipularer, sed vix habeo solidum aliquod aut probabile argu. Nam quod profert Crauetta loco allegato, ex dolo et malitia negantis mutuum, vt in pęnam eiusdem cõuicti ex depositione testium standum sit iuramẽto actoris, argu. eorum quæ habentur in l. cum de indebito, ff. de probatio. & in l. vlt ff de rei vindic. hoc in quam argum. non satisfacit, quia non videtur plene conuictus esse mendacij hoc in casu is, qui negat, cum testes de ipso mutuo non plene deponant, & testi non plene deponenti, plena fides habenda non sit, vt notatur in d. l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.

Quare in sententiam Bartoli libentius descendo, vt si coniectura aliqua accedat, iuramento actoris standum sit, alias secus. Nam quæ contractum præcedunt, multum conferunt ad cognoscendam contractus naturam, qui secutus est, l. Titia, §. 1. & ibi. Iason. ff. de verb. oblig. Afflict. pulchre, decis. 375.

CAPVT LII.

Mutuatus pecuniam, an statim, vt eam restituat, compelli possit.

Controuertitur quoque de mutuo, an statim is, qui mutuatus est pecuniam, conueniri possit à creditore, vt eam restituat; Et conueniri posse respondit gl. Bald. & Ang. ad l. si pęnam, ff. de verborum oblig.

Quorum illud est fundamentum, quod vbi dies obligationi non adijcitur, præsenti die pecunia debetur, l. cum qui se, §. quoties, ff. de verb. oblig.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, eo argumento adductus, quod homines hominum beneficijs iuuari decet, non decipi, ut inquit Iurisconsultus, in l. sicut, §. in commodato, ff. commodati. Sed si statim cogi posset debitor, deciperetur potius, quàm iuuaretur. Atque hæc est communis omnium sententia. Ita Bart. Alexand. & Iason, ad d. l. pœnam, Dec. ad l. in omnibus oblig. ff de reg. iur. Anchar. quæst. 38. in 2. par. Iac. Menoch. de arbitrariis iudicum, casu 22. Petr. Morrius de contract. tit. de mutuo, col. 7. nu. 4.

Non obstat argũ contrariæ opinionis, quia summo iure inspecto, statim debitor conueniri potest, sed vt cõtra iuris stricti regulas multa esse pro communi vtilitate constituta respõdit I. C. in l. ita vulneratus, ff. ad l. Aquil. sic & in proposita specie cõmunis vtilitas & æquitas hoc postulant, vt non statim debitor conueniri possit, sed aliquod temporis interuallum indulgendum est, quò pecunia mutuò accepta in necessarium vsum erogetur.

CAPVT LIII.

Proponitur alia controuersia de eo, qui dixit alicui, accipe hanc pecuniam, quisnam contractus iudicetur.

CVm quis dixit amico suo, accipe hanc pecuniam, simpliciter, nulla causa expressa, magna est dissensio inter doctores, an videatur pecuniam mutuasse, an donasse, vel deposuisse, & quid denique statuendũ sit de hac ipsa specie.

Et quidem pecuniam censeri mutuatam, responderunt Cyn. in l. incendium, C. si certum petatur, Bartol. Ang & Castr. ad l. cum quid, ff. eod. tit. & Alex. ibid. nu. 12 Iason nu. 19. Dec. in 1. lectura, nu. 23. & in 2 lect. nu. 53. Curt. iun. nu. 16. Ant. Butr. in cons. 65. Ludoui. Rom. in cons. 138. nu. 3 & 290. nu. 6.

Fundamẽtum est, quia pecuniæ numeratio mutuum arguere videtur, & solet, argumento l. certi condictio, §. quoniam, ff. si certum pet. l. Lucius, 1. ff depositi, & l. in naue Saufeiii, ff locati.

Secunda est opinio, mutuum non censeri, sed potius contractum innominatum, ex quo actio in factum detur præscriptis verbis: Authores sunt Alciat. in d. l. cum quid, nu. 38. Rom. nu. 16. Zasius nu. 42. & idem Zasius lib. 2. sing respons. cap. 13.

Fundamẽtum est ex legibus, quibus decernitur quoties minimè constat, quis contractus gestus esse videatur præscriptis verbis, veluti ex cõtractu innominato, agendum esse, l. 1. ff. de æstimator. act. l. 1. & l. si gratuitum, ff. de præscript. verb. hic autem minimè constat.

Tertia est sententia, nullum ex hac facti specie cõtractum oriri, sed quoddam duntaxat ius pecuniæ repetendæ, ita Fulg. in d. l. cum quid, nu. 8. Imola in l. à Titio, nu. 4. ff. de verb. oblig.

Fundamentum est, quia hæc est nuda quędam traditio, per quam nunquam dominium transfertur, l. nunquam nuda, ff. de acq. rer. dom. ergo, nec mutuum esse potest, nec donatio, nec alius contractus, quo dominium transferatur, sed videtur esse quædam traditio facta sine causa, quamobrem pecunia repeti poterit.

Quarta est sententia, depositum videri. glos. & Bald. in l. die sponsaliorum, § 1. ff. depositi, Castr. in d. l. cum quid, nu. 6. Bolognet. nu. 93. Ioan. Corras. in fi.

Fundamentum est, quia hæc interpretatio videtur esse fauorabilior, & neutra pars læditur ex ea, vnde & recipienda esse videtur, vt docet Castrens. in l. 1. ff. si quis caut.

Quinta est sententia, donationem videri. Author est Iacob. Menoch. lib. 3. de præsumpt c. 34. nu. 17.

Primò mouetur ex l. quod quis sciens, ff. de condict. indeb. *Quod quis sciens indebitum præstat animo repetendi, repetere non potest*, sic Iurisconsultus.

Secundò, ex regula l. 1. ff. eo. & l. cuius per errorem, de regulis iuris.

Tertiò, ex l. donari, ff. de donation. *Donari*, ait text. *id videtur, quod nullo iure cogente, conceditur*, vnde sic videtur in proposita specie.

Postremò, quia videtur capienda esse interpretatio cõtra dantem, qui poterat legem apertè dicere, ex regula l. veteribus, ff. de pact. l. Labeo, 1. ff. de contrahen. empt & cap. contra eum, de regulis iuris, in 6.

Ego verò sextam constituendam esse sententiam, quę totam hanc disputationem prudentis iudicis arbitrio cõmittat, facilè adducor ad opinãdum, duas ob causas: Altera, quia nulla lege definita est, nulloq; planè solido argumento definiri potest; quo casu arbitrio iudicis res cõmittitur, l. 1. ff. de iure deliber. Altera est causa, quia ex facti & personarum circumstantiis, cõiectura sumi potest, quis contractus, quæ mens fuerit tum dantis, tum accipientis pecuniam; aut enim est diues, aut pauper, aut cognatus, aut amicus, aut extraneus is, cui pecunia datur. Et quæ pręcesserint, & quę fuerint acta, dicta, secuta, iu-

A dex perpendet, & ex his æstimabit ex animi sui sententia quid credat, & quid actum fuisse opinetur.

Neque ab hac sententia me adducunt argumenta superiorum sententiarum. Nam quod dicebatur ex numeratione mutuum pręsumendum, nõ probatur eo § quoniam, qui affertur, aut aliis textibus, cum & ex aliis causis numerationem pecuniæ fieri solere manifestum sit.

Nec contractus innominatus esse potest, cum ad aliquod genus eorum reuocari non possit, quos recenset Iurisconsultus in l. naturalis, ff de præscript. verb.

Sed nec etiam potest depositum esse; nec enim illa est idonea collectio, fauorabilis est contractus depositi vtrique parti, ergo quod actum est, depositi nomine censetur, nec vsque adeò fauorabile est depositum magis, quam mutuum, aliusve contractus.

Donationem verò non esse præsumendam, notissima est assertio ex l. cum de indebito, ff. de probat. & ex aliis, vt per Menoch. de arb. iud. casu 88. quare eiusdem opi-B nioni subscribere non possum id negantis, loco iam superius citato in commentariis de præsumptionibus. Et licet, si quis sciens indebitum soluat, aut nullo cogente iure concedat, donare videatur, non tamen efficitur ita esse præsumendum in hac specie: Cum non constet, quã ob causam tradatur pecunia, an vt debita cum non esset, an vt accipientis fiat, vt quid actum sit. Ac de controuersia ista satis iam philosophati sumus.

CAPVT LIV.

Contractus fine vsurarius, cum quis rustico mutuat ea lege, vt agrum eius colat, iusta tamen mercede.

NOn esse contractum vsurarium, cum quis rustico pecuniam mutuat, ea lege, vt colat eius agrũ certa data mercede, respondit Bald. ad l. rogasti, §. si tibi, ff. si certum pet. & in eandem sententiam citantur C Socin. sen. in l. si quis nec causam, nu. 12. ff. eo. S. Antoninus in summa, parte 2. tit. de vsuris, cap. 7. §. 10. Ioan. Lupus, in c. per vestras, §. vlt. num. 39. de donat. inter vir & vxor. & alii Quorum illud est fundamentum, quoniam hoc in casu nihil vltra sortem accipitur. Si enim rusticus ad agrum colendum se obligat, id iusta mercede data facit. Quod si mutuanti in eo gratificatur, beneficium acceptum, vt decet, compensare videtur.

Sed contraria sententia videtur communior & probabilior, quia vsura contrahitur, cum quid vltra sortem exigitur, siue illud sit pecunia, siue aliud, quod pecunia æstimari possit, c. si fœneraueris, 14. q. 3. c. cõsuluit, de vsuris. Commodum autem, de quo agitur, nempe, vt quis agrum colat, pecunia æstimari potest, ita docuerunt gl. & Bartol. ad l. rogasti, §. si tibi, Ioan. Calderinus Ancharan. Cardinalis, Panormit. in capit. vltim. de vsuris, Guido Papæ, de contractibus illicitis, nume. 14. D. Thomas, 2. 2. artic. 2. quæst. 78. & ibidem Caietanus, & idem D in summa, in verbo vsura exterior, in octauo casu. Conradus de contract. quæstio. 36. Sotus de iustit. & iure, libro 6. quæstione prima, articu. secundo. Pierius in summa, in verbo, vsura, 1. quæstio. 7. Nauar. in Manuali confessariorum, cap. 17. numero 220. Couar. variar. resol. lib. 3. cap. 2. post num 5. vers. Verum aduersus Adrianum, Io. Bapt. Lupus Geminian. ad c. nauiganti, comment. 3. §. 1. sub nu. 42.

Ad contrariæ opinionis argumentum patet respõsio: quia non est verum assumptum; licet enim rustico iusta merces promittatur, is tamẽ se obligat ad id faciendum ad quod antea non tenebatur. Non obstat quod subiungitur, eum, qui beneficium accepit, obligatũ esse ad gratiam rependendam, quia respondet S. Thomas loco annotato, duplicem esse recompensationem, vnam ex debito iustitiæ, alteram ex debito amicitiæ. Is qui beneficiũ accipit, tenetur ex debito amicitiæ illud recompensare. Ex debito autem iustitię tenetur recompensare secundũ benefi-

beneficij magnitudinem. Cum autem ex mutui datione aliquis beneficium accipit, non ea est beneficij magnitudo, vt teneatur ex debito iustitiæ aliquid vltra sortem receptam restituere creditori, ergo ex debito iustitiæ non tenetur mutuo accipiens ad aliquid se obligare, ad quod non tenebatur ante, & ex quo utilitatem creditor percipiat. De debito autem iustitię loquimur, non autem amicitiæ: cui enim dubium, si sponte velit mutuatarius colere agrum creditoris potius, quam alterius, vt ei gratificetur, quin possit hoc facere, & hæc ab eo commoda creditor percipere?

CAPVT LV.

Tractantur duæ aliæ controuersiæ de vsuris.

PErtinent ad materiam vsurarum duæ aliæ controuersiæ. Altera, an vsuram committere dicatur is, qui fœnori pecuniam accepit, quam & alijs fœnori dedit. Altera vero, an ad restitutionem vsurarum perceptarum teneantur vsurarii mercatoris, institores, procuratores, & alii, qui eius nomine vsuras exigunt. Quod attinet ad primam, Archid. in c. plerique, 14. q. 3. negat usuram committi, quia non lucri causa, sed damni euitandi gratia, is, de quo agitur, fęnus exercere videtur. Sed cōtrarium docuit post alios quos citat Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad c. nauiganti, de vsuris, comment. 3. §. 2. nu. 32. hoc argumento adductus. Aut hic secundus mutuator stipulat sibi vsuras reddi, aut creditori suo, à quo scilicet pecuniam mutuatus est. Priore casu vsurarius est censendus, quia fœnus manifeste exercet, cum pecuniæ mutuo acceptę sit dominus. Altero vero casu stipulatio non ualet, quia alteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig.

Denique in hanc sententiam communiter itum est, quam & ipse amplector, vt si is, qui mutuo pecuniam accepit, paratus erat eam reddere creditori suo, tunc vsurā non committat, quia ab alio, cui mutuat vsuras, accipere videtur, vt suæ consulat indemnitati, sicut & alias ex causa damni emergentis, vltra sortem aliquid accipere licere, inter omnes constat: secus vero, si nō erat paratus reddere creditori, tunc enim, cum pecuniæ sit dominus, eā mutuare non potest citra crimen usurarum vltra sortē aliquid exigēdo, quia nihil aliud est vsura, quam aliquid vltra sortem accipere. Ita Io. Calder. in d. c. nauiganti, Laurentius de Rodulphis, ad c. cōsuluit, par. 2. q. 34. nu. 49. eo. ti. Amb. à Vignatte ad c. salubriter, num. 47. eo. ti. Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 233. & Io. Bapt. Lupus Gemin. loco supra citato.

Quod vero attinet ad alteram controuersiam, Syluester Pierius in Summa, in verbo, vsura, 7. q. 4. respondit, huiusmodi institores, procuratores & ministros usurarii, obligatos esse ad restitutionem usurarum in subsidiū cum videlicet is, in cuius utilitatē versa est pecunia, soluendo non est. Allegat l. es hoc edicto, §. 1. ff. de eo per quem factum erit, &c. & l. & elegāter, §. pen. ff. de dolo. idem respondit Host. in summa, de usuris, in vlt. col. ad fin. sed Mart. Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 266. & seq. absolute eos teneri respondit, & citra ullum excussionis beneficium.

Ego uero Pierii & Hostiensis sententiā, ueluti ęquiorem, amplector, æquū enim est, ut primo satisfaciat principalis debitor, in cuius commodum, & utilitatem usurę sunt controuersæ. Nec mouet, quod & tales ministri uidentur esse delinquētes, ueluti cooperatores, & coadiutores ad malum, & ideo teneantur ex traditis à D. Tho. 2. 2. q. 62. ar. 7. & latius per Couar. ad reg. peccatum, de reg. iur. lib. 6. in 2. par. relectionis, §. 12. quia & nos dicimus eos teneri, & peccare, & delinquere, sed iuris & æquitatis regulam sequētes, hoc uolumus, ut in subsidiū teneātur, scilicet, quoad forum externum, sicuti regulariter cōstitutum est in fideiussoribus & possessoribus rei op-

A signorata, ut non teneantur, nisi in subsidium, uidelicet principali debitore soluendo non existente, & facile adducor ad opinandum contrariæ sententiæ assertores intelligendos esse, quantum ad forum internum animæ, & conscientiæ.

CAPVT LVI.

Constituens Procuratorem ad accipiendum mutuo pecuniam, virum chirographo obligetur, quo procurator profitetur se eam accepisse, si de numeratione aliter non constet.

QVatuor sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima dominum, qui scilicet procuratorē cōstituit, non obligari. Authores sunt Bart. Castr. Ale. Bal. Ias. Corn. & Dec. ad l. 2. §. ult. ff. si cert. pet. Fel. in c. cum olim. 1. nu. 3. de officio deleg. & in c. si cautio, nu. 16. de fi. instr. Tiraq. de retractu conuent. §. 4. gl.
B 6. nu. 13. Mart. Garatta, in cons. 50. & alii Iurisc. qui dictum consilium approbarunt, necnon Franciscus Maris Plotus ibid. in additio.

Fundamentum est: quia non constat procuratorem executum esse mandatum, hoc est pecuniam numeratā fuisse. Etsi enim de recepta pecunia esset confessio, multum tamen inter confessionem & numerationem interest, l. si ex cautione, C. de non num. pec. & toto titu. C. de dote cauta non numerata. Quare dominus non obligatur: nam ut ex facto procuratoris obligetur, constare debet, mandati fines diligenter impletos fuisse, l. diligenter, ff. mandati, l. cum mandati, C. eo. ti. l. 1. §. non autē, & l. ult. ff. de exercitor. actio.

Altera est sententia, dominum hoc in casu obligari. Ita censuerunt Salic. in d. l. 2. §. ult. Imola in c. si cautio, de fide instr. l. à Diuo Pio, §. sed si emptor, ff. de re iudic. Feder. Senensis in consil. 53. Titius fecit procuratorem, Zasius ad d. l. 2. §. ult. & lib. 1. sing. respons. c. 31. Viglius
C ad d. §. ult. Luchinus de Cuite, inter cōsilia Martini Garattæ, cons. 50. & alii sequaces. Franc. Sarmientus, lib. 3. select. interpret. c. 11.

Præcipuum fundamētum est in eo, quod ex chirographo confessionis cōstare videatur, fuisse creditam pecuniam & numeratam procuratori iuxta formam mandati. Id probatur primo ex l. pecuniæ, C. de solutio. Secundo ex l. Lucius, §. tutelæ, ff. de administ. tut. Tertio ex l. 2. §. ult. C. de quadriennii præscr. Quarto, ex argumēto sumpto à uerisimili, est enim uerisimile procuratorem, qui sic cōfessus est, uere pecuniam accepisse, argumēto l. qui negotiationē, ff. de neg. gestis. Et saltem post bienniū confessio uires suas obtinere debet, ad instar ueræ numerationis, siquidem biennio lapso, exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Quinto, ex doctorum assertione in ea specie, qua fideiussor agit contra debitorem, actione mandati. Nam si per confessionem creditoris, se pecuniam soluisse probauerit, actio contra debitorem illi competit,
D sicuti respondit Alesan. in cons. 25. lib. 5. & alii, quos refert & sequitur Rolan. à Valle, in cons. 27. nu. 9. lib. 1.

Pro confirmatione accedat lex. à Sarmiento citatus, in l. tam mandatori, C. de non num. pec. ubi dicitur mādatori exceptionem non numeratę pecuniæ competere, quod argumento est, mandatorem obligari ex confessione mandatarii, si enim non obligaretur, necessaria non esset exceptio non numeratæ pecuniæ.

Tertia est sententia Alciati, ad d. l. 2. §. ult. ff. si cer. pet. Hanc rem, ueluti iure non definitam iudicis arbitrio cōmittendam esse, quod non inscienter dixit, Tiraquello teste, loco superius annotato.

Postrema est sententia Petri Mozij in tract. de contractib. ti. de mutuo, rubr. de personis quæ possint mutuare, uel non, nu. 9. priorem sententiā Bartoli, & sequacium ueram esse inspecta iuris canonici æquitate, per quā exceptio non numeratæ pecuniæ semper competit. Posteriorem autem opinionem ueram esse secundum

rigo-

rigorem iuris ciuilis. Vel dominum cōueniri posse post A biennium elapsum, ante vero nequaquam. Vel denique conueniri non posse principaliter, sed in subsidium duntaxat, scilicet excusso primum procuratore.

Sed prætermissis distinctionibus non necessariis, verior & communior mihi videtur Bartoli sententia, & sequseium: nempe dominum hoc in casu non teneri ex sola confessione procuratoris. Nam quod dicitur ex confessione probari numerationem, id locum habet contra ipsum confitentem, nō contra tertium, argumento l. Seja, ff. ad Velleianū, l. certum, §. sed an ipsi, ff. de confessis l. insiurandum, C. de testibus cum aliis a Tiraquello relatis de retractu conuent. §. 4. glos. 6. num. 9. & a domino præceptore meo Io. Cephalo. in cons. suo 101.

Nec obstant leges allatæ ad probandum, ex confessione probari numerationem. Nam quod attinet ad l. pecuniæ, C. de solutio. de tali confessione illa lex nō loquitur, sed de confessione creditoris, qui pecuniam sibi debitam accepit, nec dicit textus contra tertium eam confessionem B valere.

Ad l. Lucius, §. tutelæ, respondeo, textum loqui de tutore, cuius confessio merito nocet pupillo, & cōtra eum probat, quia tutor generalem habet administrationem rerum pupilli, eiusque contractu, & facto pupillus obligatur, l. post mortem, §. 1. ff. quando ex facto tutoris, l. eū qui. §. si actori, ff. de cōstituta pec. l. apud Iulianum, §. cōtractū, vers. ego puto, ff. ex quibus causis in possessionē eatur, in illis uerbis: *quasi cum eo* (pupillo) *contractum sit*.

Ad l. 2. §. ult. C. de quadriēnii præscript. respondeo, illud ibi specialiter constitutum esse in procuratore fisci, quod proinde non est trahendum ad alios, vt declarat Dec. in d. l. 2. §. vlt. ff. si cert. petat. & probatur ex eo quod text. dicit, eum, qui procuratoris fisci apocham habet, plenissimam securitatem consequi, cum nemo regulariter ex apocha plenissimam habeat securitatem, propterea quod exceptio non numeratæ pecuniæ obiici potest, iuxta l. in contractibus, C. de non num. pec. præterquam, quod procu- C rator fisci generale mādatum habet administrationis rerum fiscalium, cum de tali procuratore generali nostra non sit disputatio.

Argumentum a uerisimili non obstat contra dominum, qui mandatum dedit, sed tantum contra procuratorem facit; nec illud argumētum in hac specie magnas habet etiam vires: quia inter confessionem & numerationem, præcisa est legum distinctio, qua sane non indigeremus, si argumentū hoc efficeret, ut ex confessione proberetur numeratio, atq; ita cogeretur debitor probare, se non accepisse, quod confessus est, contra l. asseueratio, C. de non num. pecu. & alias concordantes. Similiter, & contra confitentem locum habet, quod de lapsu biennij post confessionem dicitur, non autem contra tertium.

Postremum vero argumentum de fideiussore facile dissoluitur, cur enim fideiussor confessionē habens creditoris mandati non ageret aduersus debitorem, cum ex ea cōfessione ipse debitor liberetur, & sic manifeste cō- D modum percipiat?

Ad textum denique in l. tam mandatori, respondeo, non obstare huic sententiæ, nam loquitur de mandatore, qui alterius obligatione accedit, ad instar fideiussoris. Vnde si principalis debitor exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, & ipse mandator habet, & consequenter, confessio debitoris elapso biennio mandatori præiudicat. De tali mandatore nostra non est disputatio, sed de procuratorem constituente, seu mandatum dante ad accipiēdum mutuam pecuniam. Hic mandans est principalis, eiusque nomine, & mandato contractus geritur, quamobrem mandati ipsius forma seruanda est, & ita demum obligatur, si fuerit seruata. Nec ea licētia concedēda est exequenti mandatum, ut vel colludendo, vel decipiendo, vel dolose agendo mandatum obligare possit. uide an pertineat ad hanc quæstionem, eamq; decidat tex. in l. procurator 61. de act. & oblig.

A

CAPVT LVII.

Explicantur tres aliæ controuersiæ de eadem re.

CAeterum sunt & aliæ controuersiæ ad eandem facti speciem pertinentes. Prima. Vtrum idem sit statuendum, si procuratoris confessio fiat præsente iudice, & authoritatem interponente.

Secunda, quid si procuratorem constituens iuret, se ratum habiturum quicquid ab eo gestum fuerit.

Tertia, quid si procurator constituatur ad accipiendū mutuo pecuniam, & confitēdum se accepisse. De singulis ordine disseremus.

Quod attinet ad primam, Iason in l. 2. §. ult. ff. si cert. pet. authoritate Aug. adductus ad l. 2. C. de prædiis Curialium lib. 10. respondit, procuratoris confessionem domino præiudicare, quasi ex iudicis præsentia, & authoritate numeratio facta esse præsumatur.

B Sed contrariam sententiam habuit Franciscus Maria Plotus, in addit. ad Martin. Garatt. cons. 50. num. 30. ea ratione inductus, quod præsumptio, quæ oritur ex iudicis decreto, cesset, quoties ex instrumento apparet, solemnia non interuenisse. Quod sane argumentum non uidetur satis firmum: quia in proposita specie non apparet ex instrumento, numerationem non interuenisse. Nihilominus tamen sententia Ploti contra Iasonem uidetur mihi probabilior. Nā iudicis decretum istud efficere, vt præsumantur omnia solemniter acta, & dolus abfuisse, omnibus est in confesso. Sed non ita constat, nec ulla est lex tale aliquid dicens, numerationem factam præsumi ex confessione coram iudice facta.

Quod attinet ad secundam, idem Iason loco superius annotato respondit, dominum obligari ex confessione procuratoris, authoritate Pauli Castr. in consi. 407. lib. 1. Eandem sententiam sequitur Alciatus d. l. 2. §. ult. motus ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. in c. cum olim, 1. de of- C ficio delegati, & ne alioqui uideatur, ea clausula esse superuacanea.

Sed contrariam sententiam amplexus est Deci. in d. l. §. ult. nu. 35. & Franciscus Maria Plotus, loco annotato. Quibus & ipse adstipulor. Nam clausula rati habitationis tacite inest mandato procuratori dato, ut dicebat *gl.* in l. si procuratorem, in verbo, ratum, ff. de procurator. Iuramētum vero nihil operatur contra intentionem iurantis, l. ult. C. de non num. pec. hæc est autem intentio iurantis, vt non aliter obligetur, quam si pecunia procuratori numeretur.

Non obstat Pauli Castrensis authoritas in d. cōs. 407. quia loquitur in ea specie, qua procurator constitutus fuit in rem suam, ad vtilitatem scilicet sui ipsius, non autem ad utilitatem mandantis. Sed præstat uerba Castrensis subiicere, quo hæc responsio melius intelligatur: *Maxime autem me mouet*, inquit Castrensis, *quia iste non constituit procuratorem ad vtilitatem ipsius constituentis, sed* D *procuratoris, unde non tam restringitur Iuramentum sicut si ad vtilitatem suam constituisset, videlicet, vt pro ipso constituente pecuniam reciperet. Tunc enim ne constituens defraudetur, &c. subintelligeretur conditio, si vere pecuniam reciperet. Sed postquam hoc fecit ad vtilitatem procuratoris, licet reuera non totam pecuniam receperit, non defraudatur constituens, tenet enim magis locum fideiussoris, vel mādatoris, quam principalis, l. quamuis, §. si non essem, ff. ad Velleianum. Vnde non magis pertinet ad ipsum constituentem, qui tunc in solidum pecuniam promisit, quam si reuera totum recepisset.* Hæc fere Castrensis. cuius doctrina (ut obiter hoc dicam) confirmatur responsio allata in superiore capite, ad l. tam mandatori, C. de non num. pec. nam Cast. ibi docet differentiam esse, vtrum constituens procuratorem locum obtineat fideiussoris, vel mandatoris, an vero principalis, in cuius scilicet utilitatem & cōmodum contractus, qui geritur, cedat. Priori casu ex confessione procuratoris mādans obligatur, quia est veluti fideiussor

deiussor ipsius procuratoris, qui proculdubio ex confes-sione sua tenetur. Posteriore autem secus, quia mandans obligari non debet, nisi probetur pecuniæ numeratio.

Non obstat argumentum Alciati ea traditis per Ant. Butr. & Felyn. quia nec de specie nostra loquuntur, nec dicũt illam clausulam ratihabitionis eum effectum producere, quem ipse intendit.

Argumentum denique à superfluitate nihil obstat. Nam etsi ea clausula id non efficiat, vt mandans obligetur ex confessione procuratoris, non tamen superflua iudicari debet, cum mandantis intentionem diserte exprimat, omnemq; prorsus auferat dubitationem.

Quod verò attinet ad tertiam controuersiam, duę sũt contrariæ doctorum sententiæ. Prima. Dominum mandantem etiam hoc in casu non obligari, si non constet de vera & reali numeratione facta. Ita Bar. Dec. & Soci. iun. in d. l. 2. §. vlt. ff. si cert. pet. Martin. Goratus, & cæteri subscribentes, in d. cons. 50.

Fundamentum est in eo, quod illa verba mandati, *& ad confitendũ se recepisse*, ex præcedentibus adiunctis declarari debeant, vt nimirum mandans teneatur, si probetur pecuniam fuisse numeratam. Solẽt enim verba subsequentia ex præcedentibus declarari, l. vlt. §. cui dulcia, ff. de vino, tritico, & oleo legato.

Altera est sententia, mandantem hoc in casu teneri ex confessione, ita docuerũt in comment. d. §. vlt. Bald. Sal. Fulgos. & Corn. Necnon Alex. & Iason; & præter hos Rom. in l. prædia, ff. de acquiren. poss. Angel. & Castr. in l. si debitorem, ff. de nouation. Franciscus Maria Plotus, loco prius citato, nu. 28.

Fundamentum est: quia nisi ita diceremus, superuacanea omnino esse videretur illa clausula mandati. *Et ad confitendum se recepisse*. Sed valde infirmũm mihi videtur, quia non ea mandantis mens esse intelligitur, vt procurator confiteatur se recepisse, si vere pecuniam nõ recipiat, sed ea mens fuisse intelligitur, vt cum reuera pecuniam receperit, exponat etiam cõfessionem, & chirographum de recepta pecunia, pro cautione creditoris, & ideo priori sententiæ magis accedo, cuius fundamentum videtur mihi solidius & firmius.

CAPVT LVIII.

Mutuatus argentum non signatum an creditori inuito pecuniam reddere possit.

INter doctores nostros non parua est cõtrouersia hac de re. Etenim eum, qui argentum nõ signatum mutuatus est, reddere pecuniam inuito creditori non posse, censuerunt glossator antiquus, cuius meminit Accursius in l. 2. §. mutui datio, ff. si certum petat. in verbo, creditum, & ibid. Iacob. Buttrig. & vterque Salicetus, teste Aretino, nec non Petr. & Cyn. ad l. si quis argentum, C. de donat.

Fundamentum est, quia aliud pro alio inuito creditore solui nõ pōt, l. 2. §. 1. ff. si cer. pet. Et Paulus respondit: *Creditorem non esse cogendum in alia forma nummos accipere, si damnum ex eo sit passurus.* l. Paulus respondit creditorem, ff. de solution. & damnum pati videtur, qui suæ non satisfacit voluntati, l. vlt. ff. de vsu & habitatio.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Accursius in d. l. 2. §. mutui datio, & eodem in loco Alex. Iason Decius, Alciatus, & Zasius.

Argumenta sunt ista. Primum, ex l. si quis argentum, C. de donation. vbi probatur, donantem argentum, satisfacere posse præstando æstimationem ibi. *Siue in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi*, &c.

Secundum, ex l. 1 §. vlt. ff. de auro & argen. leg. & ex l. cum certum auri, & l. cum aurum, §. proinde, ff. eo. quibus in locis dicitur, argento legato hæredem soluendo æstimationem, liberari.

Tertia est sententia Bartoli, in d. §. mutui datio, *Si debeo tibi massam argenti* (inquit Bartolus) *soluere possum ar-*

A *gentum in forma ære non contaminatum eiusdẽ liga, quod tamen verum est, quando argentum tantam vtilitatem affert in forma, quantam in materia. Sed si propter commistionem alterius æris, vel propter formã, minus vtilitatis afferret in forma quam in materia, tunc non posset solui.* Sic Bar.

Quarta opinio ex Castrensis distinctione colligi potest. *Aut volo* (inquit Castrẽsis) *reddere tot argenteos, quot fiunt ex vna libra argenti,* (quam scilicet mutuo accepi) *puta fiunt centum cum mistura æris, & possum hoc facere inuito creditore, licet sint ære contaminati, quia non efficitur conditio creditoris deterior, cum possit eos reducere ad massam, & deducto ære habebit libram argenti puri sicut mutuauit. Aut volo restituere tot argenteos quot ponderat vna libra argenti, quam mutuaui, & tunc si non sunt ære contaminati, possum, alias secus. Quia ponderaretur æs cum argẽto, & sic non haberet libram argenti puri mutuati. Aut volo restituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti mutuati, puta sexaginta argenteos in forma, qui valent v-*
B *nam libram argenti puri, licet non ponderent vnam libram & hoc quando propter expensas formæ,* (scilicet cudendi) *datus est maior valor extrinsecus, quam sit bonitas intrinseca. Et tunc non cogetur creditor accipere pecuniam, etiamsi non sit ære contaminata.* Hæc fere Castrensis.

Quinta opinio statui potest ex distinctione Socini senioris, quã secutus est nouissime Comes Federicus Scotus in d. §. mutui datio, & sequentibus conclusionibus continetur.

Prima conclusio. Pecunia eiusdem bonitatis reddi potest creditori si appẽdatur, non habita ratione formę, sed ponderis & materiæ. Ratio est: quia tunc pecunia consideratur tanquam argentum non signatum. Consequenter reddi potest pro argento non signato.

Secunda conclusio. Pecunia reddi non potest ad numerum, quãquam sit eiusdem ponderis cũ argento mutuato. Aliud est enim eo casu, quam argẽtum mutuatũ. Aliud autem pro alio inuito creditore solui non potest.

C Tertia conclusio. Cum pecunia non est eiusdem æstimationis, quo ad materiam, seu bonitatem intrinsecam, licet valore extrinsecus imposito æquiualeat æstimationi argẽti mutuati, non potest tamen reddi inuito creditore. Ratio est, quia creditoris conditio est deterior. non enim habet argentum eiusdẽ bonitatis intrinsecę. Quare si vellet pecuniam datam, ad argenti massam reducere, damnum sentiret. Consequenter non cogitur accipere, l. Paulus respondit, ff. de solutio.

Quarta conclusio. Reddi non potest creditori inuito pro argento melioris notæ, argentea pecunia ære contaminata, vel alias deterioris notæ, licet eiusdem æstimationis, & resarcire paratus sit creditori damnum, quod ex contaminatione pati potest. Ratio est, quia in separando ære ab argento, requiritur sumptus.

Sed huic conclusioni contradicit Alciatus. Existimat enim satis fore, si debitor creditorem seruet indemnem, & refusionis impendia, & omne detrimentum resar-
D ciat, ita vt eatenus liberetur, quatenus Zygostatę iudicio id est, examinis ponderum præfecti, deliquato ære competerit argenti creditori.

Ipse opinor eorum sentẽtiam probabiliorem esse, qui existimant, pro argento non signato, reddi posse signatũ si modò eiusdem sit ponderis & bonitatis, neque vlla æris admistio sit, ita vt creditoris non intersit.

Moueor, quia hoc in casu non soluitur aliud pro alio, sed idem: qui aurum & argẽtum functionem in genere suo recipiunt. Et sufficit reddere creditori tantundem ęquę bonum, l. cum quid, ff. si certum pet. & cum creditoris non intersit, nõ refragatur, imò suffragatur, l. Paulus respondit, ff. de solutio.

Quòd vero attinet ad conclusiones Socini, secunda conclusio parui momẽti est, vt ante me Viglius animaduertit in prælect. ad d. l. 2. ff. si cert. pet. ponit. n. Socin. primã conclusionẽ: Reddi posse argentũ signatum pro massa mutuata, si modo pōdere æquiualeat massę mutuatę

Deinde

Deinde negat in secūda; restitutionem posse fieri, si debitor reddere velit pecuniam ad numerum, licet numerus sit tantus, qui pondus argēti mutuati æquet. Est hęc res modici momenti, quia si creditor recuset accipere ad numerum, statim debitor dabit ad pondus, & cessabit omnis difficultas.

Denique doctores mihi videntur in vno conuenire, & in duobus dissentire. Conueniunt omnes: solui posse pecuniam signatam, si pondere & bonitate respōdeat argento mutuato. Recte; quia, vt dictum est, tantum accipit hoc in casu creditor, quantum dedit, effectu.

Dissentiunt autem primum in eo, ꝙ argentum signatum etiam ære contaminatum solui posse inuito creditore Castrensis docet, quoniam reduci potest ad massam deducto ære. Alexander autem contradicit propter impensam, quæ in separando ære fieri debet. Recte, iudicio meo, quia tunc creditor damnum pateretur.

Secundo dissentiunt in eo, quod Socinus negat solui posse argentum ære contaminatum, licet damnum resarciatur creditori. Alciatus autem repugnat. Recte, quia satisfit creditori ex eo argento, quod iudicio præfecti, & libratoris remanet, deliquato ære ac sublato, scilicet impensa redictionis à debitore suppeditata, ne quid damni prorsus creditor patiatur.

CAPVT LIX.

De conciliatione l. naturalis, §. 1. ff. de præscript. verb. & l. vlt. ff. de condict. causa data.

IVrisconsultus Paulus in l. naturalis, §. 1. ff. de præscript. verb. pugnare videtur cum Iurisconsulto Celso, in l. vlti. ff. de condict. causa data. Ait Paulus: *Et si quidem pecuniam dem, vt rem accipiam, emptio & venditio est.* At Celsus: *Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, vtrum id contractus genus proportione emptionis & venditionis est? an & hic nulla alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta? In quo proclinior sum.*

Antiquus interpres, cuius meminit Accurs. ita conciliat: vt Celsus loquatur, cū pecunia in specie datur, hoc est certa species pecuniæ. Paulus autem, cum datur pecunię quantitas simpliciter. Azo autem dicebat, Celsum loqui cum ita conuentum est, vt ex vna parte res detur, ex alia pecunia. Non est venditio, sed contractus innominatus eo casu, quia venditor non tenetur dare, hoc est, dominium transferre, sed tradere, l. 4. ff. de vsuris. Paulum autem loqui, cum pecunia datur, vt res tradatur. Verbū enim (*accipere*) commune est, potestq; accommodari tā ad dationem, q̄ ad traditionem. Eandem sententiā secuti sunt Bart. Castr. Ias. & cæteri doct. in d. l. vlt. Necnon Zasius in Antinomiarum solutionib. par. a. col. a.

Cæterum, Corasius lib. 2. Miscellaneor. c. 9. ab his dissentit, & Pauli responsum accipiendum putat, cum pecunia pretii nomine, siue tanquam pretium datur. Celsi autem respōsum, cum pecunia simpliciter datur, non loco pretii. Sed ante Corasium idem docuit Alciatus, ad l. a. num. 24. ff. si cert. pet. quē secutus est Federic. Scotus. ibid. num. 130.

Sed continet meram diuinationem hæc solutio. Vnde magis probatur sententia proxime relata, quæ ab impugnatione Corasii facile defendi potest.

Nam primo dicit Corasius, se non putare, Iurisconsultos tam superstitiosè insectatos scrupulosas verborū significationes. Respondeo, differentiam inter verbum dare, & tradere, perpetuo obseruatam à Iurisconsultis, §. sic itaque, inst. de act. l. 4. ff. de vsur. & alibi.

Secundo dicit Corasius, verbum *accipere* importare dominii translationem, vt patet ex d. l. naturalis, §. 1. ibi: *Si rem do, vt rem accipiam, permutationem esse*. Verbum *accipiam*, importat translationem dominii propter illa verba: *Si rem do.*

Respondeo, verbum) *accipere*) secundum materiam subiectam accipiendum. Quare eo in loco denotat dominii translationem, quia id exigit materia subiecta. Alibi non idem importat, vt in sequenti casu, quia emptio & venditio non id necessario exigit.

Tertio ait Corasius, verbum (*dare*) ad venditorem relatum, non inducere dominii translationem, l. si stipulatus, ff. de vsuris. Respondeo, in specie d. l. si stipulatus, cōtractum venditionis præcessisse, ex quo venditor obligatus esse dicitur ad tradendum. Vnde, si sequatur stipulatio: *Rem dari*, pręcedentem obligationē non nouat, quia non est verisimile plus venditorem ea stipulatione promittere voluisse, quam iudicio empti pręstare teneretur.

CAPVT LX.

Vtrum mulier renunciare possit Senatusconsulto Velleiano.

VTrum mulier beneficio Senatuscōsulti Velleiani renunciare possit, non eadem est omnium sententia. Negant eam renunciare posse Bart. Bald. Alberic. Paulus Cast. & Sali. ad l. vlt. §. vltim. ff. ad Velleianum. Cyn. & Angel. ad l. vlt. C. eod. tit. Angelus Aretin. in §. itē si quis in iudicio, nu. 20. in Instit. de except. Abb. & Felyn. in c. si diligenti, de foro compet. ille, nu. 14. iste, nu. 9. Seraphin. Senensis, de priuilegiis iuramenti, priuilegio 99.

Fundamentum est, quia eadem facilitate, qua mulier inducitur ad fideiubendum, & se obligandum, moueri videtur etiam ad renunciandum, argum. l. doli, §. diuersum, ff. de nouatio. l. vlt. C. de pactis pignor. & l. mulier, 2. C. ad Velleian. vbi dicitur, secundam mulieres fideiussionem ante lapsum biennii nihil sibi præiudicare, quoniam adhuc eādem consequentia suæ fragilitatis in secūdam iacturam inciderit.

Cæterum, affirmant mulierem renunciare posse glo. Odoffred. & Fulg. in d. l. vlt. §. vlt. Azo, in summa, C. eo. tit. Hostiens. in summa, de fideiussor. §. mulier, Zasius singul. responsor. lib. 2. cap. 18. Iacobus Cuiacius obseruatio. lib. 20. c. 34.

Argumēta sunt ista. Primum, ex l. vlt. §. ult. ff. ad Velleian. ibi: *Cauere debebit exceptione*, (scilicet Velleiani) *se non vsuram.*

Secundū est ex Auth. Matri, & Auiæ, quando mulier tutelæ officio fungi possit, ibi: *Et renunciet Senatusconsulto Velleiano præsidio.*

Tertium argumentū ex antiqui iuris regula. Omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare, l. penult. C. de pactis.

Distinctione vtuntur idem Bart. in d. §. vlt. Imola, in c. ex rescripto, de iureiur. Couar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. nu. 4. & 5. & Antonius Gomesius, variar. resol. tit. de contract. c. 13. nu. 17. aut renunciat in iudicio, aut extra iudicium. Priore casu ualet renūciatio, posteriori nequaquam.

Alia denique vtuntur distinctione Decius & Alciatus, ad l. penult. C. de pactis: aut in eodem instrumento, quo mulier se obligat pro alio, renunciat Velleiano, & non nocet renunciatio, aut ex interuallo temporis post obligationem, & valet.

Ego vero sententiam eorum amplector, qui affirmant renunciationem valere, euincitur enim satis clare legib. & argumentis superius allatis.

Nec quicquam facit illa ratio, quod mulier renunciare uideatur eadem fragilitate, quia sibi imputet. Neque enim inuito beneficium confertur.

Nec fundamentum solidum habet ea distinctio, vtrum in iudicio, vel extra iudicium mulier renunciauerit. Quia l. ult. §. vlt. ff. ad Velleian. nō loquitur de renunciatione in iudicio facta. Ita enim habet: *Cauere debebit exceptione se non vsuram, & sic ad iudicem ire.* Nihil autem probibet, quin ea verba accipiamus tam de cautione extra iudicium, quam in iudicio.

CA-

CAPVT LXI.

Explicantur duæ aliæ Controuersiæ de eadem re.

SEd dato, quod in obscuro sit, an renunciatio valeat, de qua in præcedenti capite disputauimus. Suborritur alia controuersia, an valeat, si iuramento sit corroborata. Et sunt qui opinentur non valere, quia iuramétũ sequitur naturã actus, cui adijcitur. l. vlt. C. de non numerata pec. ita gloss. in authen. si qua mulier, in verbo, nullatenus, C. ad Velleianum. Grammaticus decis. 76. nu. 20. ubi alios citat, quibus ego non assentior, authoritate text. in cap. ex rescripto, de iureiur. vbi S. Pontif. de muliere quę fideiusserat fide præstata (loco iuraméti) verba faciens, ait eam esse cogendam, vt conuentionem adimpleat.

Atque ita docent Bauerius in tract. de virtute iuram. in 16. effectu. Corset. ad rubr. de iureiur. priuil. 17. gloss. & Abbas in d. c. ex rescripto, Tiraquell. ad l. si vnquam, in præf. n. 136. C. de reuocan. donat. Couar. ad cap. quamuis, de pact. li. 6. par. 2. §. 3. nu. 5. Seraph. Senens. de priuil. iuram. priuil. 99. non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia l. vlt. C. de numer. pecun. loquitur in ea specie, in qua deficit consensus iurantis, quo casu non magis obligatur, quam si absq; iuramento promitteret, sicuti declarat Bart. in l. si quis pro eo ff. de fideiuss. & Iason in l. si conuenitet, ff. de iurisd. omn. iud.

Denique est controuersia inter Doctores, an si mulier pro alio obligetur, iureiurando interposito, non tamen renunciando Senatusconsulti beneficio, utrum efficax sit obligatio, nec iuuetur exceptione. Etenim exceptioné ex Senatusconsulto hoc in casu mulieri se obliganti competere, authores sunt Io. Andr. in Additio. ad Specu. tit. de renunciatio, col. 3. Imola & Aret. ad l. sciendum ff. de verb. oblig. Iason authen. sacramenta puberum, nu. 56. C. si aduersus venditionem, Couar. alios citans in d. cap. quamuis, part. 2. §. 3. nu. 5.

Fundamentum autem est, quia iuramentum non porrigitur ad incognita & incogitata, cap. veniens cap. quintavallis, de iureiur. sed mulier præsumitur ignorare vim Senatusconsulti Velleiani, argumento l. si emancipata, C. de iuris & facti ignorantia, l. in bonorum, ff. eod. tit. & eorum, quæ notantur in l. iuris ignorantia. C. qui admitti, &c ergo non præsumitur mulier de eo Senatusconsulto cogitare, & consequenter iuramentum ad illud nó porrigitur.

Sed contraria sententia mihi videtur facilè euinci, ex d. c. ex rescripto, de iureiur. vbi mulier fideiubens obligatur efficaciter propter iuramétum, nec vlla fit mentio renunciationis factę Velleiano. Facit ab hac sententia, qd habetur in c. quamuis, de pactis lib. 6. & in c. cum contingat, eo. tit. Atq; ita docent Bart. l. si quis pro eo, num. 11. ff. de fideius. & in auth. sacramenta puber. C. si aduersus venditio. & ibid. Ang. & Castrens. Abb Imo. & Fel. in d. c. ex rescripto, idem Fely. & Ant. Butr. in c. si diligéti, de foro compet. Ant. Burgós, in c. penult. nu. 36. de empt. & vend. Tiraq. alios citãs, ad d. l. si vnquam, in præfatione, nu. 132. & de leg. Connubial. gloss. 5. nu. 148. Anton. Gomes. de contract. c. 13. ante num. 18.

Non obstat argumentum contrariæ sententię, quia vinculum iuramenti præualet omnibus iuris ciuilis sanctionibus propter religionem, vt patet ex d. c. cum cõtingat, & ex d. c. quamuis, & ex alijs locis. Verum quidem est iuramentum non esse porrigendum ad incogitata & ignorata, sed hic mulier cogitabat se obligare, & scire debebat, iuramentum non esse violandum. Quod vero ignoraret Senatusconsulti beneficium, id ei nó suffragatur, sicuti neque in specie d. c. cum contingat, neq; in specie d. c. quamuis, nec in similibus casibus, quibus iuramétum interponitur, iuris ignorantia prodest. Huc accedat quod dicit. l. vlt. C. de iu. & facti ignor. mulieri ius ignoranti non esse subueniendum, præterquam in casibus ex A pressis. Nullibi autem expressum est, mulieri ius ignoranti, contra præstitum iuramentum subueniri oportere.

CAPVT LXII.

Vtrum Senatusconsulto Macedoniano renunciari possit.

FIliumfamilias renunciare nó posse exceptioni Senatusconsulti Maced. communis est Doctorum sententétia. Ita glos. & Bar. in l. tametsi, 13. ff. ad Maced. Couar. ad c. quamuis, de pactis. lib. 6. in 2. parte, §. 3. nu. 4. Anto. Gomesi. de contractibus. cap 6. nu. 2. Petrus Mozius de contract. ib. tit. de mutuo, nu. 19.

Fundamétum est satis firmum in d. l. tametsi, vbi Iurisconsultus; *Tametsi non opposita exceptione condemnatus fuerit filiusfamilias, eum tamen Senatusconsulto iuuari posse respondit.* Ex quo sumitur argumentum renunciationem non valere, si enim efficax esset, exceptione non B opposita filiusfam. non iuuaretur, quasi videretur ei beneficio renunciate.

Confirmatur hæc sententia: quia Senatusconsultum Macedonianum respicit publicam vtilitatem, ne videlicet filijfam. corrumpantur, vt in l. 1. ff. eo. quare priuatorum pactis renunciari non potest, l. si unus, § pacta, & l. iurisgentium, §. si paciscar, ff. de pact.

Sed contrariam sententiam defendit Zasius lib. 2. singular. responsorum, c. 18 cuius argumentum, quantum habeant momenti, dispiciendum est.

Primá sic argumentatur filiusfa. ex omnibus contractibus obligatur, l. filiusfa. 38. ff. de act. & obli. ergo etiã ex mutuo obligatur, si Macedoniano renunciauerit.

Respondeo, nego consequentiam, quia iniustas ob causas eo Senatusconsulto prospectum est, ne obligetur, vt in l. 1. ff. eo. quę sanè prouisio elusoria redderetur, si valeret renunciatio.

Secundum argumentum. Exceptio Macedoniani fi- C liofam. datur ad similitudinem Velleiani, cuius exceptio competit mulieri. ergo sicut Velleiano mulieri renunciare potest, ita & filiusfam. Macedoniano.

Respondeo; rationem esse differentiæ, quia Velleiano consulitur fragilitati mulierum. At Maced. bonis moribus prospicit, ne videlicet filiifa. corrumpantur. Quamobrem, priuato commodo mulier renúciare potest. Sed filiusfam. nequaquam iure publico derogare potest.

Tertium argumentum, filiusfam. in foro consciétiæ, vt vocant, peccat, si mutuum non restituat. Ergo renunciare potest exceptioni quã habet ex Maced. Respondeo, negando consequentiam.

Quartum argum. Odiosa est exceptio Macedoniani. ergo ei renunciari potest. Respódeo, negãdo consequentiam, quia si renunciari posset, & inanis esset prouisio, & filiorũfa. corruptioni aditus aperireretur, & occasio delictorum inde nasceretur, quod pręcauere in animum induxit legislator. Vnde, quod recta via prohibitũ est, non D desit per obliquam extorqueri, cap. cum quid vna via, de reg. iur. libr 6. de Macedoniano loquens Imperator in §. illud in Inst. quod cum eo qui in aliena potestate, ita dicit: *Quia ideo Senatus prospexit, quia sæpè oneratis ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant uita parentum insidiabantur.*

Sed maior controuersia est, cum filiusfam. mutuum contrahit iuramento interposito, an locum habeat Senatusconsulti exceptio. Etenim variæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ.

Prima Bartoli, in l. si quis pro eo, nu. 10. ff. de fideiussor. iuramentum esse seruandum, & ideo impetrandam esse absolutionem a iuramento, vt non cogatur soluere, aut si soluerit, repetat soluta. Bartolũ sequitur (obiter tamẽ) Alciatus in c. cum contingat. n. 126. de iureiur.

Fundamentum autem vix intelligi potest aliter, quam ex verbis eius. *Quarto*, inquit Bartol. *prohibetur cõtractus in odium creditoris. Isto casu uidetur, quod iuramentum sit seruan-*

seruandum, vt extra de pignoribus, c. significante, vbi videtur, quod pactum legis commissoriæ in pignoribus, quod est reprobatum odio creditoris, si iuramentum ibi apponatur, esse seruandum. Et aduerte, dico iuramentum esse seruandum, non dico, quod pactum confirmetur per iuramentum, vt videtur tenere Inno in d. c. Hoc est magni effectus propter multa. Primo, quia statim cum ego obseruaui iuramentum meum, ego sum absolutus a iuramento meo & apud creditorem remanebit res sine causa. Et ideo poterit ille, qui iurauit petere, quod liberetur vel absoluatur a iuramento si remaneret obligatus, vel poterit agere contra creditorem condictione sine causa. Exemplum, quando quis iurauit se soluturum vsuras, quod pactum est prohibitum odio creditoris. Si istud pactum potest impleri soluendo, & si impleatur, poterit debitor repetere. Sed si non haberet implementum, vt si iurasset se non repetiturum, si non potest impleri et aliter, peteret debitor se absolui a superiore ab illo iuramento, vt in c. debitores, de iureiur. Et ideo dico, quod si filiusfam. renunciet Macedoniano, ipse posset soluere propter timorem iuramenti, & postea condiceret. Vel posset petere se absolui ad cautelam. Hucusq; Bart.

Secunda est opinio Abbatis Panorm. in ca. cum contingat, de iureiur. nu. 22. Iuramentũ hoc in casu non obligare, & ideo absolutione opus non esse. Ratio est: quia vr esse contra bonos mores, & occasionem dare peccandi & delinquendi, c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertia est sententia, filiumfa. iuramẽto obligari ad soluendum, & si soluerit, repetere non posse. Absolutionem autem petendam, si eo in loco, quo mutuum cõtractum est, soleant filijfa. eam ob causam facilè corrumpi, & inde aliqua mala exoriri. Ita Anton. Butrius, & Imola, in d. c. cum contingat, nu. 67. Corneus in auth. sacramenta puberum, nu. 31. C. si aduers. vend. Couar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. nu. 4.

Fundamentum est: quia iuramentum est hoc in casu interpositum ad confirmandum contractum, & obligationem per se non iniustam, neque in alterius aut animæ præiudicium uergentem, consequenter seruandum est, vt in d. c. cum contingat, de iureiur. & alibi.

Quarta est opinio, viuente patre filiũfa. iuramento nõ obligari, ne l. insidietur parentum vitæ, Mortuo aũt patre, quasi ratione cessante, filiumfa. obligari. Ita Io. Faber in §. Quæ diximus Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c. sequitur Ant. Gomes. de contract. c. 6.

Postrema est sententia Petri Mozij in tractat. de contract. ti. de mutuo, nu. 17. filiumfa. non obligari iuramento, si de magno eius præiudicio agatur. Idq; probat multis authoritatibus, quibus immodicè læsis succurrendũ. dicitur. Quod sanè quantum ad rem facit, ipse viderit.

Mihi sanè eorum sententia probabilior videtur, quã tertio loco retuli. Nam quod attinet ad Bartoli sentẽtiã, in primis memoria lapsus est, dum dixit repeti posse solutam pecuniam, cum doceat contrarium, l. sed etsi pater, §. vlt. ff. ad Macedonianum. Deinde negat contractum confirmari posse iureiurando, quod vix concedi potest, cum ipse mutui contractus licitus sit, & iuris tantum ciuilis regulis infirmetur, quo casu iureiurãdo confirmari probat. cap. quamuis, de pactis, lib. 6. nec sanè video nostris temporibus eam occasionem dari filijsfam. ut parẽtum vitæ insidientur, sicut olim; quod si in eo loco, ubi contractus geritur, talia facinora committantur, absolutione impetrata a iuramẽto, locus eẽ poterit exceptioni.

Alia denique est controuersia, an filiusfa. in foro animæ teneatur reddere mutuo acceptam pecuniã creditori. Et si quidem nullum ex ijs malis secutum sit, ob quę Senatusconsultum factum est, filiumfa. teneri dixerunt Innocent. & Panorm. in ca. quia plerique, nu. 26. de immu. Eccles. Iason. in §. actiones, nu. 26. Instit. de act. Alciat. in c. nouit, nu. 16. de iudicijs.

Fundamentum est respectu primi membri distinctionis, quia in foro animæ præsumptiones cessant & veritas pręualet: cum vero aliquid ex dictis malis oritur, seruanda est legis constitutio, tanquam iusta, etiam in animæ iu-

A dicio, ex traditis per gloss. in c. quę in Ecclesiarum: de constit. & per Couar. in c. cum esses, de testamen.

Cæterum, haud quaquam teneri filiumfa. in animę iudicio, existimarunt Bart. in ex transag. ad reprimendum, in verbo, denunciationem, num. 12. & Ant. Gomes. variar. resol. tit. de contract. c. 6. nu. 2. & fundamentum est; quia lex iusta seruanda est ẽt in foro consciẽtiæ. Est aũt ex lex iusta, quę filiumfam. non obligari decernit ex mutuo, ex causis, de quibus in l. 1. ff. ad Maced.

Tertia est sentẽtia, quæ mihi probabilior vr ac tutior: nempe filiũfa. teneri in animæ iudicio, atque in foro, vt vocant, conscientię, ad restituendam pecuniam. Ita Couar. in d. c. quamuis, de pactis, li. 2. in 2. par. §. 3. nu. 4.

Probatur hæc sententia: quia filiusfa. naturaliter obligatur, quod patet: quia si soluat, non repetit, l. sed etsi pater, §. vlt. ff. ad Maced. ergo tenetur in foro conscientiæ, ne locupletetur cum aliena iactura, contra ius & ęquum. Atque sic existimo.

B

CAPVT LXIII.

Prodigus an possit aliquem contractum facere, antequam sit ei a Magistratu interdicta rerum administratio.

PRodigum contrahere posse, antequam ei bonis interdicatur, Authores sunt in l. is cui bonis, ff. de ver. oblig. Accurs. Bar. Bald. Angel. Castr. Rom. Alex. Aret. Iason, & Zasius, n. 16. Necnon Imola, & Anchar. in c. 2. de testamentis, & Anton. Gomes. variar. resol. titu. de contract. c. 14. nu. 41.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Iulianus, ff. de curatorib. furioso dandis, ibi. *Eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse*, &c. His enim verbis significare videtur a cõtrario sensu prodigũ esse aliquid transferre, antequam ipsi bonis interdicatur.

Secundum est ex l. patri pro filio, ff. de Minoribus, ibi,
C *Aut eius vita sit iste adolescens, vt merito bonis ei interdici debeat.* His verbis indicari videtur necesse esse, vt bonis interdicatur, alioquin contrahere posse prodigum.

Tertium est ex l. tres tutores, §. vlt. ff. de administrat. tutor. vbi is, qui prodigus est, tutor appellatur, & sic administrationem tutelæ non amittit.

Quartum ex l. sed etsi lege. §. consuluit, ff. de petitione hæred. vbi dr, bonæ fidei possessorem non teneri pro bonis dilapidatis. Verbum *dilapidatis*, significat prodigalitatem: & tñ nemo negauerit, alienationem factam a bonę fidei possessore, valere. Nam si nõ valeret, obligatus esset hæredi cedere actiones sibi competentes ad reuocãdum malè alienata, l. quod si possessor, §. vlt. ff. eod. tit.

Quintum est ex l. non debet, ff. de dolo, vbi patet, prodigum habere actionem in factum aduersus hominem emendatoris vitæ. Consequenter habet administrationem rerum suarum, alioqui non posset agere, l. 1. C. qui legitimam personam habent standi in iudicio.

D Sextum argumẽtum est ex l. 3. §. præterea, ff. de suspectis tutoribus: vbi probatur, tutorem, qui malè administrat, & ideo suspectus est, non esse ipso iure administratione priuatum bonorum pupilli, ergo multo minus priuatus erit prodigus administratione rerum suarum.

Septimum argum. est ex c. ueniens, de dolo, & contumacia, vbi probatur Episcopum dilapidatorem, non esse priuatum ipso iure administratione bonorum Ecclesiæ.

Postremum argumẽtum est ex eo, quod si ipso iure priuatus esset, superuacaneũ esset ei bonis interdici a prætore.

Contrariam sententiam amplexi sunt gloss. in l. is cui, ff. de testamentis. Petr. a Bellapertica. Raphael. Cuman. & Imola, in l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. Bald. in consil. 259. & seq. lib. 2. & 287. lib. 5. Io Faber, in §. Furiosi, in Institut. de curator. furios. Federic. Senens. in consil. 31. Alex. & Ripa, in d. l. is cui bonis, nu. 8 licet ibi Alex. magis suadeat communiorem sentẽtiam esse sequendam, & Steph. Bertranc. in cons. 188. lib. 3. incip. Casus super quo

Argu-

Argumenta sunt ista. Vbi aliquid est manifestum, & notorium, perinde statuendum est, ac si de eo sententia esset lata, argumento l. emptore, ff. de action. empt. ergo si notorium & manifestum est quempiam esse prodigũ, perinde abstinere debet ab administratione rerum suarum, ac si ei bonis esset interdictum.

Secundum argumentum sumitur ex leg. quibus dicitur, prodigo interdictam esse bonorum suorum administrationem, l. 1. ff. de curat. furios. l. is cui lege, ff. de testamentis, l. mutum, §. 1. ff. de acqur. hæred. §. furiosi, instit. de curator. furios.

Tertium argumẽtum est, quia prodigus furioso æquiparatur, l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. l. his qui in ea causa, §. Diuus, ff. de tutor. & curatoribus datis ab his, & cęt. l. 1. ff. de curator. furios. Sed furiosus ipso iure amittit bonorum administrationem, nec vllum negotiũ contrahere potest, l. in negotiis, ff. de reg. iur. ergo similiter & prodigus.

Et hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, & satis euidenter probari, ex l. 1. ff. de curator. furios. ait text. *Lege 12. Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio*. Nec bona est expositio glossæ, lex interdicit, id est, declarat interdicendam per iudicem. Et si enim iudex, tanquam legis administer, & executor, interdicat, id facit, vt cæteris innotescat eum esse prodigũ, & sic vt de facto constet, non autem de iure. Iam enim iure illi interdicta est administratio.

Respondet Iason, textum illum retorqueri posse, quia dicit, hodie prætores, vel præsides prodigis curatores dare exemplo furiosi, ergo licet olim lege 12. Tabularũ interdiceretur administratio, hodie tamen alio iure vtimur, quia magistratus interdicere debet.

Non recte, quia non dicit textus aliquid immutatum esse, sed magistratum curatores dare solere prodigis ad exemplum furiosorũ, & illis interdicere administrationem. Merito. Parum enim prodesset, lege ita constitutũ esse, nisi legem executioni mandaret magistratus. Itaque lex statim adimit administrationem, magistratus declarat ademptam, legemque exequitur, vt de facto constet, & ne prodigus de facto pergat res suas prodigere, & male administrare.

Ad primum argumentum contrarię sententię respondeo, l. Iulian. non probare, quia non potest ex ea sumi argumentum à contrario sensu: post interdictam administrationem à prætore, prodigus contrahere non potest, ergo ante poterit, quia lege 12. Tabul. iam interdicta est ei administratio.

Quæ responsio valet ad secundum argumẽtum in d. l. patri pro filio, quia interdicitur administratio à prætore, ne prodigus de facto contrahat, & male res suas administret.

Ad tertium respondeo. Textum in d. l. tres tutores, §. vlt. nil obstare, qui dicit tutori manifeste prodigo permittendã non esse rerum administrationem ab alio contutore.

Ad quartum respondeo. In d. §. consuluit, non constare, an bonę fidei possessor prodigus esset, licet textus vtatur verbo dilapidationis, præterea nihil aliud decidit ibi I. C. nisi bonę fidei possessorem nõ teneri hæredi pro bonis dilapidatis, quia non est factus locupletior ex eis, & in malos vsus fortasse consumere potuit bona, vt nullus esset recuperationi amplius locus.

Ad quintum respondeo, non esse bonam consequentiam. Prodigo datur actio in factum, ergo potest eam ipse exercere. Nam exercebitur per curatorem datum, vel dandum à prætore, vt in l. 1. ff. de curat. furios.

Ad textum responden, textum loqui de tutore suspecto, qui male administrat, non autem de tutore prodigo, potest enim tutor male administrare, licet non sit prodigus, si aliis vitiis laboret.

Ad septimum respondeo, textum non loqui de Episcopo manifeste prodigo, potest enim aliquis Episcopus dilapidare bona ecclesię aliter, quã ex causa prodigalitatis.

Ad vltimum argumentum respondeo, non frustra interdici à magistratu solere, quia multos operatur effectus ea interdictio: Primum, vt de facto constet; Item, vt aliis innotescat. Et demum, ne ipse prodigus de facto pergat in administratione mala. Vide etiam hac de re Vasquiũ Controuers. Illustr. lib. 1. cap. 17. nu. 2.

CAPVT LXIV.

Tractantur aliæ duæ controuersiæ in materia prodigi.

Secunda est controuersia, an obligetur prodigus ex contractu iureiurando confirmato, postquam à prętore ei bonis interdictũ est. Tres sunt doctorum sententiæ. Prima negat prodigum obligari. Huius authores sunt in d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Barr. Bald. Ang. Castr. Alexand. Iason, Zasius, nu. 14. Ripa, nu. 57. Alciatus in c. cum contingat, nu. 116. de iureiur. Federicus Senensis, in cons. 31. Bertrand. in cons. 47. lib. 2. Couar. ad c. quamuis. de pactis, lib. 6. part. 2. §. 3. nu. 8. Antonius Gomesius de contractibus, cap. 14. num. 22.

Argumenta sunt ista. Primum. Iuramẽtum debet habere tres comites, iustitiam, veritatem, & iudicium, c. etsi Christus, de iureiur. Sed prodigus non habet iudicium, immo comparatur furioso, cum nec modum, nec finem expẽsarum habeat, l. 1. ff. de curator. furios. ergo iuramento non obligatur.

Secundum argumentum. Is, qui non paret superiori, peccat, c. 2. de maior. & obed. Sed prodigus ita contrahẽdo non paret magistratui, ergo peccat, & consequenter iuramentum videtur illicitum, ac proinde nõ obligatorium, c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertium argumentum est, quia iuramentum videtur dolo extortum, quo casu non obligat, c. cum contingat, de iureiur. Nam qui contra iura sic contrahit, dicitur esse in mala fide, c. qui contra iura, de reg. iur. lib. 6. l. si quis cum sciret, ff. pro emptore.

Contrariam sententiam secuti sunt Ant. But. & Imo. in d. c. cum cõtingat, de iureiur. Aret. in d. l. is cui bonis, ff. de verb. obl. Capella Tholosana, decis. 498. Bertrãdus sibi contrarius, in consi. 172. lib. 1.

Argumenta sunt ista. Omne iuramẽtum est seruandum, quod non vergit in dispendium salutis æternę, aut in alterius detrimẽtum, d. c. cum contingat. Sed iuramẽtum prodigi non est tale, ergo eo uidetur obligari.

Secundum argumentum est ex eo, quod licet lex prohibeat alienationem, valet tamen accedente iuramẽto. Id patet in Auth. Sacramẽta puberum, C. si aduersus vend. ex d. c. cum contingat, & ex aliis locis, ergo ualere debet contractus prodigi propter iuramẽtum, licet à magistratu fuerit ei administratio bonorum interdicta, arg. l. vlt. C. de reb. alienis non alienan.

Tertium argumentum. Prodigus æquiparatur adulto curatorem habẽti, l. si curatorem habens, C. de in integ. restit. Sed iuramẽtum obligat adultum, Auth. Sacramẽta puberum. Igitur & prodigum.

Tertia est opinio Baldi in l. pactum, C. de collat. in 5. quæst. Aut prodigus habet curatorem; & non obligatur etiam iuramento: aut non habet, & obligatur. Alibi aliter idem Bald. distinguit, cuius distinctionẽ refert & refellit Alexand. ad d. l. is cui bonis, ff. de verborum oblig. sub num. 26.

Mihi prior sententia, quæ & communior est, magis probatur, quia licet iuramentum obliget & seruandum sit, nõ tamen obligat ubi deficit iudicium. Aut certe eo casu facile relaxandum est à magistratu Ecclesiastico.

Negant contrariæ sententiæ authores prodigum iudicio carere, quia tenetur ex delicto. Item sibi acquirere potest. Non recte; quia iudicio caret in his, quæ pertinent ad rerum suarum administrationem, non autem in aliis.

Ad argumenta patet responsio, quia iuramentum est seruãdum & obligat, si modo comitex tres habeat, inter quos est iudicium, vt dictum est. Quod verò dicitur prodigum adulto curatorem habenti comparandum, iure non probatur, quia l. si curatorem habens, non hoc dicit. Sed adultum curatorem habentem non absimilem esse prodigo, cui curatore dato bonis interdictum est. Non est absimilis, quantum ad hoc, vt contrahere non possit, sicut neque prodigus. Quantum ad iudicium animi, furioso prodigus comparatur, vt in l. 1. ff. de curator. furios.

Tertia est controuersia in eadem materia prodigi, an ipso iure amittat etiam bonorũ alterius administrationem? duplex est doctorum sententia, altera Baldi, in l. 5. ff. de curat. furios. & Ripæ, in l. is cui bonis, nu. 15. ff. de verb. oblig. quibus & ego assentior, prodigum videlicet amittere bonorum administrationem alterius.

Probatur hæc sententia ex l. vlt. §. 1. C. de sent. pass. vbi dicitur, patrem amittere administrationẽ bonorum filii, si prodigus sit. Ratione etiã probatur: quia prodigus priuatur administratione bonorum suorũ, ergo multo magis priuabitur alienorum, in quibus longe minus iuris habet.

Altera sententia est Alex. & Aretini, in d. l. is cui bonis, non amittere; sicut nec tutores ipso iure administrationem amittunt, licet sint suspecti, sed remoueri debẽt à magistratu, vt in l. tres tutores, §. vlt. ff. de administ. tut. & in l. 3. §. præterea, ff. de suspect. tut.

Ad l. vlt. §. 1. C. de sent. pass. respondent, eam legem loqui de patre, qui ob delictum iam exclusus est ab administratione. Et quod dicitur prodigum amittere bonorum suorum administrationem, id negant verum esse, antequam ei bónis interdicatur.

Respondeo, tutorem quidem suspectum non statim administratione priuari, vt in legibus allegatis, sed de tutore prodigo non loquuntur dictæ leges. Non rectè autẽ negari posse, quin prodigus ipso iure amittat bonorum suorum administrationem, patet ex capite præcedenti. Responsionem autem allatam ad l. vlt. §. 1. C. de sen. pass. confutant verba ipsius textus; sic enim ait: *Nam si patria potestate ad corrumpendi, atque profundendi patrimonii licentiam abutetur, & furioso, ac dementi, item prodigo, omnium vitiorum seruo, non est eorum pecunia committenda. Qum ab administratione fugiat*, &c. His sanè verbis patet, patrem ab administratione remouendum, & ad eam non admittendum, si sit prodigus.

CAPVT LXV.

Tractantur aliæ duæ controuersiæ de eadem materia prodigi.

QVarta est controuersia in eadem materia prodigi; nunquid si curator datus fuerit ei, qui reuera non sit prodigus, gesta à tali curatore valeant: Et valere responderunt glos. in l. si ab eo, ff. de vsucap. in §. item prodigus, in vers. Ratum, in inst. quib. non est permissum fac. testa. Bart. & Castrens. in d. l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. & ibidem Ripa, nu. 39. Bald. & Salic. in l. si putas, C. de petit. hæred. Abbas Panorm. in c. 1. ad finem, de sent. & re iud. Io. Andr. ad Specul. tit. de instrum. edit. §. compendiose, vers. tertio. Alex. in cõs. 182. lib. 5.

Fundamẽtum est in authoritate rei iudicatæ, l. res iudicata, de reg. iur. præsertim, quia minime conuenit quempiam ea decipi, l. 1. C. de precib. Imperatori offerendis. Huc accedat text. in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falso tutore authore gestum, &c. vbi propter prætoris authoritatem valent gesta à tutore minus legitimo.

Contrariam sententiam amplexi sunt Odoffred. Cynus, & Albericus, in l. si putas, C. de petitio. hæred. Angelus, Alex. Ias. Imola, Aret. & Zasius, nume. 17. ad l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Io. Faber, in §. furiosi, instit. de curator. Guido Papæ, in consil. 169.

A Fundamentum est in l. tutor si petitus, & in l. Sciæ egressæ, ff. de tutor. & curat. datis ab his, &c. Quibus in locis dicitur, si tutor alicui tanquam pupillo detur, qui nõ sit, eam dationem non valere. Et idem esse, si aliter erratum sit in causa. Idem probat l. si putas, C. de petitio hæred. ibi: *Iudice statuturo*, &c. Huc accedat ratio: Nam si prodigus ad sanos mores reuertatur, desinit ipso iure esse in potestate curatoris, l. 1. ff. de curat. furios. ergo multo magis est dicendum tutoris dationem non valere, cum quis re vera non est prodigus.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut is, cui tanquã prodigo curator datus est, inuito & contradicenti, & in iudicio contendenti, se non esse talem, datus est. Et tunc propter authoritatẽ rei iudicatæ, à qua nõ est appellatũ, valet curatoris datio; Aut vero non contradixit, sed simpliciter consensit in curatorem, & tunc secus. Ita distinguit Ripa, post Imol. in d. l. is cui bonis, nu. 40.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia, vbi B sententia non est lata contra ius constitutionis, sed contra ius litigatoris, valet, & ab ea est appellandum, aut si non appelletur, ei parendum, l. 1. ff. quę sententię sine appell. rescind. l. 2. C. quando prouoc. nõ est necesse. Et hoc in casu locum habent argumenta prioris sententię. Si vero res in contradictorio iudicio non agatur, sed prætor ex officio, vel ita instantibus cognatis eius, qui prodigus esse dicitur, curatorem decreuerit, tanquam prodigo, cũ non esset, potest dici obreptum esse prætori, & consequẽter dationem non valere, l. cum vero, §. subuentum, ff. de fideicommiss. liber. l. 1. §. hæc verba, ff. ne vis fiat ei. Bart. in cons. 91. num. 2. lib. 1. Castren. in d. l. is cui bonis, ante num. 4. Menoch. de retinen. possess. rem. 2. nu. 15. cum sequentibus. Et hoc in casu locum habent argumenta posterioris sententiæ.

Quinta controuersia. An & ei, qui moribus malis præditus est, vtpote lusor, libidinosus, & aliis malis artibus addictus, bonis interdici queat? Et sunt qui existimant C posse authoritate l. & mulieri, ff. de curatore furios. ibi: *Et mulieri, quæ luxuriose viuit, bonis interdici potest*. Ita Ripa, ad d. l. is cui bonis, nu. 16 ff. de verb. oblig. Ant. Gomez li. de contractib. cap. 14. nu. 33.

Sed hanc sententiam rectè refellit Pinellus ad l. 4. C. de bonis matern. nu. 10. Quia verbum *luxuriose* in d. l. & mulieri, idem significat, quod prodige, vt ibi praeclare ostẽdit ex latinis authoribus, ex Antonio Augustino, & aliis. Quo fundamento sublato, nullum est aliud, quo dicta sententia nitatur, vnde, vt corruat necesse est.

CAPVT LXVI.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem re.

SExta controuersia, an ex eo, quod quis per sententiam iudicis declaratus est prodigus, censeatur ei bonis interdictum. Et non censeri existimarunt Bart. D in d. l. is cui bonis, nu. 2. ff. de verb. oblig. & alii, quos refert ibidem Ripa, nu 30. Fundamentum est, quia declaratio, & interdictio sunt diuersa. Vnde de vna non infertur ad aliam.

Sed contrariã sñiam sequuti sunt Bald. ad l. 1. ff. de curat. furios. & in l. vnica, C. de confessis, Imola, Cumanus, Alex. aret. Roman. & Ripa, in d. l. is cui bonis. Fundamẽtum est, quia interdictio bonorum videtur tacite sequi ex declaratione: vnde pro expressa haberi debet, argum. l. quid tamen, §. si arbiter, ff. de recept. arbitr. Sicuti cum quis deliquisse declaratur, videtur in consequentiã condemnatus ad pœnam, l. 1. §. calumniatorib. ff. ad Turpil.

Et hæc sententia mihi magis probatur, quia ipso iure prodigus amittit bonorum suorum administrationem, vt dictum est supra, ex l. 1. ff. de curat. furios. & ex aliis legibus. Quare cũ à iudice declaratus est prodigus, nihil proponi video, cur ei bonorum administratio nõ censeatur interdicta. Licet enim aliud sit sententia declarans;

quàm

qua bonorum interdictio, vt in argumento contrariæ opinionis, hęc tamen ex illa sequitur. A

Septima controuersia. Si iudex edicto suo prohibuerit, ne quis contrahat cum aliquo, quia est prodigus: An videatur interdictum bonis ipsi prodigo? Et non videri respondit Bar. in d. l. is cui bonis, nu. 5. Quia interdictio fieri debet ipsi pro, l. Iul. ff. de curat. furioso.

Sed in contrarium est communis opinio, cui & ipse accedo, si modo edictum emanauerit adhibita causæ cognitione, & in eo contineatur id, quod dictum est supra, nempe, omnes prohiberi contractus facere cum Titio, quia prodigus est. Neque enim inspici debet verborum cortex, sed vis ipsorum, & loquentis intentio, c. intelligentia, de verb. sign. Nemini autem dubium esse potest, quin ea fuerit edictum proponentis intentio, vt prodigus à rerum suarum administratione abstineat. Iuuatur hæc sententia ex notatis in l. 1. C. de cupressis, lib. 11. & in l. vlt. C. de indic. vidui. tollen. quare ego arbitror perinde esse, ac si ipsi prodigo interdictum esset. Atq; ita docent, Paul. Castr. Alexan. Aret. & Ripa, in dicta l. is cui bonis, quibus & ipse assentior. B

CAPVT LXVII.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem materia.

OCtaua controuersia. Vtrum per dationem curatoris alicui, tanquam prodigo factam, videatur interdicta bonorum administratio. Et videri existimant Bar. in d. l. is cui bonis, n. 4. Cast. n. 8. Alex. n. 18. Iaf. nu. 13. Ripa, nu. 34. Quorum potissimum est fundamentum: (Nā leges, quas Bar. pro hac sententia allegat, nihil probāt) quia ex curatoris datione necessario intelligitur, eam esse pretoris intentionem, vt nō ipse prodigus administret, sed curator. Facit regula l. illud, ff. de acqui. hære.

Contrarium responderunt Bal. & Ang. in d. l. is cui bonis. qui mouentur authoritate Innocentij, in c. grandi, de supplenda neglig. prælat. lib. 6. Sed nihil dicit Innocen. eo in loco, quo istorum sententia iuuetur, ut animaduertit Alex. loco annotato. Quare priori sententiæ, quæ & communior est, magis adhæreo. C

Nona controuersia. Vtrum prodigus in integrum restitutionem petere possit aduersus ea, quæ gessit, antequā ei bonis interdiceretur. Affirmant glos. in l. patri pro filio, in verbo interdici, ff. de minorib. Barto. ad l. Marcellus, col. 1. vers. istud nota, & ibid. Cast. col. vlt. de fideiussor. Io. Andr. ad Spec. in rubr. de præscr. Alex. in l. si curatorem habens, C. de in integ. rest. Bald. in cons. 287. Proponitur quod adultus, lib. 5. Rom. sing. 226. Fui interrogatus, vbi declarat verum esse, si iusta causa subsit.

Fundamentum est, quia prodigus, & minor æquiparantur, eisdemque priuilegijs, ac beneficijs perfruuntur, l. 4. ff. de priuil. cred. ergo sicut minori læso conceditur in integrum restitutio. ita & prodigo videtur concedenda.

Contrariam sententiam habuere Odoffr. & Albet. in d. l. si curatorem habens, & Iaf. in d. l. is cui bonis, nu. 12. Fundamentum est, quia nulla lege id est cautum in prodigo, immò contractus ab eo facti, antequam interdicatur administratio, legitimi reputantur, l. Iulianus, ff. de curatore furios. Quare contrahentes decipi non debent legis authoritate, l. 1. C. de his, qui veniā ętatis impetrau. D

Sed prior sententia, quę & cōior est, mihi probabilior videtur. Namcum lex & minori, & pupillo, & furioso, & insano, prodigum compara[u]erit, satis clarè voluisse videtur, ēt isti ad supradictorum exemplum esse succurrēdum. Et hęc ratio communior doctorum sententia roborata, sufficere debet pro lege. Nec verum est, quod asseueratur in argumento contrariæ opinionis, contractus prodigi, ante indictionem bonorum factam, à lege approbari. Hoc non dicit lex allegata, & contrarium innuit l. 1. ff. de curator. furiosi. dum prodigo suorum bonorum administrationem prohibet.

CAPVT LXVIII.

Duæ aliæ controuersiæ de eadem materia.

DEcima controuersia. Vtrum valeant contractus à prodigo gesti post interdictam bonorum administrationem, quę tamen publicata non est, & ignorabatur ab eo qui contraxit. Et valere dixit Castr. in d. l. is cui bonis, num. 1. Aret. ibid. num. 2. vers. aduerte tamen, Ripa, num. 37.

Fundamentum est in l. sed si pupillus, §. de quo, & §. proscribere, ff. de instit. vbi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum institore contrahat, alioqui contractus valeat.

Huc accedat tex. in l. sciens, ff. de contrahen. empt. & in l. si ab eo, ff. de vsucapion. Quibus in locis probatur, contractum factum cum prodigo non valere, si contrahens sciebat esse prodigum, ergo secus, si ignorabat, à contrario sensu. B

Sed contrariam sententiam secutus est Alex. ad d. l. is cui bonis, nu. 12. eo argumento, quod iure non probetur hoc in casu valere contractum. Sed cum non respondeat ad l. si sciens, ff. de contrahen. empt. cuius authoritate valdè probabilis prior est sententia, eam tanquam cōmuniorem, & æquiorem magis probo.

Postrema controuersia. Vtrum prodigus ex delicto obligetur, ad pœnam scilicet delicti. Et non obligari respōdit glos. in l. si quis in tantam, in verb. Eatundem rer. C. vnde vi. Nam res suas alienare non potest, d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Poterat & illud afferre, quod ait Iurisconsultus. *Furiosi & eius cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem*, l. furiosi, ff. de reg. iur.

Secunda est sententia Bartoli, ad d. l. is cui bonis, prodigum ex delicto obligari, vbi non agitur de bonorum alienatione. Sequitur Zasius ibi, nu. 19. eius sensum declarans hunc esse, ut prodigus corporali pœna ob delictū affici possit, non autem pecuniaria, quia sicut contrahendo res suas alienare non potest, ita nec delinquendo. C

Tertia est sententia prodigum ex delicto obligari, si delictū consistat in faciendo, secus si in omittendo. Authores sunt Castr. in d. l. is cui bonis, & Alexan. nu. 20. & 21. Iaso. num. 17. Are. num. 8. Ripa, nu 54. Dec. in d. l. furiosi, num. 6.

Fundamentum est in eo, quod cum prodigus delinquit non videtur esse dignus auxilio, & fauore legis, argumento l. auxilium, ff. de minorib. Et quoniam prodigus minori comparatur, l. si curatorem habens, C. de in integr. restitut. Sicut minor accusatur, si omittat id, quod facere debet, l. 2. C. si aduer. delictum, ita & prodigus, l. Fulcinius, §. adeo, vers. idemque in prodigo, ff. ex quib. cau. in possess. eatur.

Postrema est sententia prodigum obligari ex delicto, in faciendo, tam ad pœnam corporalem, quàm ad pecuniariam, reprobata distinctione Bartoli. ita Menochius post alios quos commemorat, de recup. poss. Remedio 9. num. 96. D

Et hę duæ posteriores sententiæ videntur mihi probabiliores: etsi enim interdicta sit prodigo bonorum suorum administratio, non tamen ei concessum videtur impunè delinquere. Et cum in rebus suis administrandis iudicio careat, ideirco ei tanquam furioso, à lege succurritur. At si delictum committat, legis auxilium non meretur, quam ipse contemnit. Quare quod dicitur prodigi nullam esse voluntatem, hunc sensum habet; nēpè, non obligari ex contractu, quia consensus requiritur, & voluntas, & ipse non habet consensum & voluntatem, quoniam prohibetur cōtrahere. Nec inde sequitur, eum per omnia furiosum imitari, quia excepta causa prodigalitatis, nihil prohibet, quin in reliquis rebus intelligat, quid sectum sit, & quanta sit delicti grauitas, licèt fortassè mitius puniri debeat, cum plenum non habeat iudicium. & ita puto iuri consonum.

A

CAPVT LXIX.

Expenduntur duæ Controuersiæ circa contractum mutui.

MVtuatus frumentum, reddere posse inuito creditori æstimationem eius in pecunia, existimauit olim Iacobus de Arena, authoritate l. vinum, ff. si cer. pet. & l. rano, §. si per venditorem, ff. de act. empt. & l. quoties in diem, ff. de verb. oblig. pecunia enim omnia æstimantur, l. si ita fideiussorem, ff. de fideiussor. Sed quanquam Iason, & Curtius adstipulati videantur, hæc tamen Arenei sententia nigros tulit ab omnibus calculos, vt dicebat Comes Feder. Scotus, ad l. 2. §. 1. nu. 172. ff. si cer. peta. & meritò. Mutuum enim damus recepturi idem genus, vt in d. l. 2. alia est ratio debitoris, qui est in mora, & ideo tenetur ad æstimationem quanti plurimi, vt d. l. vinum, & in d. §. si per venditorem.

Sed alia est controuersia. Sitne mutuum, cum ita est conuentum, vt debitor non eiusdem bonitatis rem restituere possit, vt pro vino, mustum; pro vetere, nouum, pro consistente, fugiens. Et in hac specie mutuum non contrahi, sed alium cõtractum innominatum existimarunt Fulgo. & Roman. in d. l. 2. ff. si cer. pet. Quia ad substantiam mutui pertinere videtur, vt æquè bonum reddatur, l. cum quid, ff. eod. & Imperator in §. 1. in Instit. quibus mod. re contrah. obligat. *Mutui datio*, inquit, *in ijs rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant*, &c. item paulo post: *& quandoque nobis non eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ, & qualitatis reddantur.* Quòd vero pertinet ad contractus substantiam, illa partium conuentionibus immutari non potest l. 2. ff. si cer. pet. l. ... ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consum.

Alij docuerunt id genus contractus mutuum esse, si id contrahentes expressetunt, se uelle mutuum contrahere, alioqui contractum esse innominatum. ita olim Christophorus Castilionæus teste Iasone in repet. l. cum quid, nu. 21. & Dec. ibidem. nu. 5.

Fundamentum est, quoniam non pertinet ad substantiam mutui, sed potiùs ad naturam, vt æquè bonum reddatur, ideo pactum contra naturalia contractus valet, l. pacta conuenta, ff. de contrahen. empt. & ibi glos. notat: cum verò id non exprimitur à contrahentibus, merito non est mutuum, quia talis conuentio naturam creditæ pecuniæ excedit, l. Titius, ff. de præscript. verb. & ibi gl. in vers. excedat.

Tertia est sententia vera & communis, eam conuentionem non impedire, quò minus sit mutuum, quia mutui substantia in eo consistit, vt idem genus reddatur, l. 2. ff. si cert. pet. vt verò æquè bonum reddatur, id respicit accidentalia ipsius contractus, ita docuerunt Bart. in d. l. cum quid, in 3. not. ff. si cert. pet. Castr. ibid. Dec. num. 5. Alciat. nu. 4. Federicus Scotus Comes, in d. l. 2. §. 1. num. 158 eodem tit.

Nón obstat argumentum contrariæ sententiæ. Nã quòd attinet ad d. l. cum quid, non ibi dicit Iurisconsultus ad substantiam mutui pertinere, vt æquè bonum reddatur, sed tacitè id cautum videri. Quo modo etiam est accipiendus Imperator in d. §. 1. in Instit. quib. mod. re contrah. oblig.

Ad text. in l. Titius, ff. de præscript. verb. respondeo, Iurisconsultum ibi locutum de alia conuentione, nempè, vt explicat Accur. cum vt minus reddatur, actũ est. Ea conuentio naturam excedit creditæ pecuniæ. Quia non idem redditur in genere suo, secundum mutui naturam, sed minus. At in quæstione nostra idem redditur, sed non eiusdem bonitatis.

A

CAPVT LXX.

Alia de mutuo controuersia ad interpretationem l. si quis nec causam ff. si cert. pet.

SI quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, desideraueris mutuam pecuniã, nec volueris credi nomine, ante quam emisses suscipere, atque ita creditor, qui necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam vt si emisses, crediti nomine obligatus esses. Hoc depositum periculo eius est qui suscepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt pretio vteretur, periculo suo rem habebit. Verba sunt I. C. in l. 4. ff. si cer. pet.

Ad eius aũt interpretationem necesse est intelligere, de quo periculo sit textus accipiendus; nempè, an etiam de periculo casus fortuiti. Et quidem etiam de periculo

B casus fortuiti textum accipiendum existimauit, Ioannes antiquus doctor, quem secuti sunt Decius, Curtius, Corneus, Aretinus, & Alciatus in commentarijs eiusdem legis. Quorum illud est fundamentum; quod textus simpliciter & absolutè dicit, periculum ad depositarium pertinere. Constat aũt periculi nomine etiam casum fortuitũ venire, l. si tibi rem inspiciendum, ff. de præscr. verb.

Huc accedat tex. in l. rogasti, ff. eo. ti. ex quo patet depositarij periculum esse, etsi nulla sit eius culpa, cõsequẽter etiamsi periculum ex fortuito casu veniat. *Quod si lancem vel massam*, inquit, *sine tua culpa perdideris, antequã venderes, vtrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Neruæ distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne. Si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alij dedissem vendendam, quod si non fuit hoc propositum, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris, tibi eam perijsse*, &c.

C Contrariam sententiam, nempè, non de periculo casus fortuiti, sed de eo periculo, quod ex culpa aliqua depositarij euenit. Nam etsi de dolo tantum depositarius teneatur, hoc tamen casu de culpa, & negligentia tenebitur, amplexi fuere, Azo, Bart. Castr. Alex. num. 5. Iason, num. 25. Zasius, Socin. sen. nouissimè Viglius, num. 12. in commentarijs d. l. si quis nec causam. Quibus sanè adstipulor.

Probatur vero hæc sententia. Primo, quia dominium pecuniæ est penes deponentem, antequam depositarius ea vtatur. Periculum autem casus fortuiti ad dominum rei spectare solet, l. pignus, l. quæ fortuitis, C. de pig. act.

Secundò. In commodato ita constitutum est, vt licet gratia commodatarij fiat, periculum tamen casus fortuiti ad commodantem spectet, vt in Instit. quibus modis re contrah. oblig. §. item is cui.

Tertio probatur; quia casus fortuiti in nullo bonæ fidei iudicio præstantur, d. l. quæ fortuitis, C. de pign. act. l.

D contractus, de reg. iur.

Quartò ex l. 1. §. sæpè, ff. depositi, vbi dicitur eum, qui se deposito obtulit, periculo se obligasse, & non solum dolum, verum etiam culpam & custodiam præstare debere, non tamen casus fortuitos. *Sæpè enim*, inquit *vt res depositæ, vel nummi periculo sint eius apud quem deponuntur, vt puta si hoc nominatim conuenit. Sed & si quis se deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen vt non solum dolum, sed etiam culpam & custodiam præstet. Non tamen fortuitos casus.*

Ex quo textu colligitur responsio ad primum argumentum contrariæ sententiæ. Nam etsi periculi appellatione venire possit etiam casus fortuitus, non tamen in deposito venit, sicut nec in alijs bonæ fidei iudicijs. Et patet, non esse bonam consequentiam; aliquis de periculo tenetur, ergo & de casu fortuito. Quare & legem, de qua agimus, ita sanè æquum esse videtur interpretari, ut periculũ illud intelligit, de quo intellexit alter I. C. in

dicta

dicta l.1.§.sæpè, non autem periculum casus fortuiti. Sic & in l.5.ff.nautæ, caupones & stabul. periculum ad nautam pertinere dicitur, non tamen teneri, si quid damno fatali contigerit.

Ad l.rogasti, respondent Bart. & alij, quod textus ait: *Sine culpa rem perijsse*, accipiẽdum esse, de culpa lata vel leui, non autem de leuissima. Potest dici Iurisconsultum in ea specie non loqui de deposito, sed de eo, qui rem dedit, ad hoc, vt venderetur. Nam in deposito ita receptũ videtur, vt nũquam casus fortuiti periculo depositarius obligetur, vt in d.l.1.§.sæpè, ff.depositi.

Nec obstat quod dicitur, depositum hoc in casu gratia mutui factum esse, & ideo naturam eius sortitum, quia negatur consequentia: nam antequam depositarius ea pecunia vtatur, tenetur ex deposito, & non ex mutuo, & quoniam fit ipsius depositarij gratia, meritò de culpa teneri debet, non autem de casu fortuito.

Denique in commodato extat lex apertè dicens commodatarium de casu fortuito non teneri, etiamsi omne periculum ab eo præstandum sit. Ait Vlpian. *Commodatum autem plerumque continet vtilitatem eius solam, cui cõmodatur, & ideo verior est Quinti Mutij sententia existimãtis, & culpam præstandam & diligentiam. Et si fortè res æstimata data sit, omne periculum ab eo præstandum, qui æstimationem se præstaturum recepit. Quod verè senectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, vel si quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interueniat.* Hactenus I.C. in l.si vt certo, §.nunc videndum, ff.commod. quibus verbis facilè intelligitur, quàm sit alienum à lege, vt de fortuitis casibus quisquam obligetur in contractu, in quo omne periculum alioqui ad aliquem spectare constitutum est. Et hæc interpretatio quin adhiberi possit in hac lege, nihil proponi animaduerto.

CAPVT LXXI.

Tractantur duæ controuersiæ ad interpretationem l.quod te, ff. si certum petatur.

QVòd te mihi dare oporteat, id postea perierit, quàm per tè factum erit, quò minus id mihi dares, tuum fore detrimentum constat. Verba sunt Iurisconsulti, in l.5.ff si cert. petat.

Duo autem sunt potissimum controuersa. Primum, quid in debitore quantitatis respectu certæ speciei sit dicendum, an scilicet perempta specie ante moram liberetur, sicut debitorem certæ speciei liberari constat. Alterum est, an si post moram res perempta sit, debitor indistinctè teneatur, an verò distinguendum sit, an similiter apud creditorem peritura esset.

Quòd attinet ad primum: debitorem non liberari existimarunt Raphael Cumanus, & Io. Francis. Ripa, in commentarijs huius legis. Quorũ argumenta sunt ista.

Primum ex l.fundum Cornelianum, ff.de nouatio. in illis verbis: *Denique meliore, vel deteriore facto, sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petito, rectè consideretur.*

Secundum est ex l.hominem, ff.mandati. ibi: *Et ideo etiamsi mortuus fuerit, vtilis ea actio est.* Tertium ex l.vir vxori, ff.de dote præleg. vbi, licet mancipia moriantur, æstimatio tamen debetur.

Quartum ex l.æstimatæ, ff.sol.mat. & ex l.plerunque, ff.de iure dotium, vbi dicitur, maritũ nõ liberari interitu rerum dotalium, sed teneri ad æstimationem præstandã.

Quintum argumentum. Accessorium sequitur naturã sui principalis, sed principalis obligatio hoc in casu est ad quantitatẽ, quia species debetur respectu quantitatis, ergo debitor nõ liberatur ex interitu ipsius rei, quia debitor quantitatis non liberatur, l.incendiũ, C.si cert.pet.

Contrariam sententiam amplexi sunt Castrens. Alex. Ias. Dec. Alciat. Cagn. & alij, in d.l.quod te, quibus, & ipse adstipulor. Probatur primo, ex l.Titiæ textores, §.ult. de leg.1. *Si alteri Stichum hæres dedit*, ait Iurisconsultus,

A *quem duobus dare damnatus fuerat, & antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, hæres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.* In ea specie hæres tenebatur æstimationem Stichi alteri legatario præstare, & sic ad quantitatem erat obligatus, propter speciem, hoc est, propter Stichũ, vt in l.si res, 20.de leg.3. & mortuo Sticho ante moram, liberatur.

Secundò probatur ex l.filiusfamilias miles, §.vlt. de leg.1. vbi idem dicitur, quod in lege proximè citata.

Tertiò probatur ex l.quidam testamento, § si tibi, de leg.1. *Si tibi seruus legatus fuerit, & petium à te, vt Titio aliquid præstares, vsque ad pretium serui, deinde seruus decesserit, nihil fideicommissi nomine præstare cogendus eris.* Hactenus Iurisconsultus.

Quartò probatur ex l.1.§.vlt.cum l.seq.ff.si cui plus quã per legem Falcid. *Si res quæ legata est apud legatarium interierit, probandum est exceptione succurri ei, qui promisit, etiamsi quanti ea res sit, promiserit.* Quibus verbis Iuris-

B consultus docet, legatarium, qui promisit rei legatæ æstimationem, & sic obligatus est ad quantitatem respectu certæ speciei, eius interitu liberari.

Quintò probatur ex l.si seruus cõis, ff.de furtis, in illis uerbis: *Ex his igitur apparere & mortuo seruo, nihil esse quod actor eo nomine consequi possit*, &c. Idẽ probat text. in l.1. uers. Planè, ff.si quadrup. pauper. fecisse dicat. ibi: *Planè si ante litẽ contestatam decesserit animal, extincta erit actio.*

Ad primum argumentũ contrariæ sententiæ respondeo, in l.fundum Cornelianum, debitorem obligatum fuisse, tàm ad rem, quàm ad æstimationem, quia debitor rei animo nouandi æstimationem promiserat. Sed nostra quæstio est, vbi quis est obligatus ad quãtitatem intuitu certæ speciei.

Ad secundum respondeo, in d.l.hominem, debitorem in mora fuisse, & penes se pretium hominis mortui habuisse: meritò non liberatur ex interitu rei.

Ad tertium, ex l.vir vxori, respondeo. Legatum ibi v-

C xori deberi, quia maritus superuixit mortuis mancipijs, nec legatum reuocauit. Quare eius voluntas seruanda est, quę talis fuisse conijcitur, vt etiam mortuis mancipijs legatum uxori præstaretur.

Ad quartum ex l.æstimatæ, & alijs cõcordantibus respondeo, ibi agi de marito obligato ad quantitatem simpliciter, népe ad pretium rei ęstimatę in dotem datę: Nã ęstimatio emptionẽ inducit, l.quoties, C. de iure dotiũ.

Ad quintum respondeo, quæstionẽ proponi, ac intelligi in ijs terminis, in quibus non quantitas est principaliter in obligatione, sed quando species principaliter debetur, & eius causa, & respectu debetur quantitas. Quare argumentum retorquetur.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, non distinctionem adhibendam, sed absolutè debitorem teneri, re perempta post moram ipsius, censuit olim Ioannes antiquus interpres, quem secuti sunt in d.l.quod te Bar. Bal. Ang. Salic. Ias. Alc. Ripa, Soc. Corn. nu.10. Zasius, n.18.

D quorum argumẽtum est pręcipuum ex legibus, quib. indistinctè dicitur, debitorem non liberari, si post moram res perierit, l.quod te, l.1.§.Rectissimè, l.meritò, ff.de vi, & vi armata, l.apud Iulianum, §.ipsius quoque, de leg.1. l.cum filiusfam. ff.de verb.oblig. l.nemo, §.vlt.ff.eod. l.si in Asia, §.ult.ff depositi.

Secundum argum. est ex l.cum res, §.ult. de leg.1. ibi: *Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait vtiq; æstimationem non deberi, quod ita verum est si non post moram factã id euenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Tertium est ex l.si filio §.si post diuortiũ, ff.sol.mat. in illis uerbis: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse præstabit.*

Quartũ ex l.si pecuniã, §.penult. ff.de cõdict. ob cãm. ibi: *Sed vbi accepit vt manumitteret, deĩde seruus decesserit siquidẽ morã fecit manumissioni, consequẽs est, vt dicamus, refundere eum debere, quod accepit. Quod si morã nõ fecit*, &c.

Siquidem distracturus erat, siue quò ipse vsurus, oportere dici,nih.l eum refundere debet. A

Quintum argumentum. Fur & morator æquiparantur, l.inter stipulantem, §.penult. de verb.oblig. sed fur tenetur indistinctè re perempta, l subtracto, C.de furtis, ergo & morator.

Contrariá sententiam amplexi sunt Castr. Dec. Aret. Fulgos.& Cagnol.in d.l.quod te,& Soc.in cons.18.col.2. lib.2.& in cons.175.l.b.3.quibus, & ipse assentior.

Probatur primò ex l.si plures,§.1.ff.depositi. ibi: *Siue autem cum ipso,apud quem deposita res est,actum fuerit siue cum herede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus, & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum sit,naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cum interitura esset ea res etsi restituta esset actori.*

Secundò ex l.si cum exceptione,§.sed etsi non culpa, ff.de eo quod metus causa. *Sed etsi non culpa eius, cum quo agitur, aberit, si tamen peritura res non fuerit, si metum nō adhibuisset, tenebitur reus sicut in interdicto, vnde vi,&c.* B

Tertiò, ex l.item si verberatum,§ vlt.ff.de rei vendic. ibi. *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit, sine dolo malo, & culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique putant, sed verius est, si fortè distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & pretium lucratus fuisset.*

Quartum est ex l.si vehenda, §.si ea conditione, ff. ad l.Rhodiam de iactu. vbi textus: *Si ea conditione nauem conduxisti, vt ea merces tuæ portarentur, easq; merces nauta nulla necessitate coactus in nauem deteriorem, cùm id sciret te fieri nolle, transtulit & merces tuæ cum ea naue perierunt, in qua nouissimè vectæ sunt, habes ex conducto locato, cum priore nauta actionem.* Paulus: *Immò contra, si modò ea nauigatione, vtraque nauis perijt, cùm id sine dolo, & culpa nautarum factum esset.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiç respōdeo; leges in eo citatas declarandas esse ex alijs supradictis, nempe adhibita distinctione iam dicta. C

Ad secundum, ex l.cùm res,§.vltimò responsio patet, qui tex. ibi loquitur, quando legatarius erat rem distracturus, consequenter non erat apud eum res peritura, quia vtilitatem alienando percepisset.

Ad tertium, ex l.si filio,§.si post diuortium, ita respondeo. Textus dicit mariti debitoris periculum esse. Sed vtrum si apud vxorem res peritura fuisset, teneatur, non docet ille textus.

Ad quartum, ex l.pecuniam,§.penult. respondeo. Solutionem colligi, si facti species rectè intelligatur. Quidam pecuniam accepit, vt seruum manumitteret, mortuus est seruus, antequam manumitteretur. Quæritur an pecunia condici possit. Respondit Iurisconsultus posse, si mortuus sit seruus post moram manumissioni factā. Si ante moram distinguendum esse, vtrum is, qui pecuniam accepit, distracturus esset seruum, nec ne. Argumētum ita sumitur. In priore casu, vbi mora facta est, non adhibetur ea distinctio, sed tātum in posteriore casu ante moram. Respondeo. In priore casu adhiberi non posse eam distinctionem, quia si is, qui pecuniam accepit, allegaret, se potuisse seruum distrahere, replicaretur aduersus eum, cur non manumisisset seruum cum posset? aut pecunia non accepta, cur seruum non distraxisset? illa distinctio valet, cùm ante moram seruus obiit. Quare ad rem nostram accommodari non potest. D

Ad vltimum argumentum respondeo. Non si in aliquibus comparantur fur & morosos, idcirco in omnibus esse comparandos, vt dicebat quidam doctor Gallos, controuers. illust. quæst.30. vide etiam hac de re Menoch. libro sexto, præsumptio. 138.

CAPVT LXXII.

In casibus, in quibus mora incurritur absque interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor.

Est etiam controuersia, vtrum debitor re perempta liberetur, si fuerit in mora, quam irregularem doctores vocant, quæ scilicet absque interpellatione committitur. Et liberari censuerunt Alex. in l de diuisione, ff.sol.matr. Alciatus in d.l.quod te, circa finem, ff.si certum petat. alios citant & communem esse asseuerant Iason ibidem, num.25. Cagnol. nu.97. Fundamentum est in l.naturalis, §.sed si scyphos, ff. de præscript. verbis, vbi I.C. *Sed si scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares periculo meo Stichus erit, ac tu dūtaxat culpam præstare debes.* Ibi periculum interitus ad debitorem non pertinet, cū tamen sit in mora illa irregulari, quia videlicet scyphos ab altero accepit.

B Sed contrariam sententiam amplectuntur Iason, & Cagnol. loco annotato. authoritate d.l.quod te, vbi dicitur periculum interitus ad debitorem pertinere, si fuerit in mora, ergo siue mora fuerit regularis, vt vocant, per interpellationem factam, siue irregularis, idem est dicendum, & eadem est ratio.

Nec verum est in specie d.§.sed si scyphos, debitorem in mora fuisse, quia textus dicit, & tu duntaxat culpam præstare debes, vt declarat Corasius lib.2. Miscellaneor. cap.9. & ratio id euincit. Nam vna & eadem res efficere non potest, vt debitor obligetur, & simul etiam in mora constituatur, l.quod dicimus, ff. de solution. sed ex eo, q alter scyphos dedit, oritur obligatio alterius, nempe, vt det Stichum, quia in eiusmodi contractibus innominatis, ex eo quòd vnus implet contractum pro parte sua, alter obligatur ad implendum, l.iurisgētium, ff.de pactis, ergo non potest in mora constitui. Hæc & alia quædam

C leuiora tamen, afferuntur pro hac sententia. Quibus nō obstantibus, communem sententiam sequor: nam illa vocatur a doctoribus nostris mora irregularis, quæ ex implemento alterius partis oritur, vt patet ex notatis in l.curabit, C.de actio.empt. in l.de diuisione, ff. sol. matr. & alibi. Quare, cum in specie, de qua loquitur textus in d.§. sed si scyphos, alter iam impleuisset scyphos dando, sequitur dicendum alterum in mora fuisse. Et quod dicitur ex eodem actu obligationem, ac moram simul oriri non posse, verum est, si de mora propriè dicta intelligatur.

Cæterum, nec Corasio assentior impugnanti communem interpretationem d.§.sed si scyphos, vt scilicet interitus periculum ad debitorem non spectet, quantum ad hoc, vt teneatur ad rem præstandā, vel ad id, quod interest, non autem quantum ad hoc, vt quod accepit, restituere non teneatur, verius est enim teneri, ut probat l. ult. ff.de condict.ob causam. Quę ita conciliari debet cū

D §.sed si scyphos.

Nec obstat, quòd in uerbis præcedentibus loquatur ibi Iurisconsultus de condictione ob causam: nempe, si rem dedero, vt rem accipiam, mihi condictionem rei datæ competere, deinde statim sequitur: *Sed si scyphos dedi, &c. periculo meo Stichus erit;* quæ uerba si ad proximiora referantur, innuunt, eo casu condictionem seu repetitionem datorum non competere. Non inquam hæc obstant, quia §. sed si scyphos aduersatur præcedentibus uerbis, hoc modo, ut eo negetur actionem præscriptis uerbis competere ad id, quod interest. Et cum ea oratio contineat simul actionem ad id, quod interest, & datorum repetitionem, non debet inspici, quod prius uel posterius sit. Sed declarari debet ex d.l.ultima, ff.de condictio. ob causam, ubi dicitur mortuo Sticho repeti posse, quod datum est. Nec ibi fit ulla mentio moræ debitoris, magis quàm in dicto §. sed si scyphos, ubi perperam illa uerba perpenduntur (& tu duntaxat culpam præsta-

præstare debes)ad excludendam moram : quia aliud est culpa in conseruando Sticho adhibita, propter quam periit, aliud est culpa, quæ consistit in mora commissa in eo tradendo. Et negari non potest, quin fuerit in mora irregulari debitor, cum scyphos accepit, & Stichum non tradidit.

CAPVT LXXIII.

Duæ controuersiæ ad interpretationem l. singularia, ff si cert. pet. & eius materiam.

Singularia quædam præcepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est, vt cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et à me ad te profecta. Verba sunt Vlp. in l.15. ff. si cert. pet.

Controuersia autem est, primo si debitori meo iussero, vt tibi pecuniam det, ille verò tibi nõ dederit, sed promiserit: An tu mihi eã reddere tenearis: An verò aduersus debitorẽ meum, actionem mihi cedendo, liberetis.

Secundò, si mandatu debitori meo, vt Titio creditori meo centum soluat, præsenti, acceptanti, & interueniẽte vera delegatione. Debitor meus promisit soluere, ita creditore consentiente, & promissionem acceptante, vtrum si non soluerit, sed bona sua decoxerit, Titius contra me agere possit.

Quod attinet ad primã controuersiã, te ad reddẽdam mihi pecuniã teneri, perinde ac si à debitore meo pecuniã accepisses, Authores sunt Salic. & Ludou. Rom. in d. l. singularia, & Fulg. in l. si me, & Titium, ff. eo. ti.

Primum argumentum est, ex regula quadam brocardica, vt vocant, paria sunt soluere & promittere, l. vlt. C. ad leg. Falcid. Si debitor soluisset, tu mihi tenereris ex mutuo: ergò si promisit idem est dicendum.

Secundum argumentum est ex eo, quod qui actionẽ habet, rem ipsam habere uidetur, l. qui actionem, de reg. iur. Sed contra debitorem meum actio tibi competit ex promissione, ergò perinde est, ac si rem, hoc est, pecuniã haberes, quo in casu mihi tenereris.

Tertium argumentum est ex l. quamuis, §. interdum, ff ad Velleianum, in illis verbis: *Soluit enim qui reum delegauit.*

Quartum est ex l. in eum, §. vlt. ff. de institoria act. ibi: *Quod autem pro eo, qui pecuniam fænerauit, alii per delegationem promisit, à domino rectè petetur, cui pecunia creditæ, contra eum, qui delegauit, actio quæsita est.*

Contrariam sententiam, nempe, sufficere hoc in casu, si actio cedatur aduersus debitorem, secuti sunt Paul. Castren. in d. l. singularia, nu. 19. Alex. nu. 29. Ias. nu. 31. Zasius nu. 9. Alc. ad l. si me, & Titium, nu. 15. ff. eo. & ibi ẽt Bar. licet de actione tantum cõpetente loquatur. Et istis ego etiam accedo. Probatur autem hæc sententia, quia hoc in casu nulla mihi actio competit ex mutuo. Vlpianus enim in hac l. singularia, loquitur, quando à debitore meo pecunia numerata est, vt patet ex illis uerbis: *Obligaris mihi, quamuis meos nummos nõ acceperis.* Actio ergò mihi competit ex æquitate, l. si me, & Titium, ff. eo. ti. Est enim æquitati consentaneum, vt is, qui nummos meos exigere potest à debitore meo, ob promissionem ei mandato meo factam, aut eos mihi reddat, aut actionem cedat aduersus debitorem meum, quem alteri delegãdo liberasse videor, l. delegare, ff. de nouation. & quoties qs tenetur eam ob causam, quod actionem habet, cedendo actionem ipsam, liberatur, l. quod debetur, ff. de pecul.

Denique cum æquitas id suadeat, vt id, quod ex meo ad te peruenit mihi reddas, & ad te actio contra debitorem meum peruenerit, æquum bonum est, vt eam mihi cedas, & cedendo liberetis.

A Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo. Non si aliquando comparentur solutio & promissio, vt in ea specie, de qua agitur in l. vlt. C. ad leg. Falcid. idcirco in omnibus comparari. Sunt enim longe diuersa, vt patet.

Secundum argumentum retorquetur. Si enim, qui actionẽ habet, rẽ habere uidetur, igitur actione cessante debitor liberatur, quia perinde est, ac si creditor rem haberet, quæ interpretatio est benignior, quam contraria, de qua in argumento, cum pecunia soluta non fuerit, sed tantum promissa.

Ad tertium ex l. quamuis, §. interdum, respondeo, eũ, qui delegauit soluere, in ea specie, de qua loquitur ibi Iurisc. nempe, vt mulier condicere valeat debitoris delegati liberationem; Et licet tex. dicat, *soluit enim qui reum delegauit*, id non ita generaliter accipiendum est, sed locũ habet, quoties loco solutionis creditor delegatione contentus fuit. Creditori enim solutum videtur, quocũque

B modo ei satisfiat, l. si seru. §. omnis, l. solutum, §. solutam, ff. de pignor. actio.

Ad quartum argumentum ex l. in eum, §. vlt. respondeo, hæc esse dissimilia. Nam is, qui pecuniam fænerauit confestim institori obligatur, mutuum enim contraxit verè & efficaciter. Pecuniam verò nõ accepit, qui maluit alteri eam delegare & cedere. At in quæstione nostra, nõ contraxit mutuum, sed promissionem duntaxat eius, qui mutuam debebat, accepit, nõ autem pecuniam. Quare non pecuniam reddere tenetur, sed actionem cedere.

Quòd attinet ad alteram controuersiam; debitorem ex delegatione facta liberari, nec amplius cõueniri posse, licet delegatus debitor soluẽdo nõ sit, cõis est & vera sententia. Nam per delegationem factam debitorem liberari, ex eo constat, quod delegare nihil aliud est, quàm uice sua alium dare reũ creditori, vel cui creditor iusserit, l. delegare, 11. ff. de nouation. vt merito is, qui reum delegauit, soluisse dicatur à Iurisconsulto, in l. quamuis, §. in-

C terdum, ff. ad Velleianum. Atque ita docent in d. l. singularia, Bar. nu. 19. Ias. nu. 31. Alc. nu. 53. Dec. num. 26. & in cons 107. Benuen. Stracha de mercatura, tit. de mandato nu. 3. And. Geyll. lib. 2. Obseru. 30. nu. 7. alios citat Gab. commu. concl. ti. de nouation. cõcl. 1. nu. 19. & Maschas. de probat. vol. 2. concl. 1111. nu. 3.

Contrariam sententiam habuisse videtur Ludouicus Rom. Curt. iun. & alii quidam, in d. l. singularia, quorũ illud est argumentum, quòd nouatio non inducatur iure nouissimo, nisi expresse id agatur, l. vlt. C. de nouat. Sed respõdetur cum sit delegatio, necessariò nouationẽ induci, quia loco debitoris alius debitor delegatur, l. delegare, ff. de nouat. Quare impossibile est, vt non fiat nouatio, quia sic essent duo insolidum debitores, & is qui alium sui vice substituit adhuc esset debitor, quod repugnantiam continet, & iniquitatem quoque. Nam actionem is aduersus suum debitorem, quem delegauit, non habet, & tamen conueniri posset.

D Actionẽ nõ habere, patet ex l. 2. & 3. C. de nouation. & ex dictis legibus probatur, ex delegatione ius nouationis oriri. Denique qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, l. qui debitorem, ff. de fideiussor. ergo inducitur nouatio & liberatio per delegationem.

CAPVT LXXIV.

Ad interpretationem l. vinum, ff. si cert. petat. controuersia vna.

Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, vtrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset. si non quãti tunc fuisset, cum petitum esset. Ita Iurisc. in l. 22. ff. si cert. pet. Est autem controuersia inter doct. quomodo accipienda sint illa uerba legis vltima, *quãti tunc fuisset, cum*

petitum

petitū esset. An uidelicet de iudiciali tm̄ petitione acci- [A] piēda sit, an verò de petitione quoq; extra iudiciū facta.

Et quidem hoc posteriori sensu accipiēda esse, authores sunt gl. Bar. Castr. Ale. Ias. Soc. Zasius & Cagn. quorum illud est fundamentum, q̄ verbum petere, iam iudiciali petitioni cōueniat, quam extraiudiciali, l. decem cū petiero, ff. de verb. obl. & cum per interpellationē extra iudicium factam perinde mora committatur, ac per lapsum diei, l. mora, ff. de vsur. sequitur dicendum, ut quemadmodum, vbi mora committitur per lapsum diei, æstimatio fit tm̄ tempus obligationi præfixum, vt habetur in hac lege, in illis verbis. *Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset*, ita etiam dicendum sit, vbi ex interpellatione facta mora incurritur.

Confirmatur argumentum, quia mora nocere debet, l. hominem, ff. mandati, c. mora, de reg. iur. lib. 6. non noceret autem, si ratio non esset habenda æstimationis eius temporis, quo per interpellationem mora committitur. Nec obstat quod dici solet in actionibus stricti iuris tem- [B] pus litis contestatæ inspiciendum, quia id locum sibi uēdicat ante moram debitoris, secus autem post moram. Id patet ex d. l. hominem, vbi Iurisc. *aliter*, inquit, *in stipulatione seruatur*. Nā tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi forte aut per promissorē steterit, quo minus sua die solueret, aut per creditorē, quo minus acciperet. Etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Cæterùm, vt de iudiciali duntaxat petitione per litis contestationem illa uerba sint accipiēda, magis est ut existimē una cum Alb. Dec. Alc. & Aret. quia I. C. ab initio loquitur de iudiciali petitione, vt patet ibi: *per iudicem petitū est*. Quare vt respōsum interrogationi & quæstioni conueniat, fateri cogimur, et postrema verba de iudiciali petitione accipiēda esse, vt ea sit mēs Iurisc. si quæratur cuius tēporis æstimatio inspicienda sit, an litis contestatæ, an verò sententiæ latæ, inspiciendam esse æstimationem tempore litis contestatæ, nisi dictum esset, quo tempore uinum mutuo datum redderetur. [C]

Hæc interpretatio cōfirmatur ex aliis legibus, quibus dicitur in iudicus stricti iuris, vt est mutuum, æstimationem fieri secūdum tempus litis contestatæ, l. 3. §. in hac, ff. commodati, l. vlt. ff. de condict. triticaria. nulla verò lex est quæ dicat, inspiciendum tempus interpellationis, seu petitionis extra iudicium factæ.

Huc accedat, q̄ vbi nulla dies est adiecta obligationi, debitor in mora constitutus per interpellationem extra iudicium eam purgare potest, quandocunque ante litem contestatam, l. interdum, 73. §. vlt. l. si seruum, 91. §. sequitur, ff. de verb. obl. vsque adeo, vt creditori imputetur, q̄ litē contestatus non fuerit, vt in l. si insulam, 84. ff. eod. tit. vt eleganter explicat Ant. Faber, lib. 6. coniecturarū iuris. c. 7. quare non perinde statuendum est de mora, quæ per interpellationem incurritur, quod cōstitutum est de mora, quæ committitur ob lapsum diei; etsi enim debitor rem obtulerit post diem conuentam, verum est tamē, illum intra diem præstitutum non dedisse, l. Celsus, [D] ff. de arbitris, merito eo casu inspicitur æstimatio eius tēporis, quo conuentum est rem dari, vel restitui, vt in hac lege, & in d. l. hominem, ff. mandati.

Non obstat q̄ dicitur, verbū *petere*, adaptari ēt ad positionem extra iudicium, quia id cōcedo, si spectetur natura & significatio verbi. Sed si tex. legis spectet, & materia, de qua agitur, id nego. Quod vero dicitur, perinde morā incurri ex interpellatione, atq; ex diei lapsu, fateor, sed non per omnia idē in vno atque in altero statuendū est; quia subest ratio differentiæ, illa scilicet, quoniā mora purgari potest, vbi dies adiecta non est obligationi, quod minimè conceditur, vbi dies est adiecta. Et q̄ Iurisc. dicit, moram non prodesse debitori in d. l. hominē, intelligi debet in eo casu, quo dies est adiecta, quemadmodum & ex eius verbis patet, secus autē ubi dies adiecta non est, si purgetur ipsa mora per debitorem, sicuti ei licet ante litem contestatam, vt dictum est.

CAPVT LXXV.

Ad l. ciuitas, ff. eod. tit. controuersia vna.

C*Iuitas mutui datione obligari potest, si ad vtilitatem eius pecuniæ versæ sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.* Ita Vlp. in l. 27. ff. si certum petatur. Dissensio est inter doctores, si Decurionibus ciuitatis populo arescente, siue consilio ipsius ciuitatis, mutua data fuerit pecunia, an probandum sit à creditore pecuniam versam in utilitatem fuisse. Et hanc probandi necessitatem non incumbere creditori hoc in casu existimarunt Bart. Castr. Alex. Corn. & Zasius, necnon Ripa, in l. si is qui bona, nu. 10. ff. de pignor.

Primum argumentum est, quia ciuitas ex contractu obligatur absolutè, ergo necesse non est probare pecuniam in eius utilitatem erogatam. Ciuitatem obligari ex contractu, probatur primo, quia obligatur ex delicto, l. metum, §. animaduertendum, ff. de eo quod metus causa. Secundo, quia ciuitas condere potest legem in his, q̄ pertinent ad eius administrationem, l. prohibere, §. plane, ff. quod vi aut clam. Contractus autem initus ab eo, qui legis condendæ potestatem habet, vim legis habet, l. Cæsar, ff. de publicanis, l. penult. C. de donatio. inter vir. & vxor. ergo talis contractus habet vim legis, & consequenter seruandus est. Tertio, quia à simili ex mutuo obligatur capitulum Ecclesiæ sede vacante inito, vt docet glos. in cap. cupientes, in verbo, aliunde, de electio. lib. 6.

Secundum argumētum est à simili. Nam si Prelatus Ecclesiæ vna cum capitulo mutuā acceperit pecuniam, obligatur ad reddendam eam, licet non probetur fuisse versam in vtilitatem ipsius Ecclesiæ, c. penult. de fideiussoribus.

Sed in ciuitate non libera, id est, vt vulgus loquitur, superiorem recognoscente, contrariam sententiam secutus est Alciat. post Fulgos. authoritate d. l. ciuitas: Sed uidetur mihi cōmunis sententia satis probabilis: quia Vlpianus in hac lege non loquitur, cum tota ciuitas, hoc est, decuriones populo uniuerso præsente contrahit, sed cum administratores tantum contraxerunt, vt patet ex illis verbis: *Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, tenebuntur*. Quæ sane verba non conueniunt in eum casum, quo tota ciuitas contrahit.

Illud fateor non rectè dictum, contractum habere vim legis, id enim non probat l. Cæsar, ff. de publicanis, sicuti bene explicat Zasius in hac lege. Et l. penult. de qua in argumento loquitur de contractib. Imperatoris.

CAPVT LXXVI.

Vtrum probetur pecuniā conuersam fuisse in vtilitatem ciuitatis, vel Ecclesiæ, ex eo, quod probatur ciuitatem, vel Ecclesiam tempore mutui indiguisse ea pecunia.

COnuersionem in vtilitatem ciuitatis & Ecclesiæ factam fuisse pecuniæ mutuo acceptæ, probari ex eo, quod probatur Ecclesiam uel ciuitatem ea indiguisse, quo tempore accepit, existimarunt gl. in c. hoc ius porrectum, in verbo, probat 10. q. 2. Castr. ad l. 1. §. nō autem, & ad l. vlt. ff. de exercitoria actio. & ibid. Petr. Cyn. & Bald. Dec. ad l. ciuitas, num. 10. & ibi etiam Rimenal. ff. si certum pet. Ruyn. in cōs. 76. col. 4 in fi. lib. 4.

Fundamentum est in d. l. vlt. ff. de exercitor. actio. vbi patet nauis magistrum obligari ex mutuo, quod in refectionem nauis contraxit præpositus, si modo probetur refectione nauem indiguisse.

Sed contrariam sententiam probant Barto. in d. l. vlt. Alex. in d. l. ciuitas, & ibid. Ias. nu. 18. Ang. in consi. 245. Imola, in c. 1. num. 17. de deposito. Ripa ad l. si is qui bona,

na,

na, nu. 10. ff. de pignor. & Ioseph. Maschard. de probatio. vol. 3. conclu. 1171. nu. 8.

Fundamentum est in eo, quod leges requirant probati uersionem in vtilitatem ciuitatis & ecclesiæ, & in c. penult. de fideiussor. & in d. l. ciuitas. Nulla vero est lex, quæ versionem demonstrari ex eo decernat, quod ecclesia vel ciuitas indiguerit pecunia, tum quia fieri potest, vt indiguerit, & tamen in eius vsum exposita non fuerit, tum quia raro accidere potest, vt mutuo pecunia sine necessitate accipiantur. Quapropter aut nunquam, aut certè raro is succumberet, qui conuersionem factam allegaret, quia probationem paratam ferè semper haberet.

Tertia est sententia Iac. Menochij de arbit. iudic. casu 432. nu. 35. hanc rem iudicis arbitrio committentis, veluti iure non definitam, & quæ ex varijs causarum circumstantijs facilè definiri potest. Nec a Menochio dissentit Ioseph. Masch. d. loco proximè citato, nu. 10.

Sed mihi magis probatur eorum sententia, qui absolutè negant conuersionem demonstrari ex eo, quod demonstretur ecclesiæ, vel ciuitatis necessitas. Cui sanè sententiæ magnopere suffragatur argumentum, quod superius allatum est.

Nec obstat tex. in d. l. vlt. ff. de exercitor. actio. quia species illa longè est absimilis. Agitur ibi de priuatis personis, hic de publicis. In priuatis, qui ex mutuo obligantur, necesse non est probare pecuniam versam in vtilitatem. In ciuitate secus & in ecclesia. Quare si quis præposuerit quempiam naui, tenetur, si modo cum pecunia crederetur, nauis in ea causa fuisset, vt refici deberet, nec lex requirit, vt in eam causam versio probetur. At in quæstione nostra nominatim id requiri constat.

CAPVT LXXXII.

Tractantur duæ Controuersiæ de mutua pecunia Ecclesiæ data, ad interpretationem c. penult. de fideiuss. & c. 1. de solutionibus.

SI prælato consentiente capitulo pecuniam mutuatus fuerit, nec vnde eam reddere possit, habeat, nisi immobilia bona vendat Ecclesiæ, controuersia est, si non probetur pecuniam versam in vtilitatem Ecclesiæ vtrum ad eam restituendam cogi possit.

Et cogi non posse, Authores sunt Abbas Panor. in c. penul. de fideiuss. nu. 4. & in c. 1. nu. 9. de deposito. Card. in d. c. penult. col. penult. & in cons. 71. col. vlt. Alc. in l. Ciuitas, nu. 4. & nu. 6. ff. si cert. pet. quorum argumentum illud est, quod sine causa iusta alienari non possunt ecclesiæ bona immobilia, c. sine exceptione, 12. q. 2. hic autem nulla causa videtur esse legitima, quia nõ constat pecuniam in Ecclesiæ vsum fuisse consumptam.

Sed contraria sententia longè probabilior & communior est. Nempe, Ecclesiam cogi posse ad restituẽdam pecuniam, licet uersio in vtilitatem facta non ostendatur, ita docuerunt. Bat. in d. l. ciuitas, nu. 13. Dec. nume. 6. Ias. col. pen. Butr. in c. penult. nu. 9. de fideiussor. Mar. Soc. in cons. 15. nu. 25. lib. 1. Castr. in cons. 338. nu. 2. lib. 1. Imola in c. 1. nu. 17. de deposito. Rol. a Valle, in cons. 41. nu. 36. lib. Iac. Menoch. de Arbitr. iud. casu 432. nu. 13. vers. contrariam itaque opinionem.

Probatur hæc sententia authoritate tex. in d. c. penul. de fideiussor. dum ibi dicitur, Ecclesiam non teneri ad restituendum mutuo acceptam pecuniam, quoties absque prælati authoritate, & maioris partis Capituli mutuũ est contractum, nisi probetur eam fuisse versam in vtilitatẽ Ecclesiæ. Etenim a contrario sensu, ex hoc loco satis clare euincitur, ecclesiam teneri, si mutuum contractũ fuerit, accedente prælati & capituli authoritate. Quę sanè causa soluendi æs alienum iustissima reputanda est, alienandi res immobiles ecclesiæ cap. hoc ius porrectum, 10. quæstion. 2. quare cessat argumentum contrarię opinionis.

A Altera controuersia, quam huius capitis titulus promittit, hoc est; prælatus ecclesiæ absque consensu capitularium mutuatus est pecuniam, non constat, an in ecclesiæ vtilitatem fuerit conuersa. Moritur. Nunquid successor ad eam creditori restituendam compelli possit?

Affirmant compelli posse, Panorm. in d. c. penult. n. 7. de fideiussor. necnon Anch. n. 9. & Card. in 10. q. authoritate tex. in c. 1. de solut. vbi S. Pont. *Sicut filius debita Patris soluere tenetur, ita Prælatus sui prædecessoris pro ecclesiæ necessitate contracta.* Nam si versio in vtilitatem ecclesię probanda esset hoc in casu, sequeretur creditorem ad hoc adstringi, vt negotium ecclesiæ gereret, vt de creditore mutuante præposito nauis dicebat Iurisc. Africanus, in l. vlt. ff. de exercitor. act. præsertim si fortasse accideret, ut propter ecclesiæ necessitates prælatus accepta pecunia Romam proficisci deberet, tunc creditori onus incumbere videretur curam adhibendi, vt ea pecunia in necessarios tantum usus expenderetur, quod sanè per
B quam durum esset ac difficile.

Et licet probationem istam exigat tex. in d. c. vlt. de fideiussor. non tamen loquitur de prælato ecclesiæ mutuũ contrahente, sed de monacho, seu religioso, absque licentia Abbatis, & maioris partis capituli se obligante.

Cæterum, hoc in casu successorem compelli posse negant Innoc. in c. 1. de solution. Anto. Butr. in d. c. penult. nu. 8. Castr. in cons. 339. lib. 1. nu. 2. uers. si uero nullum. quorum fundamentum est in d. ca. penult. quatenus ibi S. Pont. exigit eam probationem, ubi sine consensu maioris partis capituli, simulq; prælati mutuum est contractum. Etsi enim consensus hic extet prælati, deficit tamẽ consensus capituli.

Tertia est sententia Iacobi Menochij; hanc rem diligentis ac boni iudicis arbitrio delegantis, de arbit. iudic. casu 433. num 18.

Ego vero eorum sententiæ magis adstipulor, qui negant successorem teneri, si uersio in utilitatem facta non
C probetur.

Moueor inprimis authoritate d. c. penul. secundo moueor authoritate c. 1. de solutio. ac perpendo uerba S. Pontificis eo in loco, quibus dicit successorem obligari ad soluendi debita. *Prædecessoris pro necessitate ecclesiæ contracta.* Igitur hæc ipsa qualitas erit probanda a creditore. s. debita contracta fuisse pro necessitate ecclesiæ. Nec uero aliter probari poterit, nisi demonstretur pecuniam creditam necessitati ecclesiæ subuenisse. Nam ecclesiam pecunia indiguisse, & iccirco mutuo eam accepisse, si probetur, non infertur tale debitum contractum fuisse pro necessitate ecclesię. Itaque uerba cum effectu sunt accipienda, & consequenter pro necessitate ecclesię debitum contractum intelligitur, cum ideo contractum est, ut necessitati subueniretur, & subuentum fuit.

Tertio moueor ex §. si uero quis, aut Episcopo, aut œconomo, in auth. de alienatione & emphyteusi, ubi Iustinianus ita dicit: *Si uero quis aut Episcopo aut Oeconomo, aut*
D *ordinatori cuilibet uenerabilis domus, siue in regia Ciuitate siue in Prouincia constitutas pecunias crediderit, iubemus ne, que hoc eis reputari pro uenerabili domo, nisi prius ostenderint, quod in utilitatem prædictæ uenerabilis domus ista profecerunt, neque ipsum creditorem, aut heredes eius contra venerabilem domum habeat aliquam pro ipsis actionem, nisi monstrauerint, quod in utilitatem venerabilis domus, pecunia profecerunt. Sed contra mutuas accipientem pecunias, aut heredes eius proprias moueant actiones* Quare nec obstat tex. in d. c. 1. de solutio. Immo ab hac sententia plurimum facit. Nec tex. in d. c. penul. de fideiussor. facilè euitari potest: Et ad extremum quod dicitur de cura ac diligentia perquam difficili a creditore adhibenda, nihil prorsus mouet, cum creditor sibi consulere facile potuisset, non aliter pecuniam mutuando, quam si prælati & capituli consensus accessisset.

CA-

CAPVT LXXVIII.

Controuersiæ duæ ad interpretationem l. principalibus, ff. si certum petatur.

PRincipalibus *Constitutionibus cauetur, ne ij, prouinciam regunt, quiue circa eos sunt, negotientur, mutuam pecuniam dent fœnusq; exerceant.* Verba sunt Modestini in l. 33. ff. si certū petatur. Sed & Paul. in l. seq. sic ait; *Præsidis prouinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere possunt. Præses prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohibetur.*

Quatuor sunt Controuersiæ ad harum legum interpretationem.

Prima, vtrum perpetui Rectores hac prohibitione contineantur.

Secunda, quid statuendum sit Rectoribus Ciuitatum vel prouinciarum, ex quibus sunt oriundi.

Tertia, quid si palam & bona fide contractus exerceant prohibitos.

Quarta, quid si statim officio finito contrahan. Priores duas tractabimus hoc in loco sequētes vero in seq. c.

Quod igitur ad primam attinet, duplex est Doctorum sententia. Altera, huiusmodi perpetuos administratores, & Rectores ea prohibitione non contineri, ita docuerūt in Commentarijs harum legum Bart. Alex. Corn. Iason & Zasius. Quorum fundamentum est in l. Pauli, cuius verba superius annotata sunt. Nam cùm Paulus respondeat officiales Præsidis, quia sunt perpetui, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere posse, idem & in Rectoribus perpetuis respondendum esse videtur. Nam tales Rectores eligi solēt homines spectatæ probitatis & fidei, quibus si negotiatio interdicta sit, non modicum præiudicium & incommodum inferri videtur.

Altera est sententia, & huiusmodi Rectores hac prohibitione contineri, ita docuerunt *Decius* & *Salicetus* hoc in loco, authoritate Modestini, generaliter pronūciantis eos, qui prouincias regunt, negotiari non posse. Cuius rei ea est ratio, quod vel Reipub. vacare debēt, uel ea eorum contractibus & negotiationibus multa mala sequi possunt timorque impressionis nō deest, sicuti eleganter explicat Alciatus hoc in loco. Quæ quidem ratio maximè locum habere videtur perpetuis Rectoribus. Alia ratio est officialium Præsidis & Ministrorum seruientium. Nā & ipsis Reipub. cura nō incumbit, & cessat in eis impressionis timor. Atque hanc posteriorem sententiam veriorem esse iudico, neque enim decet, immo multas ob causas vtilitati publicæ repugnat, tales Rectores & Administratores mercimonia, & negotiationes exercere inter subditos iurisdictioni, vt non dubitem ita Modestinum responsurum fuisse si de talibus perpetuis Rectoribus fuisset interrogatus. Et cum lex non vetet eos necessaria emere ac vendere, sed negotiationibus duntaxat interdicat, non animaduerto, quam ob causam ex ea se damnum pati videantur.

Sed verius est eos lucra amittere illicita. Quod vero dicitur eos, qui præficiuntur Reip. administrandæ, spectatę fidei ac probitatis esse censendos, eousque non inficiabimur, quousque animum & mentem eorum ad lucra procliuiorem esse non uidebimus. Videbimus autem ea negotiandi & fœnerandi cupiditate.

Quod attinet ad secundam, triplex est sententia Doctorum. Altera, non contineri tales administratores tali legum prohibitione. Ita in commentarijs huius loci Bar. Castr. alex. Ias. Soc. Alc. & Zasius, dicitque Cornel. hanc sententiam consuetudine receptam esse.

Fundamentum est in d. l. Pauli Iurisconsulti, quæ negotiationem officialibus præsidis permittit, qui plerunque eo in loco sunt officiales perpetui, vnde sunt oriundi. Nam & talibus magis fauendum esse uidetur, quam externis, & peregrinis hominibus. Quapropter etiam constitutum est, vt & in ea prouincia matrimonium contra-

A here possint, l. eos ff. de ritu. nupt. quamquam alijs id prohibitum sit, l. si quis officium, ff. eo. ti.

Altera est sententia, & istos Rectores contineri hac prohibitione legis, ita Angel. & Decius d. l. Principalibus, necnon Bald. ad l. quisquis, quorum illud est fundamentum, quod & hæc lex, & similes generaliter loquantur, vt in l. qui officij, & in l. non licet ff. de contrahend. emptio. & ratio ipsarum legum locum habeat etiam in huiusmodi Rectoribus, qui in patria regunt & administrant.

Tertia est sententia Ludouici Romani, quem refert & sequitur Franciscus Aretinus, necnon Paris de Puteo, in tracta. Syndicatus, in verbo, *Contrahere*, col. 2. aut officium seu administratio iurisdictionem habent annexam, aut non habet: priore casu locus est priori sententię, posteriore vero posteriori.

Ego quanquam a communiori sententia haud temerè recedendum existimem, magis tamen probo negantem

B sententiam. Eam enim video magis legibus nostris consentaneam, vt cesset omnis impressionis timor, & ab eis subditi paternè regantur, nō autem spolientur bonis, vti facilè spoliari possunt, ex negotiationibus Rectorum. Neque illis graue id videri debet, quibus est permissa omnia negotiatio cum aduenis & peregrinis, & rerum etiam necessariarum cum subditis.

Ad argumentum ab officialibus desumptum, iam responsio allata est superius. Et quod de matrimonio obijcitur, sua peculiari ratione nititur, quod scilicet æquitas nō patitur, vt quis ad matrimonium cōtrahendum, cum fęminis, peregrinis & ignotis cogatur. Cogerentur autem si in Patria vsorem ducere Rectores & Administratores huiusmodi prohiberentur.

CAPVT LXXIX.

Aliæ duæ Controuersiæ ad easdem leges
C *pertinentes.*

CÆterū palā & bona fide eos negotiari posse authores sunt Accurs. in l. si in empt. §. vlt. ff. de contrah. empt. Andr. de Isern. in ca. 1. §. vlt de feudo Guardiæ. Ang. & Dec. in d. l. principalibus, nu 9. ff. si cert. pet.

Fundamentum est in ijs legibus, quibus cauetur *tutorem* palam, & bona fide contrahere posse cum pupillo, licet alias prohibeatur, l. cum existimo, ff. de admin. tutor. l. pupillus, §. sanè, ff de author. tutor.

Sed contrariam sententiam habuerunt Ias. Alc. Alex. & Zas. quibus & ipse assentior, in d. l. principalibus. Probatur hæc sententia ex l. 1. C. de contractibus Iudicum, vbi Imperator prohibet, similes contractus fieri a Rectoribus Ciuitatum, & iudicibus, præterquam pro necessitate victus, in hæc verba: *Prouincias vero moderantibus non solum donationes, sed etiam emptiones quarumcunque mobilium vel immobilium rerum præter eas, quæ ad alimo*
D *niam, vel uestes pertinent, & ædificationes, licet sacri apices aliquid eorum permiserit, penitus interdicimus*, &c. Quibus verbis patet, vsque adeo generaliter, huiusmodi personis tales contractus esse prohibitos, vt nec illis sint permissi, licet Principis rescriptum habuerint. Quæ igitur ratio est id eis concedere, si palam & bona fide contrahant? quam facilè Imperatoris constitutio eluderetur? alia est ratio tutoris, qui si palam & bona fide authore contutore contrahat, sicuti loquuntur leges, manifestum facit, se non latenter sua commoda procurare, sed ut quemlibet extraneum agere, atque contrahere.

Quod attinet ad postremam controuersiam, sunt qui existiment Rectorem non statim finito officio, & administratione contrahere posse, ita Ludou. Rom. & Dec. in l. principalibus, Bal. ad l. solent, §. ult. ff. de offic. Proconf.

Fundamentum est, quia officio finito subijcitur Syndicatus, ut uocant: quamobrem officij reliquiæ quędam superesse uidentur, & quod caput est, in fraudem legis

con-

contrahere videtur, ſi incontinenti depoſito officio contrahat, & quæ incontinenti fiunt, videntur ineſſe.

Sed contraria ſententia longè mihi probabilior videtur, quam amplexus eſt Iaſ. in d.l. principalibus, num. 4. Nã & hoc in caſu ceſſant verba legis, & ceſſat ratio prohibitionis legis, lex enim de rectore loquitur, & moderatore prouinciæ, hic verò non eſt rector amplius, quia officio efunctus eſt. Quorſum igitur ea interpretatio tendere poteſt, niſi vt nouam legem condat? qua qui rectores fuerunt, nec ſunt amplius, contrahere prohibentur; Aut quid ſibi vult, quod dicitur, reliquias priſtinæ dignitatis durare, niſi hoc ſignificet, ut honor exhibeatur, magiſtratu defuncto, non ut ei negotiatio interdicatur, cum in ipſo ceſſet omnis impreſſionis timor, & omnis cauſa prohibitionis?

Denique nihil prorſus mouet, quod vel de fraude dicitur, quia fraus nõ præſumitur, ſed probari debet, & quod ſubiungitur ex regulis brocardicis, quæ varias ſuſcipiunt interpretationes, & ad hanc ſpeciem ideo accommodari non poſſunt, quoniam cum quis deſinit eſſe in magiſtratu, efficitur priuatus homo, aliorum iuriſdictioni ſubiectus, qui propterea aliorum priuatorum iuribus ac legibus cenſeri debet.

CAPVT LXXX.

Vtrum rectoribus prouinciarum aliquid donari poſſe remunerationis cauſa, ad interpretationem l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

REctoribus prouinciarum donari poſſe remunerandi gratia cenſuerunt Bart. ad leg. Aquilius, ff. de donat. Alex. Iaſ. & Zaſ. in l. principalibus, ff. ſi certum pet. authoritate d.l. Aquilius. Sed contrarium docuit Alex. ad d.l. principalibus, quia l. Aquilius non de donatione facta rectori accipienda eſt, ſed rhetori, hoc eſt, præceptori rhetoricæ, & lex generaliter prohibet huiuſmodi donationes, l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

Ego verò vtor hac diſtinctione, vt donatio permiſſa eſſe intelligatur, ſi propter beneficium præſtitum ante adminiſtrationem conferatur; ſecus autem, ſi pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis.

Hanc diſtinctionẽ confirmo ex d.l. vlt. C. ad l. Iul. repet. in illis verbis: *Et ob hoc exceptis ſalariis, nihil penitus iam in adminiſtratione poſitus, quam poſt depoſitum officiũ pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis, quam gratuito meruerint, accepturos, &c.*

Confirmo denique hac ratione, quia tales donationes prohibentur, ne magiſtratus corrumpentur, iuxta illud, munera obcæcant oculos ſapientum. Hæc ratio locum non habet, vbi extra cauſam adminiſtrationis, donatio confertur ab eo, qui beneficium accepit à rectore & magiſtratu ante prouinciam demandatam.

CAPVT LXXXI.

De exceptione non numeratæ pecuniæ controuerſiæ octo. Quarum prima hoc capite tractatur: Vtrum poſt biennij lapſum competat iure ciuili inſpecto.

HOc, & ſequentibus aliquot capitibus, præcipuas quaſdam cõtrouerſias ſubijciemus, de exceptione non numeratæ pecuniæ, quarum prima eſt, vtrum ſecundum ius ciuile poſt biennij lapſum opponi poſſit?

Et quidem opponi poſſe, ea tamen lege, vt opponens probare debeat, pecuniam numeratam non fuiſſe, authores ſunt, Accurſ. in l. in contr... C. de non numerata pecunia. Ang. Salic. & Bart. in l. ſi ex cautione, C. eod. tit. Caſtr. in conſ. 233. num. 3. lib. 2. Ang. Aret. in §. idem iuris, nu. 4. in inſt. de except. Alex. in conſi. 158. col. penult. lib. 2. Soc. ad l. 2. §. vlt. nu. 3. ff. de emptionibus. Iaſ. ad l. 3.

A §. iurati, nu. 8. & ad l. manifeſtè, nu. 6. ff de iureiur. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iur. Ant. Gomeſ. variar. reſol. de contract. c. 6. nu. 7. & ibi Soarez. in addit. Eguinarius Baro, in inſt. de litter. oblig. Petr. Nicol. Mozius de contract. tit. de mutuo, nu. 9.

Argumenta præcipua ſunt duo. Primum eſt, quia is, qui pecuniam non numerauit, videtur doloſe facere eam exigendo, & conſequenter exceptione doli repelli poſſe videtur. Exceptio autem doli, eſt perpetua, l. purè, §. vlt. ff. de doli mali & metus exceptione.

Alterum argumentum ſumitur ex l. qui pecuniam, ff. ſi certum pet. vbi Iuriſc. *Qui pecuniam*, inquit, *creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat*, &c. Si ergo creditor pecuniam non accepit, non eſt obſtrictus vllo tempore, conſequenter omni tempore, & ſic etiam poſt biennium excipere poteſt ſe pecuniam non accepiſſe.

Sed contrariam ſentẽtiam veriorem eſſe iudico, nem-
B pe, poſt biennium ceſſare huiuſmodi exceptionem. Huius ſententiæ authores ſunt, Alber. ad d.l. ſi ex cautione, nu. 1. C. de non num. pec. Felyn. in c. ſi cautio, nu. 60. & ibid. Imola, nu. 24. de fide inſtrum. Io. Faber, in inſtit. de litterarum obl. nu. 6. Ludou. Bolognetus, ad conſilia Ioannis de Anania, in conſ. 97. Marſi. ſing. 463. Pet. Duenas de reg. iur. 261. Hippol. Riminal. in conſ. 271. lib. 3.

Probatur hæc ſententia primò ex l. ſi intra, C. de non numer. pec. vbi Imperator: *Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem expoſuit, nulla querimonia vſus defunctus eſt, reſiduum tempus eius hæres habebit, tam aduerſus creditorem, quàm aduerſus eius hæredem*, &c. Et paulo poſt: *Sin verò legitimum tempus exceſſit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodò hæres eius, etiamſi pupillus ſit, debitum ſoluere compellitur.*

Conſtat autem legitimum tempus eſſe biennium, vt paulo poſt probabitur.

Secundo probatur ex l. aſſeueratio, C. eo. ti. in illis ver-
C bis: *Exceptio non numeratæ pecuniæ, certa die non delata prius querela, euaneſcat.*

Tertiò ex l. in contractibus, eod. titu. vbi Imperator: *In contractibus, in quibus pecunia, vel alia res numerata, vel data eſſe conſcribuntur, non intra quinquennium (quod antea conſtitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionem obijcere poſſit, qui accepiſſe pecunias, vel alias res ſcriptus ſit vel ſucceſſor eius, ſed intra ſolum biennium continuum, vt eo lapſo, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci poſſit*, &c.

Si nullo modo pecuniæ non numeratæ querela introduci poteſt. Ergo nec introduci poterit eam ob cauſam, quòd quis dicat ſe probare velle numerationem factam non eſſe, & aduerſarium dolo facere, quod exigat.

Quartò probatur ex §. 1. inſtit. de litterarum obligationibus, his uerbis: *Planè ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de pecunia minimè numerata, poſt multum temporis, exceptionem opponere non poteſt.* Et pau-
D lo poſt: *Multum autem tẽpus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus vſque ad quinquennium procedebat, ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecunijs forſitan defraudari, per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, vt vltra biennij metas huiuſmodi exceptio minimè extendatur.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ ita reſpondeo. Doli exceptionem perpetuã eſſe, ſed hoc in caſu, non eſſe perpetuam, quia, nihil aliud cõtinet effectu, quàm pecuniam numeratam non fuiſſe, quę quidem pecuniæ non numeratæ exceptio, cum poſt biennium opponi non poſſit, nec doli mali exceptio ad eundem finẽ reſpiciens, opponi poterit. Quare tex. in d.l. ſi ex cautione, eodem iure cenſere videtur, tam exceptionem doli hoc in caſu, quam exceptionem non numeratę pecuniæ, ut patet ex illis verbis: *Oppoſita, ſiue doli, ſeu non numeratæ pecuniæ*, &c.

Ad ſecundum argumentũ, ex l. qui pecuniã, reſpondeo,

deo, in potestate debitoris esse, ne se obstringat creditori futuro, si pecuniam nō accipiat, & nullum chirographū confessionis de recepta pecunia conscribat. Nam si chirographo se obliget, nec intra annum querelam non numeratæ pecuniæ obijciat, nullo modo post illud tempus elapsum eam obijcere poterit, vt patet ex legibus supra allegatis, quibus non repugnat Iurisc. in d. l. qui pecuniam. Immò nullum verbum facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT LXXXII.

Vtrum iure canonico inspecto, post biennij lapsum opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ.

CAeterum ex æquitate iuris canonici, etiam post biennium elapsum opponi posse exceptionem nō numeratæ pecuniæ responderunt Dyn. in reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6. Ang. in cons. 156. D. Angelina, Rom. in cons. 44. & ibi Mandos. in addit. Marsi. sing. 453. Imola in c. fin. nu. 32. de solut. Felyn. in c. si cautio, nu. 61. de fide instr. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iu.

Fundamentum est, in reg. Nemo locupletari debet cum aliena iactura, d. c. locupletari, de reg. iur. lib. 6. item nulla præscriptio currit cum mala fide, c. vlt. de præscr. hic autem mala fides patet creditoris, si pecuniam non numerauerit.

Sed istis aduersantur, Spec. tit. de restit. in integr. §. 1. nu. 25. Arch. in c. si quis episcoporum, 3. q. 6. Bald. ad l. cū quis, nu. 25. C. de iuris & facti ignorantia. Ias. ibi. nu. 58. Pet. Duenas, reg. 261. nu. 12. Hippol. Rim. in cons. 272. num. 20. lib. 3.

Fundamentum est in eo, q. nulla sit constituenda differentia, atque inducenda dissensio inter ius canonicum & ciuile, nisi quatenus sacris canonibus expressum sit, argumento eorum, quæ habentur in c. 1. & 2. de op. no. nun. Cum ergo iure ciuili verius sit, exceptionem istam opponi non posse post biennium, vt in superiori capite demonstratum est, idem quoque iure canonico statuendum esse videtur, cum nullibi cōtrarium constitutū sit.

Ego posteriori sententiæ accedo, si mala fides absit. Nam si creditoris mala fides appareat, exploratum habeo, eum præscriptione biennali iuuari non posse, ex generali & expressa iuris canonici constitutione, quæ omni prorsus derogat præscriptioni, si mala fides subsit.

Quòd verò dicitur neminem locupletari debere cum aliena iactura, parū valet in materia præscriptionis temporis à lege cōstituti. Nam cum iustas ob causas ad Reipub. vtilitatem pertinentes, certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapso beneficium legis cessat in superius habita iuris regula: nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confessionis se pecuniam accepisse profitetur.

SI hodie Titius chirographo profiteatur, se mutuu ante annum accepisse à Titio certam pecuniæ quantitatem, vtrum locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennium, non est eadem omnium sententia. Etenim locum non esse existimauit gl. in l. in cōtract. in verbo, aliæ res. ibi. Item hoc intellige, C. de non num. pec. Alb. in l. generaliter, C. eo. tit. Soc. iun. ad l. 2. §. appellata, ff si certum pet.

Cæterum affirmant cōpetere Cyn. in d. l. generaliter, Rom. & Dec. in d. §. appellata, Aret. in §. idem iuris, nu. 23. inst. de exceptionibus. Ant. Gomes. variar. resol. iuris tit. de contractu mutui, c. 6. nu. 4.

A Prioris sententiæ argumenta sunt hæc. Primum ex l. aduersus, C. de non num. pecun. vbi Imperator: *Ignorare non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locū habere, vbi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cauebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti præcesserit.*

Secundū est ex l. generaliter, C. eo. tit. *Generaliter sancimus*, ait tex. *vt si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecunijs ex antecedente causa descendentibus, eamq; causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit, causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.*

Tertium argumentum est huiusmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideo debitori competit, quia præsumitur, sub spe numerationis futuræ confessus se accepisse. Sed hoc in casu non habet locum hæc præsumptio, quia debitor fatetur se iam antea pecuniam accepisse, er-

B go hoc in casu exceptio cessat.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia leges generaliter concedunt, exceptionem istam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec distinguunt, quomodo quis confiteatur se pecuniam accepisse.

Item, quia nulla afferri potest differentiæ ratio, siue quis simpliciter in chirographo fateatur se accepisse pecuniam, siue confiteatur se accepisse, longè ante chirographum. Immò confessio simpliciter facta refertur ad tempus præteritum, scilicet ante confessionem elapsum.

Huc accedat, quòd eadem facilitate, qua quis confitetur se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiā se accepisse longè ante chirographum. Ideo vtroque casu videtur dicēdum, exceptionem competere, adiuuariq; potest hoc argumentum ex eo, quod respondit Bart. ad l. si ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. quem sequitur Felyn. in c. si cautio, num. 51. de fide instrum. & Ias. in l. qui pecuniam, nu. 1. ff. si certum pet. Respondit

C Bar. competere istam exceptionem, licet in chirographo quis dixerit, se pecuniam accepisse, & chirographum tale conscripsisse, non sub spe futuræ numerationis, quia eadem facilitate inductus esse uidetur, ad illa verba adijcienda.

Quibus rationibus adductus, huic posteriori sententiæ magis accedo: cui sane non obstant argumenta prioris ac diuersę sententię. Etenim, leges allegatæ in primo & secundo argumento, loquuntur de alia specie longe diuersa & absimili, nempe, cum quis confitetur se debitorem esse alterius ex alia causa præcedente, vt puta, si quis in chirographo fateatur, se Titio debere centum, quę ante annum nomine depositi accepit, vel quę ante annum ex causa emptionis pręstare tenebatur. Hoc in casu non inquiritur, an pecunia numerata sit, sed an causa uere pręcesserit, nec ne, & confessioni statur, donec contrariū doceatur. Hæc est sententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum respondeo, etiam hoc in ca-

D su debitorem ita confiteri, spe futuræ numerationis. Quid enim refert, vtrum quis fateatur se accepisse pecuniam, vel ante annum accepisse? Vtroque casu tempus præteritum designat. Neque vero lex imposita est verbis, sed rebus, l. 2. C. commun. de leg.

CAPVT LXXXIV.

Si lege municipali cautum sit, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi posse, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit?

LEgibus municipalibus, quę statuta ciuitatum vulgo appellamus, plerunque ita constitutum est, vt aduersus instrumenta publica, certæ quædam duntaxat exceptiones opponi possint, vt puta, solutionis, cōpensationis, rei iudicatæ, & similes. Quamobrem, con-

trouerti

trouerti ſolet, an exceptio non numeratæ pecuniæ, videa- A tur excluſa; & videri reſpondit Bal. in l. pecuniæ, C. de ſo lut. nu. 4. & in l. 5. C. de pollicitando, in vlt. col. cuius fundamentum eſt in ipſis verbis ſtatuti, quod dum certas quaſdam exceptiones reſeruat, cæteras omnes excludere videtur, l. cum prætor, ff. de iudicijs.

Cæterum non videri, reſponderunt Cyn. ad l. in contract. C. de non numer. pecun. Iaſ. ad l. qui pecuniam, nu. 7. ff. ſi certum petatur. Fel. in c. ſi cautio, num. 47. de fide inſtru. Ant. Gomeſ. varia. reſol. tit. de contract. c. 6. nu. 5. & ibi Soarez, in addit.

Et iſtis ego aſſentior. Nam eiuſmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, ineſt ipſi obligationi & cõfeſſioni, quia lex præſumit confeſſionem factam ſpe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit, quare nunquam à lege municipali talis exceptio cẽſeri debet excluſa, quemadmodum, nec ſi quis iureiurando fateatur ſe accepiſſe, impeditur quo minus excipere poſſit, l. ult. C. de non numer. pec. neque enim conſentire videtur obliga- B tioni, qui confitetur ſe accepiſſe, niſi pecunia numeretur, conſequenter iniuſtum eſſe ciuitatis ſtatutũ, quo ea exceptio tolleretur; non eſt autem ea interpretatio accipienda, qua quiſpiam iniuſtè opprimatur, qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à ſapientibus reprehendi, vide Menoch. de arbit. iud. caſu. 199. ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

CAPVT LXXXV.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui teſtibus præſentibus ſe confeſſus eſt accepiſſe pecuniam, quo ſe chirographo obliganti & confitenti concedi ſolet.

VAria ſunt Doctorum placita de quæſtione huius capitis. Etenim, Accurſ. in l. ſi non ſinguli, C. ſi certũ petatur, in eam ſententiam proclinior eſſe vide- C tur, etiam vltra biennium non numeratæ pecuniæ exceptionẽ cõpetere, vbi chirographũ debitoris nõ apparet.

Bartolus autem ad l. ſi ex cautione, C. de non numerata pecun. docet competere huiuſmodi exceptionem, ſiue chirographum extet, ſiue non extet, reprobata Accurſij ſententia, & ſicut ego interpretor intra biennium competere, non autem biennium.

Angel. Aret. in §. idem iuris, nu. 22. Inſt. de exceptionibus refert aliorum ſententiam, & Accurſium ſequi videtur.

Alciatus denique ad l. qui pecuniam, circa finem, teſtatur communem eſſe ſententiam doctorum, quam & ipſe amplectitur, non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, ſiue chirographo contineatur debitoris confeſſio, ſiue teſtibus duntaxat probetur, ita tamen, vt poſt biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuiſſe; quę ſententia mihi quoque magis probatur.

Continet autem duo membra; primum, eo caſu quo D chirographum non extat, exceptionem competere, nedum intra biẽnium, ſed etiam poſt biennium. Alterum. Poſt biennium, ſi opponatur onus probandi negationem, hoc eſt, pecuniam numeratam non fuiſſe, debitori incumbere.

Vtrumque ſic probatur; Primum quidem: Nam leges concludentes hanc exceptionem ſpatio biennali, de litterarum obligatione loquuntur, ut patet in Inſt. de littera rum obligatione, & alibi. Hæc autem non eſt litterarum obligatio, vt patet. Ergo biennali tempore non eſt concludenda, ſed potius moderanda eſt ſecundum alias iuris regulas, quæ de confeſſione facta præter cauſam litterarum obligationis loquũtur: inter quas illa eſt præcipua vt quandocunque liceat de errore docere confeſſionis factæ, l. generaliter, C. de non numer. pec. l. error, C. de iuris & facti ignorantia.

Alterum vero membrum ſic probatur; nam qui allegat confeſſionis ſuę errorem, eum probare debet, cũ ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat, vt in d. l. generaliter & declarat optime Iaſon, in d. l. error, C. de iuris & fact ignoran. & ex communi ſententia Ant. Gabr. commun. concl. ti. de confeſſ. concl. 5.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum inter mercatores locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ, & vtrum, ſi iuramentum obligationi acceſſerit, neceſſaria ſit abſolutio, vt ea exceptio opponi poſſit.

CVm inter Mercatores ſumma vigeat æquitas, iuris autem apices, & ſubtilitates locum non habeant, meritò diſputari non poteſt, nec locum habere nõ num. pecun. exceptionem, ex traditis per Bald. in l. fruſtrà, C. de non num. pec. Iaſon l. in ſingularia, & in l. qui pecuniam, ff. ſi certum pet. & in l. cum quis nu. 17. C. de iuris & facti ignor. & per gloſ. in §. argentariorum, in authen. de fideiuſſor.

Sed iſtis non obſtãtibus, contraria ſententia mihi magis probatur; quam defendit eleganter Bẽuenutus Stracca, de Mercatura, tit. quomodo in cauſis mercatorũ procedendum ſit, nu. 9. authoritate legum generaliter loquẽtium, nec mercatorum cauſas exeipientium; & ego confirmo eo argumento, quod hæc litterarum obligatio, ex mercatoribus originem traxit, ſicuti eleganter explicat Alcia. in l. qui pecuniam, nu. 8. ff. ſi cer. pet. quamobrem & conſequens eſt, non numer. pecu. exceptionem, ex eodem fonte ortam cenſeri; neque vero ab æquitatis ratione aliena eſt hæc exceptio, cum æquitas id poſtulet, ne quod quis non numerauit, exigere non audeat, licet ſyngrapham debitoris acceperit.

Sed ſi iuramentum acceſſerit, promiſſioni debitoris & obligationi, nonnulla eſt controuerſia, vtrum abſolutio neceſſaria ſit, vt exceptio iſta poſſit opponi. Etenim Bal. cenſuit non eſſe neceſſariam, in l. vlt. C. de non num. pec. quem ſecutus eſt Corn. in conſ. 11. col. 7. lib. 3.

Sed contrarium docet nouiſſimè Seraph. Senenſ. de priuilegijs iuramenti, priuil. 60. num. 18. eiuſdem ſententiæ citans Gratum reſponſo 3. lib. 1. authoritate tex. in ca. venerabilem, de electione, in illis verbis: *nec valet ad plenam excuſationem ipſius, ſi iuramentum illud dicatur illicitum, cùm nihilominus ſuper eo nos prius conſulere debuiſſet, quam contra ipſum propria temeritate venire* &c.

Sed certè infirmum eſt hoc argumentum vt videtur, quia S. Pontifex loquitur in dubio, cum ſcilicet incertum eſt & dubium, vtrum iuramentum ſit licitum, nec ne, non debet enim quiſpiã illud propria authoritate violare, ſed Summum Pontificem conſulere, quæ res longè eſt abſimilis à ſpecie, de qua agitur. Neque enim dubitari poteſt, quin debitori iuramentum ſit licitum in hac ſpecie, ſed non proinde ſequitur abſolutionem eſſe neceſſariam, quandoquidem huiuſmodi iuramentum tacitè eã conditionem habet, ſi pecunia fuerit numerata: antequam numeretur, exceptioni locus eſt, vt in l. vlt. C. de non num. pec. quare cum præter conſenſum iurantis iuramentum obligare non poſſit, & hoc in caſu debitoris conſenſus non adſit, niſi pecuniæ numeretur, ſequitur, ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per conſequens, abſolutione opus non eſſe, quare Baldi & Cornei ſententiam probabiliorem eſſe exiſtimo, contrariamque ſententiam valere iubeo.

deo, in potestate debitoris esse, ne se obstringat creditori futuro, si pecuniam nõ accipiat, & nullum chirographũ confessionis de recepta pecunia conscribat. Nam si chirographo se obliget, nec intra annum querelam non numeratæ pecuniæ obijciat, nullo modo post illud tempus elapsum eam obijcere poterit, vt patet ex legibus supra allegatis, quibus non repugnat Iurisc. in d. l. qui pecuniam. Immò nullum verbum facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT LXXXII.

Vtrum iure canonico inspecto, post biennij lapsum opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ.

CAeterum ex æquitate iuris canonici, etiam post biennium elapsum opponi posse exceptionem nõ numeratæ pecuniæ responderunt Dyn. in reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6. Ang. in cons. 156. D. Angelina, Rom. in cons. 44 & ibi Mandos. in addit. Marsi. sing. 463. Imola in c. fin. nu. 32. de solut. Felyn. in c. si cautio, nu. 61. de fide instr. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iu.

Fundamentum est, in reg. Nemo locupletari debet cum aliena iactura, d. c. locupletari, de reg. iur. lib. 6. item nulla præscriptio currit cum mala fide, c. vlt. de præscr. hic autem mala fides patet creditoris, si pecuniam non numerauerit.

Sed istis aduersantur, Spec. tit. de restit. in integr. §. 1. nu. 25. Arch. in c. si quis episcoporum, 3. q. 6. Bald. ad l. cũ quis, nu. 22. C. de iuris & facti ignorantia. Ias. ibi. nu. 58. Pet. Duenas, reg. 261. nu. 12. Hippol. Rim. in cons. 272. num. 20. lib. 3.

Fundamentum est in eo, q. nulla sit constituenda differentia, atque inducenda dissensio inter ius canonicum & ciuile, nisi quatenus sacris canonibus expressum sit, argumento eorum, quæ habentur in c. 1. & 2. de op. no. nun. Cum ergo iure ciuili verius sit, exceptionem istam opponi non posse post biennium, vt in superiori capite demonstratum est, idem quoque iure canonico statuendum esse videtur, cum nullibi cõtrarium constitutũ sit.

Ego posteriori sententiæ accedo, si mala fides absit. Nam si creditoris mala fides appareat, exploratum habeo, eum præscriptione biennali iuuari non posse, ex generali & expressa iuris canonici constitutione, quæ omni prorsus derogat præscriptioni, si mala fides subsit.

Quòd verò dicitur neminem locupletari debere cum aliena iactura, parũ valet in materia præscriptionis temporis à lege cõstituti. Nam cum iustas ob causas ad Reipub. vtilitatem pertinentes, certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapso beneficium legis cessat in superius habita iuris regula: nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confessionis se pecuniam accepisse profitetur.

SI hodie Titius chirographo profiteatur, se mutuo ante annum accepisse à Titio certam pecuniæ quantitatem, vtrum locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennium, non est eadem omnium sententia. Etenim locum non esse existimauit gl. in l. in cõtract. in verbo, aliæ res. ibi. Item hoc intellige, C. de non num. pec. Alb. in l. generaliter, C. eo. tit. Soc. iun. ad l. 2. §. appellata, ff. si certum pet.

Cæterum affirmant cõpetere Cyn. in d. l. generaliter, Rom. & Dec. in d. §. appellata, Aret. in §. idem iuris, nu. 23. inst. de exceptionibus. Ant. Gomes. variar. resol. iuris tit. de contractu mutui, c. 6. nu. 4.

A Prioris sententiæ argumenta sunt hæc. Primum ex l. aduersus, C. de non num. pecun. vbi Imperator: *Ignorare non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locũ habere, vbi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cauebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti præcesserit.*

Secundũ est ex l. generaliter, C. eo. tit. *Generaliter sancimus,* ait tex. *vt si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecunijs ex antecedente causa descendentibus, eamq́; causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit, causæ probatione stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.*

Tertium argumentum est huiusmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideo debitori competit, quia præsumitur, sub spe numerationis futuræ confessus se accepisse. Sed hoc in casu non habet locum hæc præsumptio, quia debitor fatetur se iam antea pecuniam accepisse, er-
B go hoc in casu exceptio cessat.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia leges generaliter concedunt, exceptionem istam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec distinguunt, quomodo quis confiteatur se pecuniam accepisse.

Item, quia nulla afferri potest differentiæ ratio, siue quis simpliciter in chirographo fateatur se accepisse pecuniam, siue confiteatur se accepisse, longè ante chirographum. Immò confessio simpliciter facta refertur ad tempus præteritum, scilicet ante confessionem elapsum.

Huc accedat, quòd eadem facilitate, qua quis confitetur se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiã se accepisse longè ante chirographum. Ideo vtroque casu videtur dicẽdum, exceptionem competere, adiuuariq; potest hoc argumentum ex eo, quod respondit Bart. ad l. si ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. quem sequitur Felyn. in c. si cautio, num. 51. de fide instrum. & Ias. in l. qui pecuniam, nu. 1. ff. si certum pet. Respondit
C Bar. competere istam exceptionem, licet in chirographo quis dixerit, se pecuniam accepisse, & chirographum tale conscripsisse, non sub spe futuræ numerationis, quia eadem facilitate inductus esse uidetur, ad illa verba adijcienda.

Quibus rationibus adductus, huic posteriori sententiæ magis accedo: cui sane non obstant argumenta prioris ac diuersæ sententiæ. Etenim, leges allegatæ in primò & secundo argumento, loquuntur de alia specie longe diuersa & absimili, nempe, cum quis confitetur se debitorem esse alterius ex alia causa præcedente, vt puta, si quis in chirographo fateatur, se Titio debere centum, quę ante annum nomine depositi accepit, vel quę ante annum ex causa emptionis pręstare tenebatur. Hoc in casu non inquiritur, an pecunia numerata sit, sed an causa vere pręcesserit, nec ne, & confessioni statur, donec contrariũ doceatur. Hæc est sententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum respondeo, etiam hoc in ca
D su debitorem ita confiteri, spe futuræ numerationis. Quid enim refert, vtrum quis fateatur se accepisse pecuniam, vel ante annum accepisse? Vtroque casu tempus præteritum designat. Neque vero lex imposita est verbis, sed rebus, l. 2. C. commun. de leg.

CAPVT LXXXIV.

Si lege municipali cautum sit, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi posse, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit?

LEgibus municipalibus, quę statuta ciuitatum vulgo appellamus, plerunque ita constitutum est, vt aduersus instrumenta publica, certæ quædam duntaxat exceptiones opponi possint, vt puta, solutionis, cõpensationis, rei iudicatæ, & similes Quamobrem, controuersi

trouerti solet, an exceptio non numeratæ pecuniæ, videatur exclusa; & videri respondit Bal. in l. pecuniæ, C. de solut. nu. 4. & in l. 3. C. de postulando, in vlt. col. cuius fundamentum est in ipsis verbis statuti, quod dum certas quasdam exceptiones reseruat, cæteras omnes excludere videtur, l. cum prætor, ff. de iudicijs. A

Cæterum non videri, responderunt Cyn. ad l. in contract. C. de non numer. pecun. Iaso ad l. qui pecuniam, nu. 7. ff. si certum petatur. Fel. in c. si cautio, num. 47. de fide instru. Ant. Gomes. varia. resol. tit. de contract. c. 6. nu. 3. & ibi Soarez, in addit.

Et istis ego assentior. Nam eiusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, inest ipsi obligationi & cõfessioni, quia lex præsumit confessionem factam spe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit, quare nunquam à lege municipali talis exceptio cẽseri debet exclusa, quemadmodum, nec si quis iureiurando fateatur se accepisse, impeditur quo minus excipere possit, l. ult. C. de non numer. pec. neque enim consentire videtur obligationi, qui confitetur se accepisse, nisi pecunia numeretur, B consequenter iniustum esse ciuitatis statutũ, quo ea exceptio reijceretur; non est autem ea interpretatio accipienda, quà quispiam iniustè opprimatur, qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à sapientibus reprehendi, vide Menoch. de arbit. iud. casu. 199. ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

CAPVT LXXXV.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus se confessus est accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet.

VAria sunt Doctorum placita de quæstione huius capitis. Etenim, Accurs. in l. si non singuli, C. si certũ petatur, in eam sententiam procliuior esse videtur, etiam vltra biennium non numeratæ pecuniæ exceptionẽ cõpetere, vbi chirographũ debitoris nõ apparet. C

Bartolus autem ad l. si ex cautione, C. de non numerata pecun. docet competere huiusmodi exceptionem, siue chirographum extet, siue non extet, reprobata Accursij sententia, & sicut ego interpretor intra biennium competere, non autem biennium.

Angel. Aret. in §. idem iuris, nu. 22. Inst. de exceptionibus refert aliorum sententiam, & Accursium sequi videtur.

Alciatus denique ad l. qui pecuniam, circa finem, testatur communem esse sententiam doctorum, quam & ipse amplectitur, non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, siue chirographo contineatur debitoris confessio, siue testibus duntaxat probetur, ita tamen, vt post biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuisse; quę sententia mihi quoque magis probatur. D

Continet autem duo membra; primum, eo casu quo chirographum non extat, exceptionem competere, nedum intra biẽnium, sed etiam post biennium. Alterum. Post biennium, si opponatur onus probandi negationem, hoc est, pecuniam numeratam non fuisse, debitori incumbere.

Vtrumque sic probatur; Primum quidem: Nam leges concludentes hanc exceptionem spatio biennali, de litterarum obligatione loquuntur, ut patet in Inst. de litterarum obligatione, & alibi. Hæc autem non est litterarum obligatio, vt patet. Ergo biennali tempore non est concludenda, sed potius moderanda est secundum alias iuris regulas, quæ de confessione facta præter causam litterarum obligationis loquũtur: inter quas illa est præcipua vt quandocunque liceat de errore docere confessionis factæ, l. generaliter, C. de non numer. pec. l. error, C. de iuris & facti ignorantia.

Alterum vero membrum sic probatur; nam qui allegat confessionis suę errorem, eum probare debet, cũ suis confessionibus acquiescere debeat, vt in d. l. generaliter, & declarat optime Iason, in d. l. error, C. de iuris & facti ignoran. & ea communi sententia Ant. Gabr. commun. concl. ti. de confess. concl. 5.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum inter mercatores locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ, & vtrum, si iuramentum obligationi accesserit, necessaria sit absolutio, vt ea exceptio opponi possit.

CVm inter Mercatores summa vigeat æquitas, iuris autem apices, & subtilitates locum non habeant, meritò disputari non potest, nec locum habere nõ num. pecun. exceptionem, ea traditis per Bald. in l. frustrà, C. de non num. pec. Iason l. in singularia, & in l. qui pecuniam, ff. si certum pet. & in l. cum quis nu. 17. C. de iuris & facti ignor. & per glos. in §. argentariorum, in authen. de fideiussor.

Sed istis non obstãtibus, contraria sententia mihi magis probatur; quam defendit eleganter Bẽuenutus Stracca, de Mercatura. tit. quomodo in causis mercatorũ procedendum sit, nu. 9. authoritate legum generaliter loquẽtium, nec mercatorum causas excipientium; & ego confirmo eo argumento, quod hæc litterarum obligatio, ex mercatoribus originem traxit, sicuti eleganter explicat Alcia. in l. qui pecuniam, nu. 8. ff. si cer. pet. quamobrem & consequens est, non numer. pecu. exceptionem, ea eodem fonte ortam censeri; neque vero ab æquitatis ratione aliena est hæc exceptio, cum æquitas id postulet, ut quod quis non numerauit, exigere non audeat, licet syngrapham debitoris acceperit.

Sed si iuramentum accesserit, promissioni debitoris & obligationi, nonnulla est controuersia, vtrum absolutio necessaria sit, vt exceptio ista possit opponi. Etenim Bal. censuit non esse necessariam, in l. vlt. C. de non num. pec. quem secutus est Corn. in cons. 11. col. 7. lib. 3.

Sed contrarium docet nouissimè Seraph. Senens. de priuilegijs iuramenti, priuil. 60. num. 18. eiusdem sententiæ citans Gratum responso 3. lib. 1. authoritate tex. in ca. venerabilem, de electione, in illis verbis: *nec valet ad plenam excusationem ipsius, si iuramentum illud dicatur illicitum, cùm nihilominus super eo nos prius consulere debuisset, quam contra ipsum propria temeritate venire* &c.

Sed certè infirmum est hoc argumentum vt videtur, quia S. Pontifex loquitur in dubio, cum scilicet incertum est & dubium, vtrum iuramentum sit licitum, necne, non debet enim quispiã illud propria authoritate violare, sed Summum Pontificem consulere, quæ res longè est absimilis à specie, de qua agitur. Neque enim dubitari potest, quin debitori iuramentum sit licitum in hac specie, sed non proinde sequitur absolutionem esse necessariam, quandoquidem huiusmodi iuramentum tacitè eã conditionem habet, si pecunia fuerit numerata: antequam numeretur, exceptioni locus est, vt in l. vlt. C. de non num. pec. quare cum præter consensum iurantis iuramentum obligare non possit, & hoc in casu debitoris consensus non adsit, nisi pecuniæ numeretur, sequitur, ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per consequens, absolutione opus non esse, quare Baldi & Cornei sententiam probabiliorem esse existimo, contrariamque sententiam valere iubeo.

CAPVT LXXXVII.

Ex chirographo confessionis, quenam oriatur obligatio, & quando, & utrum ciuitati perpetuo competat exceptio non numeratæ pecuniæ.

Ex chirographo confessionis oriri tantum ciuilem obligationem sunt qui existiment. Alij ciuilem & naturalem, alij nullam oriri censent, vbi scilicet numeratio non intercedit. Vide Angel. Aret. in § idē Iuris, nu. 10. in Instit. de except. Eguinarium Baronem in Comment. in Inst. de litterarum oblig.

Ego puto post biennium ciuilem, & naturalem obligationē oriri, non ea ratione, quod syngrapha debitoris, obligationem inducat, sed quia lex præsumit pecuniam numeratam fuisse, cum plerunque non solent debitores ex syngrapha obligati, tamdiu, si pecuniam vere non acceperint, tacere, & exceptionem nō opponere sicuti optimè deduxit Franciscus Connanus libr. 1. Comment. Iuris c. 6. num. 12. & probatur ex verbis Iustiniani, in §. 1. in instit. de litterarum obligat. ibi: *Sic fit, vt & hodie, dum queri non potest scriptura, obligetur, & ex ea nascatur, condictio*, &c.

Postrema controuersia est an ciuitati perpetuò detur exceptio non numeratæ pecuniæ. Affirmant Bald. Ludouic. Rom. & recentiores, ad l. si is qui bona ff. de pignor. eo argumento adducti, quod ciuitas ex mutuo non obligetur, nisi probetur, pecuniam mutuatam in eius vtilitatem fuisse conuersam; vt in l. ciuitas, ff. si certum petatur.

Sed negat Ripa, in d. l. si is qui bona, n. 10. *Quia diuersa est*, inquit, *exceptio non versionis, ab exceptione non numeratæ pecuniæ. Altera enim contractus nullitatem respicit, altera vero validitatem præsupponit: & exceptio illa non versionis præsupponit numerationem factam*. Sic ille. Sed quandoq; bonus dormitat Homerus, non aduertit Ripa, exceptionem non numeratæ pecuniæ continere exceptionem versionis nō factæ, & in eo fundamentum communis sententiæ positum esse.

Declaro ciuitas ex mutuo non obligatur, nisi versio probetur in eius vtilitatem facta. Hoc vt probetur, duo requiruntur; Primùm, pecuniam fuisse verè numeratam, deinde, insumptam fuisse in vsus ciuitatis. Quare si perpetuo tueri se ciuitas potest, exceptione versionis non factæ, multo magis defendere se poterit, non numeratæ pecuniæ exceptione. Vbi enim numeratio facta nō est, nec versio probari potest. Quod si creditor probata numeratione versionem quoque probare debet, exceptione scilicet opposita, multo magis probere tenebitur numerationem factam, eadem ciuitate excipiente numeratam non fuisse. Eandem sententiam nouissimè secutus est Petrus Nicolaus Mozius, tract. de contract. tit. de Mutuo. §. Venio ad primam columnam, post nu. 18.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum si debitori dilationē ad soluendū datam creditor prorogauerit, ignorante fideiussore, liberetur fideiussor.

Magna est Doctorum dissensio, vtrum fideiussor liberetur, si creditor debitori tempus ad soluendum datum prorogauerit ignorante fideiussore. Etenim liberari affirmant Spe. in tit. de fideiu. §. 1. uer. Illud autem quæritur, & ibi Ioan. Andr. Ant. Butr. in ca. constitutus, de fideiussor. & in c. 1. de officio delegati. Felyn. in cap. te caus. s. col. 3. eod. tit. Natta in cons. 202. nu. 6. Papiensis in forma libell., contra plures reos debendi, § solutionem facere recusauerunt, in fine.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati, vbi iurisconsultus: *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignorum videtur durare obligatio, sed hoc ita uerum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligauerat, eius enim nouus consensus erit necessarius.*

Secundum est ex l. si cum Hermes, C. eod. tit. *Si cum Hermes*, inquit, *vectigal, Octauerium in quinquennium continuum conduceret, fidem tuam obligasti, posteaque spacio eius temporis expleto, cum idem Hermes in conductione, vt idoneus detineretur, non consensisti, sed cautionem tibi reddi postulasti, non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi, competens iudex non ignorauit.*

Sed contrariam sententiam inducunt Anchatanus, & Imola, in d. c. constitutus, Bald. Angel. & Alex. in l. si vnus, §. si cum reo, ff. de pact. Ias. ad l. 1. nu. 18. C. de iudicijs. Ant. Gomes. variar. resol. lib. 2. c. 13. nu. 19. vers. 6. & vlt. Quamquam supradicti distinguere videantur; vtrū debitor vsque ad certum tempus fuerit obligatus, & ei fideiussor accesserit; an vero obligatus fuerit simpliciter, vt priore casu fideiussor liberetur tempore prorogato debitori, posteriore non liberetur, quem admodum distinguunt etiam idem Ias. in l. lecta, nu. 9. ff. si cer. pe. & ibid. Decius, nu. 13. Alciat. nu. 52. Cagno. nu. 99. Couar. alios citans ad Rubr. de pactis, in princip. num. 6 versic. quarto apparet fideiussorem; & nouissimē, alios quamplures cōmemorans Anton. Tessaurus dec. Pedemon. 125. & hæc sententia videtur mihi verissima, licet Iacob. de S. Georgio, alia vtatur distinctione, ad cuius argumētum postea respondebitur.

Primum membrum huius sententiæ probatur ex duabus legibus, quæ pro priore sententia allatæ sunt. Quibus accedunt l. Lucius, §. Paulus, ff. de administr. tuto. & l. Labeo, §. si per fideiussorem, ff. de arbitris.

Posterius autem membrum probatur multis argumentis, quibus Iason vtitur, in d. l. 1. nu. 18. C. de iudicijs. Sed illud potissimum me mouet, q cum debitor certo tempore ad soluēdum obstrictus est, etiam elapso illo tempore tenetur, etsi non soluat, dicitur esse in mora, nec fideiussor liberatur; si ergo tempus ei prorogetur, hoc tantū efficitur ea prorogatione, vt in mora esse non dicatur, nec ipse, nec fideiussor eius, & ad hoc tendit ipsa prorogatio, quæ proinde nec nocere creditori debet, nec ad alium finem trahi, præsertim, cum hodierno iure, nouatio minimè inducatur ex temporis prorogatione, vel aliter, *nisi* expressè dicitur, l. vlt. C. de Nouationibus. Et declarant optimè Cast. ad l. pen. ff. de prætorijs stipul. & Ias. *ad l. 1.* §. & post operis, nu. 97. ff. de operis noui nunciatione.

Cæterum Iacob. de S. Georgio, in l. cum superius annotato vtitur alia distinctione: *Aut enim creditor*, inquit, *simpliciter tempus creditori prorogauit, aut noua stipulatione interueniente qua scilicet debitor eidem promisit pecuniā debitam restituere tempore prorogato. Priore casu fideiussor nō liberatur posteriore vero liberatur. Ratio est: quia nouatione facta, fideiussor aut ipso iure, aut ope exceptionis liberatur, l. vbicunque ff. de fideiussor. Sed nouatio inducitur ex temporis prorogatione, l. penult. ff. de prætor. stipulat.* ergo &c.

Respondeo ex lege Iustiniani, nouationem non induci ex temporis prorogatione, quicquid olim constitutum esset, vt patet ex d. l. vlt. C. de Nouation. ibi: *Vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit*, &c. *Ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationis, nihil penitus priori, cautela innouari*, &c.

Maneat igitur sententia suprædicta, quæ verissima est, & communiter recepta.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum minor læsus in pretio rei venditæ, restituendus sit in integrum, aduersus venditionem, an vero res vendita retineri possit ab emptore, si iustum pretiū ei supplere velit.

Si minor læsus fuerit in pretio rei venditæ, cōtrouertitur, an sit in integrū restituendus, rescindendaq; venditio, an vero sufficiat si emptor iustū pretiū suppleat. Et quidē in integrū restituendū esse, & sic rescindendam esse

esse venditionem, ac rem restituendam censuerunt Pet. & Cyn. in l. si quidem, C. de prædijs minor. Castr. ad l. nō interest, nu. 4. C. de his quæ metus causa. Pinell. ad l. 2. in 3. par. c. 1. num. 21. C. de rescin. vend. Natta in cons. 548. nu. 32. & quidam alij, quos commemorat Octauianus Simoncellus, de decretis, lib. 3. tit. 7. nu. 13.

Argumenta verò sunt ista. Primum ea d. l. si quidem, C. de prædijs minor. in illis verbis: *Si vero iure interposito decreto venditionem vili pretio eius possessionis, cuius pretiũ ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatem in integrum restitutio, causa tamen cognita, præbetur.*

Secundum argumentum est ex l. quod si minor. §. restitutio, ff. de minoribus in illis verbis: *Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubebit prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere.*

Tertium est ea l. patri, §. item ex diuerso, ff. eo. ti. ibi. *Si minore pretio quam oportuit, vendiderit adolescens, emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus restituere,* &c.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere glos. Bart. Salic. & Bald. in d. l. si quidem. glos. & Alber. in l. patre, §. si pecuniam, ff. de minor. Barto. & Iacob. ad l. si res, §. si mulier, ff. de iure dotiũ. Et quamplures alij, quos refert & sequitur Sfortia Oddus, de restitutione in integrum. q. 57. art. 4.

Argumēta sunt duo potissimũ. Primũ ea d. l. si res, §. si mulier, in illis verbis: *Enimuerò, si in æstimationis modo circumuēta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustā æstimationē, an potius seruum præstet,* &c. Et paulò infra: *Idemque & in minore circumuenta, Marcellus probat,* &c.

Secundum argumentũ est huiusmodi. Restitutio tantum minori præstatur, quantum ei abstulit læsio, l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minor. Sed læsio fuit circa pretium, ergo si pretium iustum minori refundatur, satisfactum esse videtur restitutioni. Ego priori sententiæ magis accedo, quam confirmo ex c. 1. de in integrum restit. ibi: *Requisiuit à nobis tua fraternitas, quid agendum sit de possessionibus, locis sub modico censu concessis. Noueris itaque, quod si Ecclesia læsa est,* &c. Et paulo post: *Et Ecclesia iure minoris debeat semper illæsa conseruari, quæ in damnum eius data constiterit, ad ipsius conuenit ius & proprietatem redire.*

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam quod attinet ad primum, illud speciale est inter virum & vxorem, de rebus in dotē datis, vt patet ex d. lege, neque enim conuenit ita facile inter coniuges rescindi ea quæ gesta sunt, si modo indemnitati mulieris succurratur.

Cæterum, in alijs leges sunt apertæ, quibus constitutum est, rem venditam restituendam esse minori, & contractum rescindendum. Porro quod textus dicit: *Idemque in minore circumuenta Marcellus probat,* de muliere minore circumuenta accipiendum est circa dotem.

Ad secundum autem argumentum respondetur, vt tantum minori restituatur, quantum ei abstulit læsio, fundum esse restituēdum vna cum fructibus, sicuti declarant Iurisconsulti, in dictis legibus allegatis, & patet euidenter: Nam si duntaxat iustum pretium emptor solueret, non ex eo tantum haberet minor, quantum habuisset si non vēdidisset, habuisset enim rem & fructus, iā vero pretiũ rei duntaxat cōsequitur, & nullos fructus.

Quod si contractus rescindatur, & res minori restituatur, tunc in integrum restitutus esse videbitur, & omnis disputatio auferetur.

Quamobrem, & Iurisconsultus in d. §. restitutio, post quam dixit: tantum restitutionem afferre, quantum abstulit læsio, subdit: *Itaque, si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubebit prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere.*

A

CAPVT XC.

Controuersia aliquot de certi condictione, ad interpretationem l. certi condictio, ff. si certum petatur.

RESpondit Vlpianus in l. certi condictio, ff. si certũ pet. certi condictionem competere, etiam ex causa legati, & ex lege Aquilia, sed quia legis Aquiliæ actio ita comparata est, vt ex rei negatione in duplum sequatur condemnatio, l. contra negantem, C. de lege Aquilia, disputatio nascitur, an & certi condictio ea lege Aquilia dupli condemnationem contineat. Et non est eadem omnium sententia. Nam Accurs. quidem Bart. Bald. Castr. Alex. Ias. Dec. Et Alc. in comment. dictæ legis, negant, sed Zasius lib. 1. sing. respons. c. 14. contrariũ docet, non rectè, iudicio meo.

Fundamentum communis sententiæ, negantis ad duplum competere, positum est in l. item veniunt, §. cum

B prædiximus, ff. de petitione hæreditatis, vbi text. dicit: *In hæreditatis petitione actiones omnes hæreditarias venire, & ideo actionem etiam ex lege Aquilia non tamen cum suo incremento, licet enim ex inficiatione crescat, ad simplum tamen dabitur* sic Iurisconsultus. Vnde, ex eo responso colligitur, idem esse statuendum in certi condictione, quæ ex lege Aquil. datur, vt scilicet non detur cum suo incremento, sed ad simplum tantum.

Zasius vero sic argumētatur, vt imprimis demōstret, textum in d. §. cum prædiximus, nil probare: Nam cum in petitione hæreditatis, duplum actor consequi non possit, illam esse rationem disputat, quod ad hæredem nil aliud trāseat, nisi ius, quod defunctus habuit. Defunctus autem non habuit ius consequendi duplum, sed tantum simplum, quia nondum instituta erat actio ex lege Aquilia, ante mortem defuncti. Consequenter nec inficiatio locum habuerat.

Secundo, affert tex. in d. l. certi condictio, § cum prædiximus, ac illud perpendit, quod simpliciter Iurisconsultus

C tradit ex lege Aquilia certi condictionem competere, nec ad simplum eam restringit.

Tertio argumentum affert huiusmodi; si quis agat condictione ex lege Aquilia, tolluntur omnes aliæ actiones ex eadem causa competentes, l. duobus, §. exceptio, ff. de iureiurando; ergo negante reo, nunquam actor duplum consequetur, non enim ea condictione, si vera sit communis sententia, non etiam ex lege Aquilia, quia actio ex ea competens, sublata est; hoc autem est absurdum, ergo & absurdum esse videtur, quod communis sententia docet, nempe, ad duplum certi condictionem ea lege Aquilia non extendi.

Respondeo ad primum. ius dupli consequendi defuncto competiisse, si non actu, saltem potentia, vt loquuntur Scholastici doctores, nam cum haberet actionem ea lege Aquilia, consequens est, vt & ius ad duplum consequendum haberet, ea negatione rei conuenti, & sic ad

D hæredem transiret, ac in petitione hæreditatis comprehēderetur. Sed quia petitio hæreditatis hoc respectu subrogata esse videtur loco actionis ex lege Aquilia, Iurisconsultus respondit in d. §. cum prædiximus, subrogatā quidem esse, sed tamen non cum incremento, quod ex inficiatione proficiscitur, id enim non est proprium petitionis hæreditatis.

Ad secundum argumentum ita respondeo, licet Iurisconsultus in d. l. certi condictio, simpliciter affirmet certi condictionem competere, etiam ea lege Aquilia, nihil tamen proponitur, cur interpretatione illud ita accipiendũ non sit, quemadmodum in hæreditatis petitione constitutum est, vt scilicet absque incremento detur.

Ad tertium respōdeo, actorem sibi imputare debere, cur non elegerit actionem ex lege Aquilia potius, quam certi condictionem, quoties enim plures actiones competunt, vnam eligere actor debet, l. quod in hærede, § eligere, ff. de tributoria. Si non eligat meliorem, sibi

imputet, nec dicat absurdum esse, quòd ab alia excludatur.

Altera est controuersia, vtrum certi condictio competat ad interesse. Affirmant competere Bart. & glos. hoc in loco, Castr. nu. 8. Alex. nu. 16. Socin. nu. 25.

Quotum illud est fundamentum, quòd certi condictio ex lege Aquilia competat, & sic ad damni emendationem, quod nihil aliud esse videtur, quàm interesse damnum passi.

Sed contraria sententia videtur mihi verissima, quam eodem in loco secuti sunt Cuma. Fulgos. Alber. Ias. Dec. Alciat. & Zas.

Probatur eo argumento, quia ad id, quod interest, incerti condictio competit, vt patet ex l. vlt. ff. si quis in ius vocatus, nō ierit, & ex l. 3. ibi, incertæ actionis, C. de inutil. stipul. si competit incerti condictio, ergo non certi.

Nec obstat quòd ex lege Aquilia competere dicatur; quia intelligitur, si certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni causa, ex qua certum petitur, certum autem dicitur, quod apparet, quid, quale, & quantum sit, l. certum, ff. eo. ti. Interesse autem incertum est, vt ex probationibus testium, quid, & quantum sit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione instituta comprehendi non possit.

Sed nec illa est prętermittenda controuersia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc est, inter doctores Gallos & Italos, vtrum scilicet pro mutuo competat certi condictio specialis; nam Barto. affirmat, quem cæteri doctores Citramontani sequuntur, in comment. d. l. certi condictio. Sed Petr. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, qb. & Zasius adstipulatur, negāt.

Ego Italus, Italorum sententiam probo. Primò ex §. 1. in institutionib. Quibus modis re contrahitur obligatio. *Ex eo contractu*, inquit, *mutuo, nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.*

Secundò ex § sequens, in inst. de actio. ibi: *Earum verò actionum, quæ in personam sunt, ea quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum pecuniam petit actor*, &c. Illa verba, *quibus mutuam pecuniam*, &c. indicant plures actiones pro mutuo dari, & sic nō solum generalem, sed etiam specialem certi condictionem.

Tertiò ex l. 1. ff. de condictio. triticar. ibi: *Qui certā pecuniam numeratā petit, illa actione vtitur, si certū petetur.*

Quartò mutuum contrahitur ijsdem modis, quibus indebitum, §. 2. in instit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Cuiacius lib. 8 Obseru. capit. 34. Sed pro indebito competit specialis actio, scilicet, condictio indebiti, ergo & pro mutuo.

Quintò. Contractus nominati actionem specialem pariunt, veluti ex empto, locato & similibus, l. iuris gentium, ff. de pact. Sed mutuū est cōtractus noīatus, ergo.

Sextò. Ex stipulatione oritur certi condictio specialis, vt in inst. de verb. obl. in prin. ergo similiter & ex mutuo.

Septimò probatur ex l. qui mandatū suscepit, ff. mandati. vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere, ergo plures sunt actiones, non vna tantum pro mutuo.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis, quorū primum est illud, quod agens condictione ex mutuo speciali, eodem modo concludere debeat, quo ageret condictione generali, ergo vnica tantum actio competit. Respondeo, ambas actiones ad eundem finem tendere, & hoc in argumento probari, sed quò minus ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum. Si certi condictio specialis pro mutuo competeret, & simul etiam generalis, nulla esset ratio, cur etiam pro alijs cōtractibus nominatis cōpetere non deberet. Sed pro alijs non cōpetit, ergo nec pro mutuo. Respondeo, alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione speciali, mutuum verò certa cōdictione speciali à legib. adiuuatur, quemadmodum & stipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum. Cum certi condictio generaliter detur præ omnibus contractibus, in quibus certum petitur, frustra exigitur specialis pro mutuo. Respōdeo, non frustra, quia nostra interest, plures actiones habere, & constat non frustra specialem hypothecam eum habere, qui & generalem habet. Sed de scholastica quæstione, hactenus.

CAPVT XCI.

Vtrum difficultas excuset debitorem à mora.

Difficultatem soluendi non excusare quantitatis debitorem a mora, existimarunt Bart. in l. quod te, nu. 14. ff. si certum petat. Bald. Ang. & Alex. sequentib. argumentis. Primum est ex l. continuus §. illud, ff. de verb. obli. ibi: *Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*, &c.

Secundum est ex l. incendium, C. si certum pet. *Incendium ære alieno non liberat debitorem.*

Tertium. Qui non potest soluere, nisi cedat bonis, in carcerem conijcitur, l. 1. C. qui bonis cedere possunt. Sed nemo in carcerē conijcitur, nisi sit in mora, argumēto l. 3. §. tutores, ff. de suspectis tutor. Ergo difficultas nō excusat à mora.

Quartum est ex l. mora, § bonæ fidei, ff. de vsuris. vbi filiusfamilias est in mora, qui tamē eo tempore nihil habebat, præter bona castrensia vel quasi.

Quintum ex l. ad diem. ff. de verb. obli. ibi. *Committetur pœna, licet non sit hæreditas eius adita.*

Sextum ex l. vlt. ff. de Nautico fœnore. ibi. *Tamen committi perinde pœna potest, ac si fuisset hæres debitoris.*

Sed contrariam sententiam secuti sunt antiqui doctores, quorum Bart. mentionem facit, quib. Paul. Cast. Salic. Fulgos. Roman. Aret. Dec. Curt. & Cagnol. in d. l. quod te, nu. 109. adstipulantur, & ipse hoc in loco etiam adstipulor.

Probatur primo hæc sententia ex moræ definitione, quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem nō soluit, sic enim describi solet, teste Ripa, in d. l. *quod te. Mora est debiti soluendi, vel crediti recipiendi improbata dilatio.* vel sic: *Mora est delictum in debito soluendo, vel recipiendo commissum.*

Secūdo, difficultas excusat à culpa, l. si procuratorem, §. si ignorantes, ff. mandati. ergo & à mora, quia sine culpa mora non pcommittitur, l. sciendum, ff. de vsur.

Tertiò. Probatur ex l. Thais, §. 1. ff. de fideicōmissarijs liber. ibi: *Non quidem imputandam hæredi, si pro commoditatib. rei suæ administrādæ æs alienū tardius soluerit*, &c.

Quartò ex l. diuortio, ff. de negotijs gestis ibi: *Non enim è vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxerit, ad pecuniam redigendam*, &c.

Postremò probatur ex l. dato, §. si per venditorem, ff. de actio. empti. ibi: *Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat quo minus tradat.*

Ad primum argumentum contrarię sententię respōdeo. Quod dicitur in dicto §. illud, ad moram de qua agitur, ob difficultatem excusandam non pertinere, sed ad obligationem ipsam debitoris, quæ inducitur, tamet si debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit, *pertinere ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris.* Is enim actionē habet contra promissorem, qui difficultate non obstante, eidem est obligatus.

Ad secundum eadem responsio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & sic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium respondeo, debitorem, qui non soluit ob difficultatem, non ideo excusari, quo minus in carcerem conijciatur, & soluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum est, difficultas non liberat debitorē, nec eū excu-

sat

ſat, quò minus ſoluere teneatur, ſed non ſequitur talem A debitorem, quo ad alios iuris effectus, qui ex mora deſcendunt, ab ipſa mora non excuſati propter difficultatem.

Ad quartum reſpondeo, filiumfamilias eo tempore bona caſtrenſia, & quaſi habuiſſe, & alia etiam in certis caſibus.

Ad quintum, & ad vltimum reſpondeo, leges in argumentis allatas loqui ſpecialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna eſt adiecta, ac proinde, ſtricto iure cenſentur, ita vt rei difficultas à pœna minimè excuſet.

CAPVT XCII.

Vtrum depoſitum, quod doctores noſtri vocant confeſſionatum, eodem iure cenſeri debeat, quo verum & reale depoſitum.

IN depoſito multa ſunt ſingulariter conſtituta, ſicuti conſtat ex l. ſi quis, & ex lege vltima, & ex alijs legibus, C. depoſiti. Sed vtrū hæc ſingularia locum ha- B beant in depoſito, quod vocatur à Doctoribus, confeſſionatum, cum ſcilicet quis fatetur ex cauſa depoſiti, ſe rem debere, vel pecuniam, licet vel non acceperit, vel ex alia cauſa acceperit, non eſt eadem omnium ſententia.

Negant enim locum habere Bald. in conſ. 384. li. 1. Socin. ſen. in conſ. 143. lib. 1. Boer. deciſ. 295. nu. 8. Quorum illud eſt præcipuum argu. quod non videtur verum depoſitum, nec leges de tali depoſito loquũtur, ſed de vero & reali depoſito, vt patet ex d. l. ſi quis, C. depoſiti. *Si quis pecuniam, vel aliam rem*, inquit, *per depoſitionis titulum accepit*, &c. Illud verbum, (*accepit*,) ſignificat veram & realem traditionem, ſeu numerationem factam.

Huc accedat, quod & in dote reſpondit gloſ. in l. aſſiduis, C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo, datæ. Nempe, priuilegia dotis locum habere in dote data tantum, non in alia; & denique, depoſitum verum executionem paratam habere dicitur, vt patet ex d. l. ſi quis, in illis verbis: *Illicò modis omnibus compellatur*, &c. Tale C nũc depoſitum, de quo agimus, ſola confeſſione debitoris nititur, quæ quidem extra iudiciũ facta, paratam non habet executionẽ, l. certũ, §. ſi quis abſente, ff. de confeſſis.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecuti ſunt Paul. Caſt. in conſ. 170. lib. 2. Ang. Aretin. in §. præterea, in Inſt. quibus modis re contrahitur obligatio. & alij, quos refert & ſequitur Rolan. à Valle, in conſil. 27. libro 1.

Probatur hæc ſententia. Primum, argumento ſumpto ex l. in contractibus, §. 1. C. de non numerata pecun. vbi dicitur. Exceptionem non numeratæ pecuniæ locum nõ habere, in inſtrumentis depoſitarum rerum. Sunt autem talia inſtrumenta cõfeſſionum, in quibus ſcilicet, aliquis ſe ex cauſa depoſiti, debitorem eſſe fatetur, & ſic in tali depoſito idem cõſtitutũ eſt, quod in vero & reali depoſito.

Probatur ſecundò. Nam & in depoſito irregulari, ut vocant, cum ſcilicet conuenit, vt non idem, ſed tantundem reſtituatur, ſeruatur tamen idem iuris, quod in ve- D ro depoſito, quantum ad vſurarum præſtationem, vt in l. Lucius, 24. & in l. ſeq. §. 1. ff. depoſiti.

Denique probatur ex communi ſententia doctorum, à ſimili; nam priuilegia dotis locum habere, etiam in dote confeſſata, (ita enim placet vocabulis Scholaſticorum vti, quo res eadem à nobis doceri videatur, non autem diuerſa) vbi lapſum eſt tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, vel renunciatum eſt tali exceptioni, communi ſententia receptum eſt. vide Bart. & alios doctores, in d. l. aſſiduis, Afflict. dec. 4. a. Couar. lib. 1. varia. reſol. c. 7. ergo & in depoſito idem eſſe ſtatuendum, vt, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non poteſt.

Ad primum arg. contrariæ ſententiæ reſpondeo. Probari ex confeſſione ipſius depoſitarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuiſſe, ſi præſupponatur, non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi non poſſe: nã confeſſio probat contra confitentem, l. pecuniæ, C. de ſolut. Alex. in conſil. 25. lib. 2. & alij à Rolan. citat. d. conſil. 27. num. 9. lib. 1.

Ad ſecundum reſpondeo, gloſſam illam communiter reprobari, vt dictum eſt.

Ad tertium reſpondeo, hic non agi de ſimplici confeſſione, ſed de confeſſione ex cauſa depoſiti, cum ſcilicet quis fatetur ſe accepiſſe rem ex cauſa depoſiti confeſſio probat depoſitum interceſſiſſe. Depoſitum vero executionem paratam habet, ut ſcilicet depoſitarius illicò modis omnibus rem reddere compellatur. Itaque hunc effectũ non producit confeſſio, ſed confeſſionis cauſa, nempè, depoſitum. vnde argumentum ceſſat.

CAPVT XCIII.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum vel alterum, cenſeatur etiam illud habere ad pretium accipiendum rei venditæ vel locatæ.

EVm qui mandatum habet ad vendendum, vel locãdum rem alterius, non habere in conſequentiam ad recipiendum rei venditæ, vel locatæ, reſpondit Ludouicus Roma. ſing. 23. & in conſ. 461. authoritate, l. 1. §. igitur præpoſitio, ff. de exercit. actio. vbi tex. dicit, Præpoſitum à magiſtro nauis ad locandam nauem, exigere nõ poſſe vecturas.

Secundò, ex l. ſed ſi tantum, & ex hoc iure vtimur, ff. de ſolut. quibus in locis dicitur, procuratorem conſtitutum ad agendum, pecuniam debitam exigere non poſſe.

Tertiò, ex c. Nicolao, de appellatio. vbi dicitur, procuratorem conſtitutum ad impetrandum iudicem, litem inſtituere non poſſe, cum tamen illud ſit præparatorium litis, vt vulgò loquimur.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecuti ſunt Bart. in l. filiæ, ff. de ſolut. Decius in conſi 330. num. 3. Benuenutus Stracca, de mercatura, tit. de mandato, num. 3.

Probatur hæc ſententia ex l. quod ſeruus. ff. de ſolut. in illis uerbis: *Sed etſi quis pecuniam dominicã fœneratus eſſet à ſeruo ſi permiſſu domini ſeruus negotium dominicum geſſiſſet, idem iuris eſt. Videtur enim voluntate eius qui cum ſeruo negotium contraherent, & ab eo accipere, & ei ſoluere.*

Reſpondet Rom. Iuriſc. loqui de procuratore generali, qui adminiſtrationi alicuius rei generaliter præfectus eſt, veluti peculij dominici: is enim omnia expedire põt quæ dñs, & ſic mutuare, vendere, pretium accipere, & alia facere, quæ ad talem adminiſtrationem pertinent. Secus in procuratore ſpecialiter dato ad aliquã rem vendendam, vel locandam. Non rectè: quia hæc reſponſio congruit primæ parti legis, non aũt ſecundæ, quæ in argumẽto affertur. Prioris partis verba hæc ſunt: *Quòd ſeruus ex peculio ſuo crediderit, aut depoſuiſſet, id ſi ue veniſſet, ſiue manumiſſus eſſet, rectè ſolui poteſt.* Hæc verba pertinent ad ſeruum habẽtem generalem peculij adminiſtrationem. Sequentia aũt pertinent ad ſeruũ particulari negociationi præpoſitũ. *Sed etſi*, inquit, *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus eſſet, ſi permiſſu domini*, (Vides negociationem peculiarem eſſe fœnerandi pecuniam) *Seruus negotium dominicum geſſiſſet, idem iuris eſt*, &c.

Ad primum argumentum Ludouici Romani reſpondeo, Iuriſc. in d. l. 1. §. igitur præpoſitio, loqui de ſeruo præpoſito ad locandum tantum, non ad exigendum, vt patet ex verbis legis. ibi: *Vel ſi ad locandum tantum, non ad exigendum*, &c.

Ad ſecundum reſpondeo, leges allegatas loqui de procuratore dato ad lites, cui rectè ſolui non poteſt, quia iudicati actionem non habet. vnde, & in legibus allegatis dicitur abſurdum eſſe ei, antequam iudicatum ſit ſolui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium reſpondeo. Textum in d. cap. Nicolao, loqui de rebus ac negotijs ſeparatis ac diuerſis, nec ſe

inuicem consequentibus, aut connexis. Aliud est enim iudicem impetrare. Aliud vero litem instituere, quãuis impetratio iudicis viam aperiat ad litis institutionem. Ita etiam dicimus, Vicarium Episcopi ex mandato resignationem beneficij recipere posse, non tamen ex eo beneficium conferre posse, quamuis resignatio viam collationi muniat. vide Fely. in c. causam quę, nu. 7. de sententia & re iudicata. At in quæstione nostra negotia sunt connexa, & se inuicem contingentia & consequentia. Nam venditio fit certo pretio conuento, similiter & locatio. Quare, si mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de pretio conuenias, & illud accipias nomine meo.

CAPVT XCIV.

De societate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & industriam, vtrum pecunia videatur esse communicata, atque ideo finita societate, diuidenda sit.

CVm ea cõtrahitur societas, in quam alter pecuniã, alter vero operam & industriam confert, controuersi iuris est, vtrum finita societate, pecunia sit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam existimarunt Accurs. Bar. & Alber. ad l. 1. C. pro socio, necnon Didac. Couar. lib. 3. varia. resol. cap. 2. nu. 2.

Quorum argumenta sunt ista. Primum, nam quod in societatem confertur, videtur communicari, l. 1. & 2. ff. pro socio. Vnde & lex vtitur verbo illo *Conferente*, quod significare videtur communicationẽ, in l. 1. C. pro socio.

Secundum. Nam industria pecuniæ comparanda est, si ea sit, quæ pecuniæ possit æquiparari, sed si hinc inde pecunia conferatur, palam est, diuidendam esse tempore societatis finitæ.

Tertium. Nam societatis contractus ita debet interpretari, vt inter socios æqualitas seruetur, l. si non fuerit, ff. pro socio. Sed si non esset pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur, alter enim industriam & operam amitteret, qui vero pecuniam ponit, eam haberet saluam.

Contrariam sententiam habuerunt Bal. Cast. & Ioan. Sicard. in d. l. 1. C. pro socio, quibus & ipse assentior, eo argumento, ꝙ in proposita specie non ea uidetur intentio sociorum esse, vt pecuniæ proprietas videatur esse cõmunicata, sed tantum eius vsus & commoditas, quemadmodum de eo, qui agrum colendum accepit, & eo nomine societatẽ contraxit, respõsum est in l. cum duobus, §. si in coeunda, ff. pro socio. Itaque sic interpretor hunc cõtractum, vt vsus & commoditas omnisq; vtilitas ex industria prouenìens, & similiter ex pecunia, communis sit inter socios, ac pro indefinita societate diuidenda, nõ autem pecunia ipsa. Etenim oriretur summa inęqualitas inter socios, quia pecuniam conferens, duplex incommodum sentiret, si fortè finita societate sola pecunia remaneret. Alterum, ꝙ dimidiam partem pecuniæ amitteret. Alterum, ꝙ ociosam pecuniam habuisset, nec ullum ex ea fructum percepisset, cum tamen facilè percipere potuisset, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum rerũ similium collocando. Alter vero vix ullum incommodum sentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partẽ consequeretur.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. nam ad primum negatur, pecuniam videri communicatam, quátum ad eius proprietatem & dominium, nec quicquam facit l. 1. & 2. ff. pro socio, quia loquuntur de ea societate, in qua omnia bona hinc inde communicatur.

Non obstat uerbum *Conferente*, de quo in l. 1. C. pro socio, quia intelligitur quantum ad usum, & cõmoditatẽ.

Non obstat æquiparatio pecuniæ & operæ: quia intelligitur quoad usum, vtilitatem, & commoditatem, vt patet ex d. §. si in coeunda.

Non obstat vltimum argumentum, quia nulla est inæqualitas; id patet: nam qui industriam posuit, illud habet incõmodi, ꝙ frustra laborauit, & nullũ percepit emolumentum, cum tamen fortasse percepisset, si operã suã locasset alibi. Qui vero pecuniam contulit, illud habet incommodi, ꝙ frustra eam contulit, ꝙ nihil ex ea lucratus est, cum tamen fortasse lucratus fuisset, si in alios vsus eam erogasset. Quare nisi ego fallor, omnia hinc inde sunt æqualia iura sociorum.

CAPVT XCV.

Cum in societatem alter pecuniam, alter operam ac industriam confert, vtrum, si pecunia fuerit amissa, periculum sit commune.

QVatuor sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima periculum amissionis pecunię, commune esse inter socios, ita Salic. & Fulgos. post Oldra. & Richardum Malumb. in l. 1. C. pro socio.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. cum duobus. §. quidam sagatiam, ff. pro socio. ibi. *Damnum esse commune, ideoque pro socio actione, damni partem dimidiam agnoscere debere*, &c.

Secundum. Nam si commune non esset damnum, æqualitas in societate non seruaretur hoc in casu, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perciperet, & pecuniam ipsam amitteret. Alter vero vnicum duntaxat damnum sentiret, amissionis operarum.

Tertium argumentum est ex l. si non fuerint, ff. pro socio, vbi dicitur, valere pactum inter socios huiusmodi, vt qui operam confert, damnum non sentiat amissionis pecunię, ergo si tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Postremũ argumentum. Is, qui operam & industriã confert, nihil amisisse videtur, si adhuc viuat, quia poterit aliàs operari; & ex opera, ac industria sua lucrari, si uero mortuus sit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim societas morti causam præbuit. Cum ergo nihil dãni sentiat ex operarum amissione, æquum esse videtur, vt pro sua parte, iacturam sustineat pecunię deperditæ.

Secunda est sententia sic distinguens; aut statim contracta societate, ante vllas ferè operas exhibitas, periit pecunia, & damnum commune esse debet, aut ex interuallo temporis, post operas exhibitas, & tunc secus: quia dãnum ad conferentem pecuniam pertinebit, ita Petr. & Cyn. in d. l. 1. C. pro socio. Cuius sententiæ ea est ratio: quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contulisse in societatem, qui operam & industriam conferre debuit & nihil prorsus amisisse videtur, alter vero pecuniæ collatæ iacturam solus faceret, quod iniquum esse videtur.

Tertia est sententia ita distinguens; aut opera & industria æquiualet, non solum vsui pecunię, sed etiam dominio & proprietati, & tunc amissionis damnum ad eum pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquiualet vsui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amissionis commune erit inter socios. ita Coro. & alij, quos refert & sequitur Socin. sen. in cons. 265. libro secundo. Huius sententiæ ea est ratio: ꝙ priore casu tantum amisit is, qui industriam cõmunicauit, quantum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum esse non videtur, vt etiam damnum amissionis pecuniæ aliqua ex parte patiatur: vbi vero, opera non æquiualet dominio & proprietati pecunię, is, qui pecuniã ponit, non amittit tantum, quantum is, qui pecuniam dedit, merito subire debet damni partem, quod ex amissione pecuniæ accidit.

Postrema est sententia, longè ut mihi videtur, probabilior, pecuniæ amissæ damnum, ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, ita docuerunt, Accurs. Bar. Ang. Castr. & Bald. ad d. l. 1. C. pro socio, necnon Mart. Nauar. alios commemorans in Manual. Confess. cap. 17. de vsura in societ.

Probatur hęc sententia, quia secundum iuris regulas,

res perit domino suo, l. pignus, C. de pignor. action. sed pecuniæ dominus est is, qui eam contulit, vt dictum est in præcedenti capite, ergo illi soli, perit, non alteri.

Secundo probatur: quia oriretur inæqualitas inter socios, si damnum esset commune. Etenim is, qui operam ponit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operam ac industriam amitteret; altero, quod sentiret partem damni. Alter vero non totam pecuniam amitteret, sed partem duntaxat.

Tertio. Quia hoc in casu si commune sit damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum subiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem societatis genus, non procul abest a fœnore & vsuraria prauitate, ex traditis in c. plerique, 14. q. 3. per Panormitanum, in cap. per vestras, de donat. inter uirum & vxor. per Nattam in consil. 403. & 404.

Non obstant argumenta diuersarum sententiarum. Nam ad primum prioris sententiæ argumentum respondeo, tex. in d. §. quidam sagariam, non loqui de societate nostra, sed de ea societate, in quam pecunia vtrinque confertur. Id patet ex illis verbis text. *Eum, qui profectus est ad merces comparandas, suam pecuniam perdidisse*. Intelligitur enim de pecunia, quam in societatem contulit, quia idem textus paulo infra loquitur de alia re propria amissa. Quod si pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas proficiscebatur, & consequenter pro socio laborabat, operamque simul conferebat, verisimile est, alterum quoque socium pecuniam contulisse.

Ad secundum argumentum respondeo. Inæqualitatē non oriri, immo maximam æqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferentem, damnum sentire amissionis operarum, respondet damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ. Quod si commune sit damnum amissæ pecuniæ, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius industrię iacturam facit, & simul particeps est alterius damni, quod æqualitati repugnat.

Ad tertium respondeo. Negando consequentiam. Nam etsi tale pactum fieri possit, vt damnum pecuniæ non sentiat is, qui industriam & operam confert, non tamen sequitur cessante tali pacto, damnum esse commune, sed potius argumentum præstat, tale pactum ideo valere, quia æquitati & iustitiæ sit consentaneum, vt solus damnum sentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando eum, qui industriam cōtulit, nihil amisisse, licet uiuat, & alias operari possit. Nam quod frustra laborauerit, nullumque ex industria fructum retulerit, id uero damni species est minime obscura.

Quod attinet ad distinctionem Petri & Cyni, respondeo, non esse vllam rationem habendam, quod ante operas exhibitas pecunia fuerit amissa, quoniam id casu fortuito accidisse videtur, & ex infortunio quodam, cui subiacet is, qui pecuniam dedit, quodque proinde æquo animo ferre debet. Si aliter nihil amiserit operarum, id casu euenit, partus enim erat operas præstare: vnde non idcirco infortunium participare eum oportet, qui nec pecuniæ partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei, & Socini distinctionem, illa ratio nihil mouet, quod si opera vsui duntaxat pecuniæ ęquiualet, damnum sit commune, quia, ut iam sæpe dictum est, plus damni sentiret is, qui ponit industriam, quam alter; licet enim amissioni pecuniæ in totum non respondeat, & æquanda non sit amissio operarum, sibi tamē imputet is, qui industriam & operam pro pecunia valere existimauit, atque ea lege societatem iniit, nec iam uelit socium & operæ, & pecunię damnum sustinere, cum ipse pecunię duntaxat sustineat.

CAPVT XCVI.

De metu reuerentiali, Controuersia.

COmmunis est sententia Doctorum, ea quæ gesta sunt reuerentiæ causa, veluti metu quodā, rata nō esse habenda, si aut minæ pręcessserint, aut læsio intercessserit. Vide Couar. in capit. de spons. par. 2. §. 6. nu. 4. & Menoch. de arbitr. iud. casu 136.

Fundamentum habet in l. 1. §. quę onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur, in illis verbis: *Tamen causa cognita si liquido appareat, libertum metu sole, vel nimia Patroni reuerentia ita se subiecisse, vt vel pœnali stipulatum se subijceret*, &c. Item in l. penult. ff. de furtis, ibi: *Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia*, &c.

Cæterum, aduersus hanc sententiam Franc. Duaren. argumentatur, in commentarijs ad tit. De eo quod metus causa: *Respondeo*, inquit, *non esse locum restitutioni quod nulla sit mentio eius reuerentiæ, sub hoc titulo, neque in Pandectis, neque in Codice. Quam sententiam confirmo alijs exemplis.* Vnum est in l. si patre cogente, de ritu Nuptiarum: *Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iusto metu cogente factum, nullum esse, vt cætera metu facta, & tamen contractum reuerentia metu, firmum est. Similis locus est in l. Fideiussor. §. 1. de pignor. ubi Pater obligat prædium filij sui, & filius scribit instrumentum obligationis, re enim oppignorata, metu restitueretur filius.* Verum quia *metu reuerentiæ tantum coactus est, scribit rectè contractum esse pignus, & silentium eius, loco consensus haberi.* Obijcitur nobis l. penul. inf. de furtis, ubi ait: *Si Patronus rem liberti contrectet eo præsente, & non contradicente metu reuerentiæ, potest dici metu fecisse. Videbatur tamen furtum non esse, quia furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino, & sic, qui volente domino contrectat, non est fur. Vult autem, qui non contradicit: videbatur igitur hic consensisse libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideo minus furtum fecisse, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradixit. Obijcitur & l. 1. §. quæ oneranda, infra, quarum rerum actio non datur, vbi adiectum liberto, onerandæ libertatis gratia, propter nimiam Patroni reuerentiam exigi non potest. Vulgo distinguunt, iuxta l. interpositas, C. de transactio. Sed hanc distinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita respondeo ad d. l. penult. Expendenda est diligenter species. Quæstio est, an libertus tacens & non contradicens, sit intelligendus consensisse & permisisse, respondetur non consensisse. Hic enim agitur de præsumptione, quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præsumptioni. Nam præsumptio consensus cedit præsumptioni reuerentiæ. Præsumimus enim libertum consensisse, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus est in l. 23. § 1. infra, Soluto matrimonio. Ad l. 1. §. quæ onerandæ. vers. in summa, ait, non dabitur exceptio, &c. nisi liquido appareat, metu, vel nimia reuerentia in id consensisse. Nec dicit simpliciter reuerentia, sed nimia, siue immodica: ita vt ei succurrendum sit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis suadet, ut ita benignè interpretemur pro libertate.* Hactenus Duarenus.

Quibus non obstantibus a cōi sententia recedendum mihi non uidetur, cui secundum aliquos ēt suffragatur l. si superstite, C. de dolo. Non obstat tex. in l. si patre cogente, quia de matrimonio filijfamilias loquitur, in quo ille iure Ciuili inspecto, arbitrium liberum non habet, cum illud cōtrahere non possit absque cōsensu Patris, vsque adeo, ut Patris iussus præcedere debeat, ut in §. 1. in Instit. de Nuptijs. Merito matrimonium patre cogente, id est, imperante, celebratū valet, nec id cōi sententię supradictæ aduersatur. Neque enim hoc vult, vt omnia, quę gerūntur cum iis personis, quibus reuerentia exhibēda est, tali velamēto infirmentur. Non obstat tex. in l. fideiussor, §. 1. quia nec cōstat in ea specie filium fuisse læsum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dū passus

est

est bona sua obligati, nec cõstat ibi reuerẽtiæ causa factũ fuisse, eo q̃ Pater maximè id vrgeret, ac imperaret, In quibus terminis communis senten tia est intelligenda.

Porrò allatæ responsiones ad l.pen.& ad §. quæ onerãdę, facilè possunt elidi. Nã si præsumitur cõsensus, in specie d.l.pen. ex eo, q̃ libertus non contradicit, ergo furtũ non contrahitur. At Iurisc. cõtrahi dicit, quia talis cõsensus reuerentiæ causa adhibiti ratio non habetur. Quod cum ibi ita constitutũ, nil proponitur, cur & in similib. non idem respondendum sit, nempe, rata non esse habẽda, quæ tali consensu intercedente geruntur. Quod vero attinet ad §. quæ onerandæ, causatur Duarenus nimiam reuerentiam, & fauorem libertatis, sed frustra: quia, & cõis sententia loquitur de tali reuerentia, aut paulo certẽ minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, sed nimia reuerentia, vna cum læsione liberti.

CAPVT XCVII.

De contractu in scriptis celebrato, ad interpretationem, l. Contractus, C. de fide instrum.

SI contractu iam constituto, mutuo intercedente partium consensu conuẽtum fuerit, vt de eo instrumẽtum, ac scriptura cõficiatur, celebris est cõtrouersia inter Doct. verum ante instrumentum confectum pœnitentiæ sit locus. Et locũ esse rñderunt Paul. Castr. ad l.cõtractus, C. de fi.instr. & ad l.cũ res, C. de prob. Ale. ad l.pactũ q̃ bona fide, C. de pact. Dec. in cons. 11. & 158. Ias. in cons. 151. lib. 2. Affl. decis. 38. nu. 4. Boer. decis. 48. nu. 11. & 183. numer. 9. Sed contrariam sententiam secuti sunt Dec. in d.l.pactum quod bona fide. Aret. in cons. 159. Rota Rom. apud Iac. Puteum, decis. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & sequitur Ant. Thesaur. decis. Pedem. 197.

Omnis difficultas consistit in uera interpretatione l. contractus, C. de fi.instr. in illis uerbis: *In contractib. quos in scriptis fieri placuit, &c. Transactionum etiam, quas in instrumento recipi conuenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mũdum recepta subscriptionibusq́, partium cõfirmata, & si per tabellionem conscribantur, etiã ab ipso completa & postremo a partibus absoluta sint, vt nulli liceat priusquam hec ita processerint, &c. aliquod ius sibi ex eodem contractu, vel transactione uendicare, &c.*

Prioris sententię Authores ex hoc tex. argumentãtur, qui apertè negat contractum esse perfectum, & ex eo ius acquiri priusquam instrumentum conficiatur. Sed certè id non ita generaliter accipiendũ crediderim, sed eo duntaxat in casu, quo ab initio inter partes cõuenit, vt cõtractus in scriptis celebretur. Tũc scriptura videtur esse necessaria, & ad substantiã ipsius cõtractus pertinere, quẽadm. dum & in multis alijs casibus scripturam adhibendam esse Alciat. docet, in comment. l. 5. C. de transact.

Quod si de scriptura seu instrumento conficiendo, nihil ab initio inter contrahentes dictum est, sed simpliciter contractus est absolutus & perfectus, promissionibus ac stipulationibus hincinde subsecutis, licet postea dictũ sit de instrumẽto conficiendo, illud nequaquã pertinere interpretor ad ipsius contractus perfectionẽ, sed potius ad probationẽ, ex d.l.5. C. de transact. ex l.cum res, C. de probat. & ex simillib. locis, quibus declaratur, instrumẽta pertinere ad probationem, non ad substantiam rei gestæ. Quare in sententiam posteriorem longè sum procliuior.

CAPVT XCVIII.

Pactum incontinenti adiectum in contractibus bonæ fidei, utrum actionem pariat.

COmmunis est Doct. sententia ex pacto incõtinenti apposito, actionẽ competere præscriptis verbis nuncupatã. Ita n. docent Bar. Cast. Alex. Cor. Iac. Dec. & cęteri cõter, ad l.bonę fidei, C. de pact. & cum eis A Franc. Duar. ad l.iurigẽtiũ, §.quinimo, ff. eo. ti. Probatq́ hæc snia, primũ ex d.l.in bonæ fidei, ibi: *Ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat, cum autem certum nomen non habet*, præscriptis uerbis merito appellatur, l. 1. & 2. ff. de præscript.

Secundo, ex l.2. C. de pact. inter empt. & vend. ubi ex pacto reuendendi competit actio præscriptis verbis.

Tertio, ex l.si vir, ff de præscrip. verb. vbi dicitur, actionem præscriptis verbis competere, ut fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum est.

Quarto, ex l.labeo scribit, 50. ff. de contrah. empt. vbi Iurisconsl. *Si bibliothecam mihi ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi uendidissent, & per me stet, &c. non esse dubitandum quin præscriptis verbis agi posset.*

Postremo, ex l.si conuenit, ff. de rescind. uend. ibi. *Ex empto actio est, vt Sabinus putat, aut proxima empti actio in factum datur.*

Cæterum, aduersus hanc communem & ueram sen- B tentiam responderunt Alc. lib. 5. Paradox. c. 1. & Franc. Connan. lib. 5. comment. iuris c. 2 nu. 7. Quorum argumenta hoc in loco refutanda sunt.

Primum argumentum. Actio præscriptis verbis non datur, vbi alia competit, l.quoties, ff. de præscr. uerb. sed hic alia competit actio, nempe, ex contractu, cui pactum inest, quia informatur ex pacto l. iurisgentium, §.quinimo, ff. de pact. respondeo, nego maiorem. Nam actionẽ præscriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio probat l.2. C. de pact. inter empt. & vend.

Non obstat l.quoties, quia hoc tantum dicit, *Quoties quia alia actio non est, utilis actio est:* Vtilis autem actio dicitur esse Prætoria, siue in factũ, de qua fit mentio in l.iurisgentiũ, ff. de pact. vbi eius naturã optimè declarat Duarenus, & in l.quę religiosis, ff. de rei vend. in l.cũ filiusfa. ff. si certum pet. in l.creditor, ff. de act. empt. & in §. non omnes, in instit. de perpetuis & temporalibus actio.

Secundum argumentum est ex l.permisisti, ff. de præ- C script. verbis vbi dicitur: si venditionis contractus præcesserit, agi ex eo posse, si vero non præcesserit præscriptis verbis agi ex pacto. Idem probat l. rogasti, §. vlt. ff. eod. ibi: *Melius esse dico præscript. uerb. agi, nisi merces interuenіat. Nam si interuenit, ex locato esse actionem.*

Respondeo, dictæ leges non negant, quin ex pacto agi possit, sed tantum dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi posse dicunt, & de tali actione ex contractu descendente, nominatim quærunt, quia est magis fauorabilis, quam præscript. verbis actio, quapropter diligenter monent ex contractu agi posse, vt intelligatur, fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu, non autem ut excludatur actio præscriptis uerbis ex pacto.

Tertium argumentum est Connani. Eiusdem contractus duplex actio non est, sed vna tantum. Ergo ex pacto, quod contractui inest, actio non oritur particula- D ris, cum ex contractu ipso agi possit. Respondeo, ex contractu, cui tale pactum inest, duplicem oriri actionem, vt patet ex l.secunda, C. de pact. inter emptorem & vendit. vbi agitur ex vendito, & præscriptis verbis, vt placiti fides seruetur.

Quartum argumentum. Remedium extraordinarium cessat, vbi datur ordinarium, vt docet Barto. in l. in prouinciali, §.si uero, ff. de operis no. nunciatio. Sed hic remedium datur ordinarium, nempe, actio ex contractu. Ergo opus non est extraordinario, nempe, actione præscript. uerbis. respondeo, actionem præscriptis verbis dici, cum vulgata desunt actionum nomina, & nomen actionis non inuenitur, l. 1. & 2. ff. de præscri. verb. optime declarat Duaren. ad d.l.iurisgentiũ § quinimo, quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari posse existimo.

Quintum argumentum. Actio præscriptis uerbis pœnitentiam recepit, l. si pecuniam, ff. de condict. cau. da-

da. Sed à tali pacto recedere non licet, ergo præscriptis verbis actio non competit. Respondeo. Tunc præscriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cum ex contractu innominato nascitur, vt in d.l. si pecuniam, secus si ex pacto oriatur, quod inest contractui nominato, tūc enim videtur esse pars contractus, ideoq; eius naturam imitatur, quæ pœnitentiam non recipit.

Sextum argumentum. Fictio non operatur plus quā veritas. Sed pactum dicitur esse pars contractus ficte, ergo non operatur plus, quam contractus. Sed contractus vnam tantum actionem producit, ergo ex pacto dupliciter agi nō potest. Nempe, actione ex contractu descendente, & actione peculiari pacto, scilicet præscrip. verbis. Respondeo, pactum hoc in casu operari plus, quam contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur inesse, sed informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod est in pacto, & ita corroboratur ex ipso contractu, vt & actionem producat.

CAPVT XCIX.

Vtrum pactum incontinenti adiectum contractui stricti iuris, actionem pariat.

IN bonæ fidei contractibus, ex pacto incontinenti secuto, actionem oriri, satis exploratum est, ex l. in bonæ fidei, C. de pact. Sed illud controuersum, an & idem sit in contractibus stricti iuris.

Sunt enim qui affirmant ex antiquis doctorib. sunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter se conueniunt. Etenim Iacob. Cuia. negat in comment. ad l. iurisgentium, vers. In bonę fidei, ff. de pact. & lib. 10. Obser. c. 24. contra alter doct. Gallus affirmat, lib. 7. Obseru. c. 15. & lib. 1. responsor. amicab. c. 31. cui adstipulatur Duarenus in comm. ad d.l. iurisgētium, §. quinimo.

Affirmantis sententiæ illud est fundamentum, quod etiam in contractibus stricti iuris, pactum incontinenti secutum inesse dicatur, l. lecta, ff. si certum petatur, l. 4. ff. de pact. & quidem non tantum quo ad exceptionem, vt aliqui putabant, sed etiam, quantum ad actionem, vt in d.l. lecta.

Negatiuæ vero sententiæ illud est præcipuum argumentum, quod leges de huiuscemodi pacto loquentes, videntur hanc vim actionis producendæ tribuere tantummodo contractibus bonæ fidei, vt in d.l. in bonæ fidei, & in d.l. iurisgentium, §. quinimò.

Non obstat l. lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, sed de pacto incontinenti adiecto, quod ex parte rei inest, ita videlicet, vt non solum ad exceptionē proficiat, vt aliqui putabāt, sed etiam actionem, hoc est, ad eam reformandam, & ad temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem sententiam aliquando sum secutus, sed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumēto potissimum confisus. Certum est, pactum incontinenti secutum, inesse etiam contractibus stricti iuris, ita enim expressum est in d.l. lecta, ergo parit actionem. Probatur consequentia. Nam si contractui inest, ergo est pars contractus, & contemplatione, seu respectu contractus, interponitur. Quod si verum est, nō iam amplius pactū nudum est, nullam causam habens pręter ipsam conuentionem. Immò verò causam habet aliam, nēpe contractum præcedentem, consequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non producit, quod est nudum, & nullam habet causam, præter ipsam conuentionem, l. iurisgentium, §. igitur nuda, ff. de pact. cuius rei causam eleganter explicat Franciscus Duarenus in comment. ad illum titulum, non procul à principio, & Connanus lib. 5. comment. I.C. c. 2. Nec quicquam mouet, quod leges passim de cōtractibus bonę fidei loquantur, quia non idcirco negant idem esse statuendum in contractibus stricti iuris, immo verò idem esse statuendum indicare videtur Iurisconsultus in d.l. lecta.

A

CAPVT C.

Vtrum secundum ius canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.

PActum nudum iure canonico actionem parere, nō pauci, neque obscuri nominis doctores affirmarūt, vt videre licet ex canonistis, in c. 1. de pact. Iason in l. iurisgentium, § igitur nuda, nu. 4 ff. eodem & ibidem Petr. Calefactus nouissime, num. 8. ex Didaco Couarr. in relectione, c. quamuis, in 2. parte, §. 4. nu. 14. & ex aliis, quorum omnium fundamentum est in d. c. & in c. qualiter, eodem tit. dum ibi dicitur pacta esse seruanda, & custodienda, quasi id sit accipiendum, tam quo ad actionē, quā quo ad exceptionē, arg. l. statuas, ff. de acq. rer. dom.

Sed contraria sententia semper mihi magis placuit, quam amplexi fuere, Salicet. in l. legem, in 7. quęst. supra tit. nostro. Angelus Aretinus in §. in personam, in penultima, & vltima col. instit. de action. & alii citati ab eis,

B quos pro priore sententia retulimus, quibus addi potest Alciat. lib. 5. Paradox. cap. 3. etenim etiam prætor ait: *Pacta seruabo* vt in d. l. iurisgentium, §. prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ suadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum scilicet litium gratia, vt præclare Duarenus explicat ad tit. de pactis, ita iure canonico locum sibi vendicat, vti iure Cæsareo, cum & canones litium minuendarum sint etiam studiosissimi, c. finem litibus, de dolo, & contum. cum multis similibus. Quare inter ius canonicum & ciuile, discrimen illud haud quaquam statuēdum est sine canonis authoritate, vt notatur in c. 1. & 2. de oper. no. nunc.

Vtrum autē pactum nudum iuratum actionem producat, quæstio non parum est perplexa, siquidem, ab ea quæstione pendet, quæ inter doctores maxime controuersa est, an scilicet ex iuramento oriatur actio; qua de re nouissime late disputat Seraph. Senens. de priuileg. iu

C ram. priuil. 19. Ego quid sentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Existimo actionem non oriri ex iuramento, ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc sententia; quia specialiter constitutum est in liberto, vt si iureiurando operas patrono promiserit, obligatio contrahatur, l. vt iurisiurandi, ff. de oper. libert. quod & Caius notat lib. 2. instit. tit. 9. Quare in aliis personis secus statuendum erit. Quod cum ita iure ciuili constitutum sit, id obtinere debet etiam iure canonico, cum SS. Canonibus contrariū esse non appareat, iuxta reg. c. 1. & 2. de ope. no. nun.

Argumenta vero contrariæ opinionis hæc sunt. Primum, ex c. cum contingat, de iureiurand. in c. quamuis. de pact. lib. 6. & in Authent. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. quibus in locis dicitur, pactum confirmari iuramento, & seruandum & custodiendum esse iuramentum, quod frustra dici videretur, nisi actionem pareret, & obligationem. Respondeo. Nego consequentiam.

D Nam iuramentum confirmat quidem contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nascitur actio, sed non sequitur, ipsum per se solum iuramentum potēs esse ad producendam actionem.

Secundum argumentum est ex l. si quis maior, C. de transaction. dum ibi dicitur, agi posse ad pœnam, aduersus eum, qui contra transactionem, iuramento firmatā venerit. Nam cum ex transactione agi non possit, vt constat ex l. siue apud acta, C. eod. sequitur in ea specie actionem oriri ex iuramento. Respondeo. Actionem ibi ad pęnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem, sicut notat ibi Alciat. nu. 66. adde quod iuramentum in ea specie ad confirmandam transactionem fuit interpositum, non autem promissioni pęnæ adiectum.

Tertium argumentum est ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim consensus geminati, vt notat glo. in c. cum contingat, in verbo *Debens*, de iureiur. Pactū vero geminatum actionē parere videtur, arg. l. 1. §. debitū, ff. de

ff.de constituta pec.& l.vlt.C.ad legem Falc. Respódeo, negando eam esse efficaciam iuramenti, quicquid allegata glossa doceat, nullo.n.iure id probatur, vt animaduertit nouissime Seraph.de priu.iuram.priuil.89.& ante eũ Felyn in c.si cautio,num.39. de fide instrum. id nequaquam perpetuum esse dicit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum est ex c.vlt.de foro competẽti,lib.6.vbi iurans compellitur per censuram Ecclesiasticam ad iuramentum seruandum. Respondeo, ex hoc nó sequi actionem oriri, sed officium iudicis tantum.

Plura si quis scire cupiat, de hac materia, consulat Seraph. d.priuil.19. Zasi. in rubr.de verb.oblig. nu.12. Coras. ad l.admonendi, nu.12. ff.de iureiur. Couar. d.c. q̃nis,de pact,lib.6.par.1.rubricę,§.2.post nu.4.Cagnol.in d.l.si quis maior,nu.130. Alc.ibi.nu.64. Petr.Calefac.ad l.iurisgent. §.igitur nuda,nu.56. ff.de pact.Cuiacium in paratitlis Codicis, ad tit.de reb.creditis, & iureiur.

CAPVT CI.

Controuersia tres ad explicationem l.pactum quod dotali, C.de pact.

PActum quod dotali instrumento comprehensum est, vt si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre, hæres patri suo esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri, potuit auferre.

Tria in controuersiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem sit statuendum. Secundum. An consuetudine, vel statuto effici possit, vt pactum valeat. Tertiũ. An si pater intestatus decessisset, filia vigore pacti æqualiter cum fratre successisset.

Quod attinet ad primum, sunt qui affirmãt tale pactũ iuramento firmari, sunt qui negant, sunt denique qui dicunt, iuram. quidem tale pactum non firmari, sed tñ iurantem, qui illud non obseruat, esse periurum, vide Osascum decis. Pedem.100. Ant. Tessaurum decis. Pedem. C 225.Couar.in c.quãuis, in 2.par.in initio, nu.2.de pact. lib.6.Andr.Geyll,lib.2.Obseru.c.26.Seraph.priuil.20. doctores omnes in comment. huius loci.

Affirmantis sñiæ fundamentum est, quia iuram. solet contractus, & pactiones l.C.improbatas confirmare, vt patet ex d.c.quamuis, ea c.cum contingat, de iureiuran. Omne enim iuram.est seruandum,&c.vt in dictis locis.

Negantis vero sententiæ fundamentũ est, quia nó est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum, c.non est obligatorium, de reg.iur.lib.6. videtur autem esse, contra bonos mores tale pact.l.ex eo,C.de inutilib.stipular. l.stipulatio hoc modo, ff.de verb.oblig.

Tertiæ denique sententiæ fundamentũ est in aliquib. decisionibus, quib.constitutum est, ea quę cótra iuram. gesta sunt, valere, sed iurantem esse periurum. Vide glo. in c.vlt.in verbo reuocatus, de proc.lib.6. & in c.vltima volũtas,13.q.2.& text.in c.sicut ex litteris, de sponsalib.

D Mihi sñia, quæ negat, videtur esse probabilior, eo potissimum argum. quod pactis priuatorum, ẽt iuramento firmatis, iuri publico derogari non pót, c.si diligenti, de foro competenti. iure aũt publico ita constitutum est, vt & libera sit testam.factio, & solemnis, ꝙ quidem ius, priuatorum pactis mutari non pót, l.3.ff.de testam. Mutaretur autem, si huiuscemodi pacta valerent, quia & libera testandi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto consequeretur, citra vlla testamẽtorum solemnia, quæ omnia publico iuri aduersantur.

Non obstat ꝙ dicitur de vi, & efficacia iuramenti: Nã iuramentum temerarium, ac illicitum non obligat, c.sicut ex litteris, c.quemadmodum, c.quintaualllis, de iure iur. Videtur aũt esse hoc in casu temerarium, & illicitũ, vt patet; neque vero in allegatis locis pacta confirmãtur iuram. quæ iuri publico aduersentur, & bonis morib.

Quod attinet ad 1m̃. Consuetudine, vel statuto obtineri posse, vt eiusmodi pacta valeant, responderũt Bald. A in l.cum Archimedoram, C.vt in possess.legat. Alciat.& Dec.in d.l.pactum quod dotali, & alii ab Ant. Tessauro citati, d.decis.225. num.12. Quorum fundamentum est in c.1.§.filii nati, si de feudo fuerit controuersia inter dominum, & agnatum, ibi: *Nam quamuis ratione improbetur talis conditio vsu tamen admittitur.*

Huc accedat, ꝙ nemini dubium sit, statutum valere contra ius cõe, quia ius ciuile mutari potest, §.sed naturalia, inst.de iure nat.gent.& ciu. Similiter & consuetudo, l.de quib.ff.de legib. Quod si talis consuetudo, vel statutũ existat, quo pacto huiusmodi approbentur, non videbuntur esse amplius contra bonos mores, argum.l.item apud Labeonem, vers.Sed quod adiicitur, ibi: aduersus bonos mores ciuitatis, ff.de iniuriis.

Sed contrariam sñiam habuerunt Alex. & Ias. in d.l. pactum ꝙ dotali, nec non alii quidam, ab Ant. Tessauro commemorati, loco supradicto: quorũ illud est argum. quod talia pacta dicuntur esse contra bonos mores, con- B sequenter, si lege municipali, vel consuetudine approbentur, id iustitiæ repugnare videtur, lex autem debet esse iusta, c.erit autem lex, 1.dist.

Ego puto hanc rem pendere ab ea quæstione, Vtrum Consuetudo contra ius scriptum valeat. Nam valere indicat text.in l.de quibus, ff.de legib. Non valere probat l.2.C.quæ sit longa consuetudo.

A priori sñiæ facit Duarenus in comment. ad tit. de legib. c.12. & alibi. A posteriori Connan.lib.1. Comm. Iur.c.10.& Cuiacius ad lib.2.de feudis, in principio.

Ego sane sic statuo, si statutũ ex iusta cã pro vtilitate loci, & cõmoditate talia pacta recipiat, illud proculdubio valere, & seruãdum esse. Constat. n. leges Municipales, quæ statuta appellantur, non raro iuri cõi aduersari, l.oẽs populi, ff.de iust.& iu. De consuetudine vero idem statuo, si sit rõnabilis, & legitimè præscripta, authoritate Greg.IX. in c.vlt.de consuet. ita dicentis: *Licet etiã longeuæ consuetudinis nõ sit vilis authoritas, non tamen est vs-* C *que adeo valitura, vt vel iuri positiuo debeat præiudicium generare, nisi fuerit rationabilis, & legitimè præscripta.*

Ad tertium ꝙ attinet. Non pauci neque obscuri nominis Iurisconsulti censuerunt, filiam ęqualiter successurã patri, intestato morienti vna cum fratre, in specie huius legis, eo argum. quod patris voluntas inter liberos sit seruanda, quoque modo de ea constet, siue ex testamentis, siue codicillis, siue per Epist. siue per alium quemcunq; modum, l.vlt.C.familiæ herciscundæ. Hoc autem in casu constare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Imperatoris Nouella 19. titu.de pact.patern.quæ talia pacta paterna veluti iusta, & inter liberos ęqualitatem inducẽtia approbat & laudat, nec à patre reuocari posse statuit; ita docent Alex. & Ias. in d. l.pactum ꝙ dotali, & alii quos refert, & sequitur decis. Pedemont. supradicta, Anton. Thessau.225.

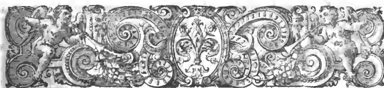
Sed mihi contraria sententia longe probabilior videtur, quam secuti sunt Castrens. & Dec. in d.l.pactum ꝙ D dotali, necnon Vasquius alios commemorans, de Successionum progressu, lib.2.§.18. nu.193.

Moueor authoritate d.l.pactũ quod dotali, vbi dicitur, tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare posset, certe obligationem tale pactum induceret.

Nec obstat l.vlt.C.famil.hercis. quia fateor seruãdam esse patris uoluntatem in liberos, si modo de eo constet, iis modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto datur, a lege prorsus reprobatur, l.hæreditas, C.de pact.conuent. Codicillos vero, epistolas, schedulas, & similes modos, quibus de patris voluntate constare potest, lex non reprobat.

Porrò, quod attinet ad Leonis Imperatoris Nouellã, illa sufficere potest responsio, quod iuri nostro, & Codici Iustinianeo inserta non sit, ac proinde legis uim non habeat, immo vero, cum sit contraria d.l. pactum quod dotali, nulla prorsus eius ratio habenda esse videtur.

AN-



ANDREAE FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS. CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER TERTIVS.



CAPVT PRIMVM.

Ad interpretationem l. si curatorem habens, C. de in integrum restitut. Controuersia vna.



I curatorem habens minor quinque & viginti annis, post pupillarem ætatem rem vendidisti, hunc contractum seruari non oportet. Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui à Prætore curatore dato bonis interdictum est; Si verò sine curatore constitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si nondum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis. hactenus Diocletianus & Maximianus. A

Hic illud controuertitur, quomodo sit accipiendum, quod in tex. habetur; minorem curatore carentem res vendere posse. Et vt mihi videtur, inter omnes cõstat, de immobilibus accipiendum non esse; quoniam absq; B decreto iudicis alienari non possunt, ut patet ex l. non solum, ex l. si minorum, ex l. si prædium, ex l. si ad resoluendum, C. de prædijs minorum ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis impetrauer. & in l. penul. eod. ti. & in l. 2. C. quando decreto opus non est, & ex alijs argumentis, quę prolixè affert Vasquius de successionum creatione, lib. 1. tit. de testandi poten §. 10. num. 73. Roland. à Valle, in consi. 54. lib. 2. Octauius Simoncellus de decretis, ti. 8. inspect. 2. qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum, in §. nunc admonendi, in Insti. quibus aliena. licet vel non, tanquam contrariæ sententiæ authores, cum priorem sententiam amplectantur, licet Aretinus dixerit verba textus contrarium innuere, ibi videlicet, *res vendidisti* quæ verba sunt generalia, & tam de C immobilibus, quàm de mobilibus accipi possunt, quod & Franciscus de Caldas dixit in commentario d. l. si curatorem habens, sequens tamen sententiam superiorem in verbo, res, nu. 2.

Illud igitur est controuersum, an intelligenda sint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ seruando seruari possunt.

Affirmantem sententiam secuti sunt Aretin. Faber & Rimin. in d. §. ad monendi, & Franc. de Caldas loco proximè citato, in fine.

Negantem verò Simon. & Vasquius locis annotat. ille nu. 21. iste nu. 74.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia res tantum immobiles alienari prohibentur absque decreto: res verò mobiles neqnaquam; immò alienari posse argumẽto est lex ista: Si enim de immobilibus intelligenda nõ est, ut saltem de mobilibus intelligatur, necesse est.

Posterioris autem sententiæ argumentum potissimũ est in l. lex quæ tutores, C. de administrat. tut. vbi etiam mobilia preciosa, & quæ seruari possunt, alienari à tutoribus & curatoribus prohibentur absque decreto.

Respondet Riminaldus, eam legem non loqui de ipso minore adulto qui alienauit, sed de tutore & curatore alienantis absque decreto.

Sed, vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet, circa rerũ suarum alienationem, quam curator eius, cum curatorem habet. Et cum ipse minor vna cum curatore alienare non possit tales res mobiles absque decreto, absurdum est existimare, eum solum, curatore carentem, posse. Nisi aliud magis etiam absurdum dixeris; nempe curatorem solum alienare non posse, vna cum adulto posse, quasi ipsius adulti curatorem habentis, qui non est absimilis ei, cui bonis interdictum est, in alienatione talium rerum magna sit habenda ratio.

Posteriorem igitur sententiam lubens amplector, priorem vero non vero niti fundamento, magis est ut opiner.

CAPVT II.

Vtrum minor authore tutore alienare possit absque decreto iudicis possessionem rei immobilis.

SVnt complures magni nominis doctores, qui minorem anthoritate tutoris interueniẽte alienare posse crediderunt, possessionem nudam rerum immobilium absque decreto iudicis. ita enim docuerunt Batt. in

in l.2.§.si a pupillo,ff.pro emptore. Alex.in l. possessionē pupillus,nu.3.ff.de acq.possess. Tiraq. de leeib. connub. glos. 5.nu.170.Pet.de Rauenna,sing.541. Tu scis. Ias.in l.1.§.si vir vxori,nu.14.ff de acquir.possess.

Quibus adstipulatur primò quòd non dicitur alienare,qui possessionem amittit,l.non alienat,ff.de reg. iur.

Secundò tex.à contrario sensu in l.possessionem pupillum.ff.de acq poss.nam cum dicat,possessionem pupillū amittere nō posse sine tutoris authoritate, a cōtrario seu sū innuit, cum tutoris authoritate posse.

Tertiò adstipulatur tex.in l.2.§.si à pupillo,ff.pro emptore,vbi si à pupillo emero sine tutoris authoritate, quē puberem esse putem,vsucapio sequitur. Consequēter in emptorem possessio transfertur,quia sine possessione vsucapio non procedit. Debet autem argumentum sumi,in telligendo text. vt vbi per glo.nempe,pupillum eum authoritate tutoris tradidisse rem venditam,licet absq;authoritate vendiderit.

Sed istis non obstantibus,contrariam sententiam veriorem esse iudico,quam secuti sunt Bart.in l.creditores, nu.5.C.de pignor. Hyppol. Rimin.in §.1.nu.38. Inst.qui bus alien licet vel non. Simonc.de decret.par.2.insp.8.

Probatur hæc sententia satis luculenter ex l.magis pu to,§ 1.ff.de reb.eor.qui sub tutela vel cura sunt,vbi I.C. *Si Pupillus fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto nec nunc alienare tutores posse.* Hic nō alienatur fundus,sed poss ssio fundi, & tamen alienari non potest.

Quod vero dicitur,cum non alienate , qui possessionē omittit,nihil obstat:quia aliud est possessionem omittere,aliud in alium transferre. Is enim,qui occasione acqui rendi non vtitur,non intelligitur alienare,vt in l.alienationis,28.ff de uerb. sig. & ideo ait lex duntaxat *omittit*. Non etiam ad alium transfert,vt optimè adnotauit eruditissimus Petrus Faber, in commentatijs ad d. regul. non alienat.

Argumentum autem a contrario sensu ex d.l. possessionem pupillum,nihil mouet:quia ita sumi potest,vt nimirum cū authoritate tutoris possessionem pupillus trāsferre possit,scilicet adhibitis alijs solemnibus,nempe iudicis decreto,& causa iusta. Sic & in l.1.ff.quæ res pignori obl.non possūt,textus dicit. Pupillū sine authoritate tutoris hypothecam dare non posse, & tamen nec cum tutoris authoritate potest sine decreto iudicis,vt optimè ibi not gloss.

Denique illa glossæ expositio in d.§.si a pupillo, mera diuinatio,est,& ex errore facti procedit in ea specie vsucaptor,& possessionis acquisitio.

CAPVT III.

Vtrum minor absque decreto & alijs solemnibus,rem immobilem alienare possit,si ea aliena tio vtilis sit.

NOn desunt magni nominis Doctores, qui aliena tionem a minore factam absque decreto,ob vtilitatem valere contendant,quos recenset copiosè Titraquel.de legibus Connubialibus glo.8.nu.68.q.8. Simoncel.de decretis,par.2.inspect.17.

Eorum vero argumenta hæc sunt. Primum est ex l.cū hoc.§.eam transactionem,ff.de transact.io,vbi,is cui reli cta sunt alimenta , transigere potest absque decreto Prætoris,si ei sit vtilis transactio.

Secundo est ex eo, quod & sententia secundum minorem,licet indefensum,lata,valet; licet contra eum lata, non valet,l.non ideo minus , C. de procurat.

Tertium est ex l.vlt.ff.de iure dotium,vbi valet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum est illud,quia ubi minor suam cōditionem meliorem facit,& locupletior ex contractu efficitur, obligatur l.si pupill.ff de neg.gestis,l.cui bonis,ff.de nouat: tion.l.pupillus,§.1.ff.de authur.tutor.

Quintum argumentum est , quia decretum & cætera solemnia ideo adhibentur, ut minorum vtilitati sit consultum , & vbi adhibentur , contractus præsumitur esse in vtilitatem pupilli & minoris,cum ergo clarum sit, cō tractum esse vtilem,non videtur opus esse decreto , quia in claris non est opus coniecturis.

Cæterum hanc sententiam impugnarunt multi, quos commemorat Simoncellus loco annotato, & manifestè fallam esse conuincit tex.in l.magis puto,§.si æs alienū, ff.de rebus eorum, *Si æs alienum non interueniat, ait text. tutores tamen allegent, expedire hæc prædia uendi, & alia comparari,uel certè istis carere. Videndum est an Prætor eis debeat permittere & magis est,ne possit. Prætori enim nō liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares,sed ita demum si æs alienum immineat.* Concordat tex.in l ob æs,C.de præd.minor, quem tex.perperam interpretatur Alc.lib.4. Dispunct.c.5. Multum etiam facit ab hac sententia text.in l.si fundus sterilis,ff.eo.tit.

Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam ad §.eam transactionem, clara est responsio, quia eam tantum transactionem oratio improbat, quæ iccirco fit,ut pecuniam sperat sentatam alimentarius con sumat. Quare si non ex transactione eam consumat , sed potius meliorem suam causam reddat, transactio non im probatur. At hic improbatur alienatio,etiam utilis & fructuosa pupillo,& tantum illa permittitur,quæ fit æris alieni dissoluendi gratia.

Ad secundum respondeo,sententiam valere pro minore latam,quia non ob aliam causam ei curatorem dari lex voluit,quam ut defenderetur,ne causam amitteret. Quare cum uictor est,merito sententia ualet, quia cessat ratio legis. Nec quod fauore introductum est , in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem,ex l. vlt ff. de iure dotium respondeo,feudum dotalem ibi alienari, vt creditoribus satisfiat,quod & in fundo pupillari facilè reciperetur.

Ad quartum,concedo,pupillum obligari,quatenus ex contractu locupletior efficitur ; sed hic non agitur de obligatione minoris,sed de rei alienatione,quæ hoc in casu permissa non est.

Ad quintum respondeo,alienandi facultatem eo dūtaxat casu esse permissam, quo æs alienum vrgeat , unde ea causa cessante non valet etiam cum decreto Prætoris.

CAPVT IIII.

Vtrum minori in integrum restitutio concedenda sit ob læsionem non enormem, sed non minimam tamen.

SFortia Oddus in tract.de integ. restitut. controuersiam banc quæstionem tractat in 1.par.q.4.art.1 x.& copiosè omnium Doctorum sententias refert,quorum aliqui restitutioni locum esse propter modicam læsionem,non tamen minimam,dixerunt, aliqui negarūt, aliqui vero inter quos est & ipse Oddus, hanc rem arbitrio iudicis definiendam putarunt.

Et sanè ut mihi uidetur,hac de re clara legis definitio non est in promptu. Etenim sunt leges, quæ damnum grande,siue enorme requirunt , vt proinde argumento sint,mediocre damnum non sufficere,vt in l.penult.ff.de minor.in l.si ex causa,ff.eo.in l.1.C.si aduersus vendit.pignoi. quanquam ex duabus posterioribus, quia in speciali casu loquuntur, contrarium aliqui argumentū sumant. Sunt leges,quæ propter minimæ quantitatem restitutio nē negant,ut in l.scio,ff.de integr.restit vt proinde argu mētari liceat esse concedendā vbi læsio non est minima.

De mediocri læsione & damno plenè nulla expressa lex. Ego tamen in eam sententiam sum procliuior , quæ restitutioni fauet propter modicā seu mediocrē aliquam læsionem,authoritate l.minorib.6. ff. de minorib. *Minoribus*, inquit, *uigintiquinque annis subuenitur per in integrum*

grum restitutionem, non ſolum cum de bonis eorum aliquid minuitur, ſed etiam cum morſit ipſorum litibus & ſumptibus non vexari.

Secūdo authoritate l.8.ff.eo.ti.ibi: *Dum elegit deteriorem:* Item ibi: *Et pretioſiorem dederit,* quibus ſane verbis oſtenditur minorē eſſe reſtituendum, ſi elegerit rem deteriorem, vel ſi preciofiorem dederit, quibus in caſib. fieri poteſt, vt non magna contingat læſio.

Tertio authoritate l.patri, §.tiēex diuerſo, ff.eo.ti. vbi pater minorem reſtitui, ſi rem minore pretio, quē oportuit, vendiderit. Nec diſtinguit lex an magna fuerit læſio vel modica circa pretium.

Ad leges, quæ requirunt grande damnum, reſpondeti poteſt, eas loqui de venditione facta in caſibus à lege non prohibitis, ſed permiſſis, puta de venditione pignoris, merito tunc grandis læſio requiritur, vt in integrum reſtituatur minor. Hæc mea eſt de re perquam obſcura ac difficili coniectura ac ſententia.

CAPVT V.

Minor viginti quinque annis iuriſperitus ſi ex contractu læſus fuerit, vtrum in integrum reſtitui poſſit.

Communior eſt doctorum ſententia; minorem quinque & viginti annis iuriſperitum ex contractu læſum, in integrum reſtitutionem poſtulare non poſſe, ſicuti authoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus, de reſtitut. in integrum par.1.quæſt.23.art.7.

Argumenta ſunt iſta. Primum, talis doctor reſtitutionem petens turpitudinem ſuam allegaret: turpe eſt enim in iure verſantis ius ignorare, l.2.§.Quintus Mutius, ff.de orig. iuris.

Secundum, quia iuriſprudentia eſt diuinarum atque humanarum rerum notitia, l.iuſtitia, §.iuriſprudentia, ff.de iuſt.& iu. Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atque humanarum notitiam profitetur, ſe læſum eſſe, ac proinde reſtituendum allegare poterit?

Tertium argumentum eſt ex l.regula, §.ſed iuris, ff. de iuris & facti ignor. ibi: *vel ſua prudentia inſtructus ſit, &c.* Itaque profeſſio hoc in caſu, & petitio repugnare inuicem videntur, vt ſibi dicit tex. in l.profeſſio, C.de munerib. patrim. lib.10. Et hic ſcientia ætatem ſuppleт, l.3.C.ſi minor ſe maiorem dixerit. Quare, vt ex Cicerone & aliis conſtat, olim iuriſperiti non ſolum de iure, ſed etiam de filia col ocanda, de agro emendo, ac de omni alio negocio & officio conſulebantur.

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam probabiliorem ac iuri magis conſonam exiſtimo, quam & nouiſſime defendit Franc. Sarmētius lib.3. ſelect. interpret. cap.12.

Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex l.1. C. qui, & aduerſus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiam ſi quis dil.gēs paterfamilias ſit, actibuſque publicis ita ſe induſtrium probauerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit, tamen ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur reſtituendum eſſe: *In conſilio quidem cognoſcentis,* inquit, *de reſtitutione in integrum eſſe oportet, & eum is, qui ſe minorem annis læſum eſſe dicit, diligens pater familias fuerit actibuſq, publicis induſtrium ſe docuerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit. Verum ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur, propter hoc ſolum, velut præſcriptione à ſolito auxilio remoueri non debet, ſcilicet, quod vrgentibus patriæ neceſſitatibus decurio minor annis creatus ſit.* Hactenus ille. Ad eandem ſententiam alludit Vlpiani verba, in l.1 ff. de minoribus, ibi: *Neque enim committi res ſua adminiſtratio eis debebit, quamuis bene rem ſuam gerentibus, &c.*

Sic ergo, licet veriſimile non ſit, talem minorem propter iuris peritiam contrahentem circumueniri, tñ ſi cir-

A cumuentus appareat, reſtituendus erit in integrum.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia aliud eſt ſcientia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex Iuriſconſultorū libris, ſed ex vſu & experientia comparari poteſt. Nec enim iuriſprudentia eſt rerum humanarum ſcientia, de qua agitur. Neque vero crediderim olim tales Iuriſconſultos de omni negocio & officio reſpondiſſe, qui nondum annos perfectæ ætatis compleuiſſent.

CAPVT VI.

Iuramentum an repetitum cenſeatur, prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum.

Si debitori, qui iurauit ſe ad certum tempus ſoluturum, tempus prorogetur, an ipſum etiam iuramentum repetitum videatur, controuerſi iuris eſt.

B Et quidem repetitum cenſeri teſponderant Bald. in c.cū venerabilem, col.penul. de elect. Bartolus licet ſub obſcure in l.cū ſtipulatus ſim mihi Proculo, ff.de verb. oblig.& in l.a.§.& poſt operis, & ibid. Alex.col.3.& Iaſ. num.8. Cagnol. in l.lecta, nu.26.ff.ſi cert.petat. Felyn. in c.1.col.2. verſ. vtrum autem creditor, de iureiur. Capella Tholoſana decif 181. Boer. decif. 184. nu.11. nouiſſimè Seraphinus Senenſis de priuilegiis iuramenti, priuil.22. nu.88. Couar. in rub.de pactis, in princ. poſt nu 6 verſ. quinto, vt difficultatem. Non ignoro alios ab Antonio Gabrielio citari, commu. concl.ti. de dilationib. concl.2. num.11. Sed ij loquuntur in alia ſpecie, de qua dicam in ſequenti capite.

Argumenta huius ſententiæ hæc ſunt. Primum eſt ex communi quadam regula. Prorogationem factam cēſeri cum eiſdem qualitatibus, quas habet prior obligatio l.lecta, ff.ſi cert.pet. l.ſed ex ſi manente, ff.de precario.

Secundum argumentum eſt l.item quæritur, §.qui impleto, ff.locati, vbi reconductio facta uidetur cum eiſdē

C obligationibus. Sic enim ait textus. *Qui impleto tempore conductionis, remanſit in conductione, non ſolum reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio, &c.*

Tertium argumentum ſumitur ex doctrina Innocentij, in c.præterea requiſiuiſti, de appellatio. vbi tradit præcepto debitori facto, ut ad certum tempus ſoluat ſub pœna excommunicationis, ſi prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam cenſeri ſub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam ſentētiam ſecuti ſunt Decius in c.de cauſis, poſt nu.7.de officio deleg. Cardinalis in Clem.1 §.nos itaque, q.3. de iureiur. Berous q.100. ad finem. Eiuſdem ſententiæ commemorantur Iaſon in l.lecta, ff.ſi cert.petat. & Catellianus Cotta in memorabilibus, in verbo, iuramentum interpoſitum, qui tamen parum ab hac ſententia facere videntur.

D Fundamentum vero eſt in c.penult.de iureiur. *Clericus,* (inquit Gregorius) *qui iurauit ſe ſtatuta in Eccleſia ſua edita ſeruaturum, promittens per idem iuramentū ſtatutum, quod poſtmodum ſecutum eſt, fideliter obſeruare, licet tranſgreds non debuerat, quod promiſit, non tenetur ad illius obſeruantiam ex debito præſtiti iuramenti.*

Ego priorem ſententiam veriorem eſſe cenſeo. Nam quod Gregorius ſtatuit in d.c.pen. ad hanc ſpeciem non pertinet, ſed ad eam, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouam, & diuerſam rem. Aliud eſt enim ſtatutum iam editum, aliud poſtea ſecutum. Quare iuramētum præſtitum de ſeruandis ſtatutis iam editis, extendi non poteſt ad ſtatuta poſtea edita, que ſunt diuerſa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæſtione noſtra licet terminus ſolutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, ſed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita cenſeo.

N CA-

imputet, nec dicat absurdum esse, q; ab alia excludatur.

Altera est controuersia, vtrum certi condictio competat ad interesse. Affirmant competere Bart. & glos. hoc in loco, Castr. nu. 8. Alex. nu. 16. Socin. nu. 25.

Quorum illud est fundamentum, quòd certi condictio ex lege Aquilia competat, & sic ad damni emendationem, quod nihil aliud esse videtur, quã interesse damnum passi.

Sed contraria sententia videtur mihi verissima, quam eodem in loco secuti sunt Cuma. Fulgos. Alber. Ias. Dec. Alciat. & Zas.

Probatur eo argumento, quia ad id, quod interest, incerti condictio competit, vt patet ex l. vlt. ff. si quis in ius vocatus, nõ ierit, & ex l. 3. ibi, incertæ actionis, C. de inutil. stipul. si competit incerti condictio, ergo non certi.

Nec obstat quòd ex lege Aquilia competere dicatur: quia intelligitur, si certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni causa, ex qua certum petitur, certum autem dicitur, quod apparet, quid, quale, & quantum sit, l. certum, ff eo. ti. Interesse autem incertum est, vt ex probationibus testium, quid, & quantum sit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione instituta comprehendi non possit.

Sed nec illa est prætermittenda controuersia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc est, inter doctores Gallos & Italos, vtrum scilicet pro mutuo competat certi condictio specialis; nam Barto. affirmat, quem cæteri doctores Citramontani sequuntur, in comment. d. l. certi condictio. Sed Petr. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, qb. & Zasius adstipulatur, negãt.

Ego Italus, Italorum sententiam probo. Primò ex §. 2. in institutionib. Quibus modis re contrahitur obligatio. *Ex eo contractu*, inquit, *mutui, nascitur actio, quæ vocatur certi condictio*.

Secundò ex §. sequens, in inst. de actio. ibi: *Earum verò actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipula um pecuniam petit actor*, &c. Illa verba, *quibus mutuam pecuniam*, &c. indicant plures actiones pro mutuo dari, & sic nõ solum generalem, sed etiam specialem certi condictionem.

Tertiò ex l. 1. ff de condictio. triticar. ibi: *Qui certã pecuniam numeratã petit, illa actione vtitur, si certũ petetur*.

Quartò mutuum contrahitur ijsdem modis, quibus indebitum, §. 2. in instit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Curacius lib. 8 Obseru. capit. 34. Sed pro indebito competit specialis actio, scilicet, condictio indebiti, ergo & pro mutuo.

Quintò. Contractus nominati actionem specialem pariunt, veluti ex empto, locato & similibus, l. iuris gentium, ff. de pact. Sed mutuũ est cõtractus noĩatus, ergo.

Sextò. Ex stipulatione oritur certi condictio specialis, vt in instit. de verb. obl. i prin. ergo similiter & ex mutuo.

Septimò probatur ex l. qui mandatũ suscepit, ff. mandati. vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere, ergo plures sunt actiones, non vna tantum pro mutuo.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis, quorũ primum est illud, quod agens condictione ex mutuo speciali, eodem modo concludere debeat, quo ageret condictione generali, ergo vnica tantum actio competit. Respondeo, ambas actiones ad eundem finem tendere, & hoc in argumento probari, sed quò minus ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum. Si certi condictio specialis pro mutuo competeret, & simul etiam generalis, nulla esset ratio, cur etiam pro alijs cõtractibus nominatis cõpetere non deberet. Sed pro alijs non cõpetit, ergo nec pro mutuo. Respondeo, alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione speciali, mutuum verò certa cõdictione speciali à legib.

A adiuuatur, quemadmodum & stipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum. Cum certi condictio generaliter detur præ omnibus contractibus, in quibus certum petitur, frustra exigitur specialis pro mutuo. Respõdeo, non frustra, quia nostra interest, plures actiones habere, & constat non frustra specialem hypothecam eum habere, qui & generalem habet. Sed de scholastica quæstione, hactenus.

CAPVT XCI.

Vtrum difficultas excuset debitorem à mora.

Difficultatem soluendi non excusare quantitatis debitorem a mora, existimarunt Bart. in l. quod te, nu. 14. ff. si certum petat. Bald. Ang. & Alex. sequentib. argumentis. Primum est ex l. continuus §. illud, ff. de verb. obli. ibi: *Et generaliter causa difficultatis ad in-*

B *commodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*, &c.

Secundum est ex l. incendium, C. si certum pet. *Incendiumære alieno non liberat debitorem*.

Tertium. Qui non potest soluere, nisi cedat bonis, in carcerem conijcitur, l. 1. C. qui bonis cedere possunt. Sed nemo in carcerẽ conijcitur, nisi sit in mora, argumẽto l. 3. §. tutores, ff. de suspectis tutor. Ergo difficultas nõ excusat à mora.

Quartum est ex l. mora, § bonæ fidei, ff. de vsuris. vbi filiusfamilias est in mora, qui tamẽ eo tempore nihil habebat, præter bona castrensia vel quasi.

Quintum ex l. ad diem. ff. de verb. obli. ibi. *Committetur pœna, licet non sit hæreditas eius adita*.

Sextum ex l. vlt. ff. de Nautico fœnore. ibi. *Tamen committi perinde pœna potest, ac si fuisset hæres debitoris*.

Sed contrariam sententiam secuti sunt antiqui doctores, quorum Bart. mentionem facit, quib. Paul. Cast.

C Salic. Fulgos. Roman. Aret. Dec. Curt. & Cagnol. in d. l. quod te, nu. 109. adstipulantur, & ipse hoc in loco etiam adstipulor.

Probatur primo hæc sententia ex moræ definitione, quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem nõ soluit, sic enim describi solet, teste Ripa, in d. l. *quod te*. *Mora est debiti soluendi, vel crediti recipiendi improbata dilatio*. vel sic: *Mora est delictum in debito soluendo, vel recipiendo commissum*.

Secũdo, difficultas excusat à culpa, l. si procuratorem, §. si ignorantes, ff. mandati. ergo & à mora, quia sine culpa mora non pcommittitur, l. sciendum, ff de vsur.

Tertiò. Probatur ex l. Thais, §. 1. ff. de fideicõmissarijs liber. ibi: *Non quidem imputandum hæredi, si pro commoditatib. rei suæ administrãdæ as alienũ tardius soluerit*, &c.

Quartò ex l. diuortio, ff. de negotijs gestis ibi: *Non enim è vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxerit, ad pecuniam redigendam*, &c.

D Postremò probatur ex l. dario, §. si per venditorem, ff. de actio. empti. ibi: *Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat*.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo. Quod dicitur in dicto §. illud, ad moram de qua agitur, ob difficultatem excusandam non pertinere, sed ad obligationem ipsam debitoris, quæ inducitur, tamet si debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit, *pertinere ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris*. Is enim actionẽ habet contra promissorem, qui difficultate non obstante, eidem est obligatus.

Ad secundum eadem responsio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & sic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium respondeo, debitorem, qui non soluit ob difficultatem, non ideo excusari, quo minus in carcerem conijciatur, & soluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum est, difficultas non liberat debitorẽ, nec eũ excusat

sat, quò minus soluere teneatur, sed non sequitur talem A debitorem, quoad alios iuris effectus, qui ex mora descendunt, ab ipsa mora non excusati propter difficultatem.

Ad quartum respondeo, filiumfamilias eo tempore bona castrensia, & quasi habuisse, & alia etiam in certis casibus.

Ad quintum, & ad vltimum respondeo, leges in argumentis allatas loqui specialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna est adiecta, ac proinde, stricto iure censentur, ita vt rei difficultas à pęna minimè excuset.

CAPVT XCII.

Vtrum depositum, quod doctores nostri vocant confessionatum, eodem iure censeri debeat, quo verum & reale depositum.

IN deposito multa sunt singulariter constituta, sicuti constat ex l. si quis, & ex lege vltima, & ex alijs legibus, C. depositi. Sed vtrū hæc singularia locum ha- B beant in deposito, quod vocatur à Doctoribus, confessionatum, cum scilicet quis fatetur ex causa depositi, se rem debere, vel pecuniam, licet vel non acceperit, vel ex alia causa acceperit, non est eadem omnium sententia.

Negant enim locum habere Bald. in cons. 384. li. 1. Socin. sen. in cons. 143. lib. 1. Boer. decis. 295. nu. 8. Quorum illud est præcipuum argu. quod non videtur verum depositum, nec leges de tali deposito loquūtur, sed de vero & reali deposito, ut patet ex d. l. si quis, C. depositi. *Si quis pecuniam, vel aliam rem*, inquit, *per depositionis titulum accepit*, &c. Illud verbum, (*accepit*,) significat veram & realem traditionem, seu numerationem factam.

Hucaccedat, quod & in dote respondit glos. in l. assiduis, C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo, datæ. Nempe, priuilegia dotis locum habere in dote data tantum, non in alia; & denique, depositum verum executionem paratam habere dicitur, vt patet ex d. l. si quis, in illis verbis: *Illicò modis omnibus compellatur*, &c. Tale C aūt depositum, de quo agimus, sola confessione debitoris nititur, quæ quidem extra iudiciū facta, paratam non habet executionē, l. certū, §. si quis absente, ff. de confessis.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam secuti sunt Paul. Cast. in cons. 170. lib. 2. Ang. Aretin. in §. præterea, in Inst. quibus modis re contrahitur obligatio. & alij, quos refert & sequitur Rolan. à Valle, in consil. 27. libro 1.

Probatur hæc sententia. Primum, argumento sumpto ex l. in contractibus, §. 1. C. de non numerata pecun. vbi dicitur. Exceptionem non numeratæ pecuniæ locum nō habere, in instrumentis depositarum rerum. Sunt autem talia instrumenta cōfessionum, in quibus scilicet, aliquis se ex causa depositi, debitorem esse fatetur, & sic in tali deposito idem cōstitutū est, quod in vero & reali deposito.

Probatur secundò. Nam & in deposito irregulari, ut vocant, cum scilicet conuenit, vt non idem, sed tantundem restituatur, seruatur tamen idem iuris, quod in ve- D ro deposito, quantum ad vsurarum præstationem, vt in l. Lucius, 24. & in l. seq. § 1. ff. depositi.

Denique probatur ex communi sententia doctorum, à similij nam priuilegia dotis locum habere, etiam in dote confessata, (ita enim placet vocabulis Scholasticorum vti, quoties eadem à nobis doceri videatur, non autem diuersa) vbi lapsum est tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, vel renunciatum est tali exceptioni, communi sententia receptum est. vide Bart. & alios doctores, in d. l. assiduis, Afflict. dec. 4. 2. Couar. lib. 1. varia. resol. c. 7. ergo & in deposito idem esse statuendum, vt, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non potest.

Ad primum atq. contrariæ sententiæ respondeo. Probari ex confessione ipsius depositarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuisse, si præsupponatur, non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi non posse: nā confessio probat contra confitentem, l. pecuniæ, C. de solut. Alex. in consil. 25. lib. 2. & alij à Rolan. citat. d. consil. 17. num. 9. lib. 1.

Ad secundum respondeo, glossam illam communiter reprobari, vt dictum est.

Ad tertium respondeo, hic non agi de simplici confessione, sed de confessione ex causa depositi, cum scilicet quis fatetur se accepisse rem ex causa depositi confessio probat depositum intercessisse. Depositum vero executionem paratam habet, ut scilicet depositarius illicò modis omnibus rem reddere compellatur. Itaque hunc effectū non producit confessio, sed confessionis causa, nempè, depositum. vnde argumentum cessat.

CAPVT XCIII.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum vel alterius, censeatur etiam illud habere ad pretium accipiendum rei vel locatæ.

EVm qui mandatum habet ad vendendum, vel locādum rem alterius, non habere in consequentiam ad recipiendum rei venditæ, vel locatæ, respondit Ludouicus Roma. sing. 23. & in cons. 461. authoritate. l. 1. §. igitur præpositio, ff. de exercit. actio. vbi tex. dicit, Præpositum à magistro nauis ad locandam nauem, exigere nō posse vecturas.

Secundò, ex l. sed si tantum, & ex hoc iure vtimur, ff. de solut. quibus in locis dicitur, procuratorem constitutum ad agendum, pecuniam debitam exigere non posse.

Tertiò, ex c. Nicolao, de appellatio. vbi dicitur, procuratorem constitutum ad impetrandum iudicem, litem instituere non posse, cum tamen illud sit præparatorium litis, vt vulgò loquimur.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam secuti sunt Bart. in l. filiæ, ff. de solut. Decius in consi. 330. C num. 3. Benuenutus Stracca, de mercatura, tit. de mandato, num. 3.

Probatur hæc sententia ex l. quod seruus. ff. de solut. in illis verbis: *Sed etsi quis pecuniam dominicā fœneratus esset à seruo si permissu domini seruus negotium dominicum gessisset, idem iuris est. Videtur enim voluntate eius qui cum seruo negotium contraherent, & ab eo accipere, & ei soluere.*

Respondet Rom. Iurisc. loqui de procuratore generali, qui administrationi alicuius rei generaliter præfectus est, veluti peculij dominici: is enim omnia expedire pōt quæ dn̄s, & sic mutuare, vendere, pretium accipere, & alia facere, quæ ad talem administrationem pertinent. Secus in procuratore specialiter dato ad aliquā rem vendendam, vel locandam. Non rectè: quia hæc responsio congruit primæ parti legis, non aūt secundæ, quæ in argumēto affertur. Prioris partis verba hæc sunt: *Quòd seruus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset, ad fineuenisset, sine manumissus esset, rectè solui potest.* Hæc verba pertinent ad D seruum habētem generalem peculij administrationem. Sequentia aūt pertinent ad seruū particulari negociationi præpositū. *Sed etsi*, inquit, *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus esset, si permissu domini*, (Vides negociationem peculiarem esse fœnerandi pecuniam) *Seruus negotium dominicum gessisset, idem iuris est*, &c.

Ad primum argumentum Ludouici Romani respondeo, Iurisc. in d. l. 1. §. igitur præpositio, loqui de seruo pręposito ad locandum tantum, non ad exigendum, vt patet ex uerbis legis. ibi: *Vel si ad locandum tantum, non ad exigendum*, &c.

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui de procuratore dato ad lites, cui rectè solui non potest, quia iudicati actionem non habet. vnde, & in legibus allegatis dicitur absurdum esse et, antequam iudicatum sit solui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium respondeo. Textum in d. cap. Nicolao, loqui de rebus ac negotijs separatis ac diuersis, nec se

inuicem conſequentibus, aut connexis. Aliud eſt enim iudicem impetrare. Aliud vero litem inſtituere, quãuis impetratio iudicis viam aperiat ad litis inſtitutionem. Ita etiam dicimus, Vicarium Epiſcopi ex mandato reſignationem beneficij recipere poſſe, non tamen ex eo beneficium conferre poſſe, quamuis reſignatio viam collationi muniat. vide Fely. in c. cauſam quę, nu. 7. de ſententia & re iudicata. At in quæſtione noſtra negotia ſunt connexa, & ſe inuicem contingentia & conſequentia. Nam venditio fit certo pretio conuento, ſimiliter & locatio. Quare, ſi mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de pretio conuenias, & illud accipias nomine meo.

CAPVT XCIV.

De ſocietate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & induſtriam, vtrum pecunia videatur eſſe communicata, atque ideo finita ſocietate, diuidenda ſit.

CVm ea cõtrahitur ſocietas, in quam alter pecuniã, alter vero operam & induſtriam confert, controuerſi iuris eſt, vtrum finita ſocietate, pecunia ſit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam exiſtimarunt Accurſ. Bar. & Alber. ad l. 1. C. pro ſocio, necnon Didac. Couar. lib. 3. varia. reſol. cap. 2. nu. 2.

Quorum argumenta ſunt iſta. Primum, nam quod in ſocietatem confertur, videtur communicari, l. 1. & 2. ff. pro ſocio. Vnde & lex vtitur verbo illo *Conferente*, quod ſignificare videtur communicationẽ, in l. 1. C. pro ſocio.

Secundum. Nam induſtria pecuniæ comparanda eſt, ſi ea ſit, quæ pecuniæ poſſit æquiparari, ſed ſi hinc inde pecunia conferatur, palam, eſt, diuidendam eſſe tempore ſocietatis finitæ.

Tertium. Nam ſocietatis contractus ita debet interpretari, vt inter ſocios æqualitas ſeruetur, l. ſi non fuerit, ff. pro ſocio. Sed ſi non eſſet pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur, alter enim induſtriam & operam amitteret, qui vero pecuniam ponit, eam haberet ſaluam.

Contrariam ſententiam habuerunt Bal. Caſt. & Ioan. Sicard. in d. l. 1. C. pro ſocio, quibus & ipſe aſſentior, eo argumento, quod in propoſita ſpecie non ea uidetur intentio ſociorum eſſe, vt pecuniæ proprietas videatur eſſe cõmunicata, ſed tantum eius vſus & commoditas, quemadmodum de eo, qui agrum colendum accepit, & eo nomine ſocietatẽ contraxit, reſpõſum eſt in l. cum duobus, §. ſi in coeunda, ff. pro ſocio. Itaque ſic inter pretor hunc cõtractum, vt vſus & commoditas omniſq; vtilitas ex induſtria prouenięns, & ſimiliter ex pecunia, communia ſit inter ſocios, ac pro indefinita ſocietate diuidenda, nõ autem pecunia ipſa. Etenim orireturſumma inęqualitas inter ſocios, quia pecuniam conferens, duplex incommodum ſentiret, ſi fortè finita ſocietate ſola pecunia remaneret. Alterum, quod dimidiam partem, pecuniæ amitteret. Alterum, quod ocioſam pecuniam habuiſſet, nec ullum ex ea fructum percepiſſet, cum tamen facilè percipere potuiſſet, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum terũ ſimilium collocando. Alter vero vix ullum incommodum ſentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partẽ conſequeretur.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. nam ad primum negatur, pecuniam videri communicatam, quãtum ad eius proprietatem & dominium, nec quicquam facit l. 1. & 2. ff. pro ſocio, quia loquuntur de ea ſocietate, in qua omnia bona hinc inde communicatur.

Non obſtat uerbum *Conferente*, de quo in l. 1. C. pro ſocio, quia intelligitur quantum ad uſum, & cõmoditatẽ.

Non obſtat æquiparatio pecuniæ & operæ: quia intelligitur quoad uſum, vtilitatem, & commoditatem, vt patet ex d. §. ſi in coeunda.

Non obſtat vltimum argumentum, quia nulla eſt inæqualitas; id patet: nam qui induſtriam poſuit, illud habet incõmodi, quod fruſtra laborauit, & nullũ percepit emolumentum, cum tamen fortaſſe percepiſſet, ſi operã ſuã locaſſet alibi. Qui vero pecuniam contulit, illud habet incommodi, quod fruſtra eam contulit, quod nihil ex ea lucratus eſt, cum tamen fortaſſe lucraturus fuiſſet, ſi in alios vſus eam erogaſſet. Quare niſi ego fallor, omnia hinc inde ſunt æqualia iura ſociorum.

CAPVT XCV.

Cum in ſocietatem alter pecuniam, alter operam ac induſtriam confert, vtrum, ſi pecunia fuerit amiſſa, periculum ſit commune.

QVatuor ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima periculum amiſſionis pecunię, commune eſſe inter ſocios, ita Salic. & Fulgo. poſt Oldra. & Richardum Malumb. in l. 1. C. pro ſocio.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. cum duobus. §. quidam ſagatiam, ff. pro ſocio. ibi. *Damnum eſſe commune, ideoque pro ſocio actione, damni partem dimidiam agnoſcere debere*, &c.

Secundum. Nam ſi commune non eſſet damnum, æqualitas in ſocietate non ſeruaretur hoc in caſo, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perciperet, & pecuniam ipſam amitteret. Alter vero vnicum duntaxat damnum ſentiret, amiſſionis operarum.

Tertium argumentum eſt ex l. ſi non fuerint, ff. pro ſocio, vbi dicitur, valere pactum inter ſocios huiuſmodi, vt qui operam confert, damnum non ſentiat amiſſionis pecunię, ergo ſi tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Poſtremũ argumentum. Is, qui operam & induſtriã confert, nihil amiſiſſe videtur, ſi adhuc viuat, quia poterit aliàs operari; & ex opera, ac induſtria ſua lucrari, ſi uero mortuus ſit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim ſocietas morti cauſam præbuit. Cum ergo nihil dãni ſentiat ex operarum amiſſione, æquum eſſe videtur, vt pro ſua parte, iacturam ſuſtineat pecunię deperditæ.

Secunda eſt ſententia ſic diſtinguens; aut ſtatim contracta ſocietate, ante vllas ferè operas exhibitas, periit pecunia, & damnum commune eſſe debet, aut ex interuallo temporis, poſt operas exhibitas, & tunc ſecus: quia dãnum ad conferentem pecuniam pertinebit, ita Petr. & Cyn. in d. l. 1. C. pro ſocio. Cuius ſententiæ ea eſt ratio: quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contuliſſe in ſocietatem, qui operam & induſtriam conferre debuit & nihil prorſus amiſiſſe videtur, alter vero pecuniæ collatæ iacturam ſolus faceret, quod iniquum eſſe videtur.

Tertia eſt ſententia ita diſtinguens; aut opera & induſtria æquiualet, non ſolum vſui pecunię, ſed etiam dominio & proprietati, & tunc amiſſionis damnum ad eum pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquiualet vſui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amiſſionis commune erit inter ſocios. ita Corn. & alij, quos refert & ſequitur Socin. ſen. in conſ. 265. libro ſecundo. Huius ſententiæ ea eſt ratio: quod priore caſu tantum amiſit is, qui induſtriam cõmunicauit, quantum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum eſſe non videtur, vt etiam damnum amiſſionis pecuniæ aliqua ex parte patiatur: vbi vero, opera non æquiualet dominio & proprietati pecunię, is, qui pecuniã ponit, non amittit tantum, quantum is, qui pecuniam dedit, merito ſubire debet damni partem, quod ex amiſſione pecuniæ accidit.

Poſtrema eſt ſententia, longè ut mihi videtur, probabilior; pecuniæ amiſſæ damnum, ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, ita docuerunt, Accurſ. Bar. Ang. Caſtr. & Bald. ad d. l. 1. C. pro ſocio, necnon Mart. Nauar. alios commemorans in Manual. Confeſſ. cap. 17. de vſura in ſociet.

Probatur hęc ſententia, quia ſecundum iuris regulas,

res perit domino suo, l. pignus, C. de pignor. action. sed A pecuniæ dominus est is, qui eam contulit, vt dictum est in præcedenti capite, ergo illi soli, perit, non alteri.

Secundo probatur: quia oriretur inæqualitas inter socios, si damnum esset commune. Etenim is, qui operam ponit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operam ac industriam amitteret; altero, quod sentiret partem damni. Alter uero non totam pecuniam amitteret, sed partem duntaxat.

Tertio. Quia hoc in casu si commune sit damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum subiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem societatis genus; non procul abest a fœnore & vsuraria prauitate, ex traditis in c. plerique, 14. q. 3. per Panormitanum, in cap. per vestras, de donat. inter uirum & vxor. per Nattam in consil. 403. & 404.

Non obstant argumenta diuersarum sententiarum, Nam ad primum prioris sententiæ argumentum respondeo, tex. in d. §. quidam sagariam, non loqui de societate B nostra, sed de ea societate, in quam pecunia vtrinque confertur. Id patet ex illis verbis text. *Eum, qui profectus est ad merces comparandas, suam pecuniam perdidisse*. Intelligitur enim de pecunia, quam in societatem contulit, quia idem textus paulo infra loquitur de alia re propria amissa. Quod si pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas proficiscebatur, & consequenter pro socio laborabat, operamque simul conferebat, verisimile est, alterum quoque socium pecuniam contulisse.

Ad secundum argumentum respondeo. Inæqualitatē non oriri, immo maximam æqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferentem, damnum sentire amissionis operarum, respondet damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ. Quod si commune sit damnum amissæ pecuniæ, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius industriæ iacturam facit, & simul particeps est alterius damni, quod æqualitati repugnat.

C

Ad tertium respondeo. Negando consequentiam. Nam etsi tale pactum fieri possit, vt damnum pecuniæ non sentiat is, qui industriam & operam confert, non tamen sequitur cessante tali pacto, damnum esse commune, sed potius argumentum præstat, tale pactum ideo ualere, quia æquitati & iustitiæ sit consentaneum, vt solus damnum sentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando eum, qui industriam cōtulit, nihil amisisse, licet uiuat, & alias operari possit. Nam quod frustra laborauerit, nullumque ex industria fructum retulerit, id uero damni species est minime obscura.

Quod attinet ad distinctionem Petri & Cyni, respondeo, non esse vllam rationem habendam, quod ante operas exhibitas pecunia fuerit amissa, quoniam id casu fortuito accidisse videtur, & ex infortunio quodam, cui subiacet is, qui pecuniam dedit, quodque proinde æquo animo ferre debet. Si aliter nihil amiserit operarum, id casu D euenit, potius enim erat operas præstare: vnde non iniquo infortunium participare eum oportet, qui nec pecuniæ partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei, & Socini distinctionem, illa ratio nihil mouet, quod si opera vsui duntaxat pecuniæ æquiualet, damnum sit commune, quia, ut iam sæpedictum est, plus damni sentiret is, qui ponit industriam, quam alter; licet enim amissioni pecuniæ in totum non respondeat, & æquanda non sit amissio operarum, sibi tamē imputet is, qui industriam & operam pro pecunia valere existimauit, atque ea lege societatem inijt, nec iam uelit socium & operæ, & pecuniæ damnum sustinere, cum ipse pecuniæ duntaxat sustineat.

CAPVT XCVI.

De metu reuerentiali, Controuersia.

Communis est sententia Doctorum, ea quæ gesta sunt reuerentiæ causa, veluti metu quodā, rata nō esse habenda, si aut minæ præcesserint, aut læsio interuenerit. Vide Couar. in capit. de spons. par. 2. §. 6. nu 4. & Menoch. de arbitr. iud. casu 136.

Fundamentum habet in l. 1. §. quę onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur, in illis verbis: *Tamen causa cognita si liquido appareat, libertum metu solo, vel nimia Patroni reuerentia ita se subiecisse, vt vel pœnali stipulatione se subijceret*, &c. Item in l. penult ff. de furtis, ibi: *Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia*, &c.

Cæterum, aduersus hanc sententiam Franc. Duaren. argumentatur, in commentatijs ad tit. De eo quod metus causa: *Respondeo*, inquit, *non esse locum restitutioni quod nulla sit mentio eius reuerentiæ, sub hoc titulo, neque in Pandectis, neque in Codice. Quam sententiam confirmo alijs exemplis.* Vnum est in l. si patre cogente, de ritu Nuptiarum: *Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iusto metu cogente factum, nullum esse, vt cætera metu facta, & tamen contractum reuerentia metu, firmum est. Similis locus est in l. Fideiussor. §. 1. de pignor. ubi Pater obligat prædium filij sui, & filius scribit instrumentum obligationis, re enim oppignorata, metu restitueretur filius.* Verum quia *metu reuerentiæ tantum coactus est, scribit rectè contractum esse pignus, & silentium eius, loco consensus haberi.* Objicitur nobis l. penul. inf. de furtis, ubi ait: *Si Patronus rem liberti contrectet eo præsente, & non contradicente metu reuerentiæ, potest dici metu fecisse. Videbatur tamen furtum non esse, quia furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino, & sic, qui volente domino contrectat, non est fur. Vult autem, qui non contradicit: videbatur igitur hic consensisse libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideo minus furtum fecisse, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradixit. Objicitur & l. 1. §. quæ onerandæ, infra, quarum rerum actio non datur, vbi adiectum liberto, onerandæ libertatis gratia, propter nimiam Patroni reuerentiam exigi non potest. Vulgo distinguunt, iuxta l. interpositas, C. de transactio. Sed hanc distinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita respondeo ad d. l. penult. Expendenda est diligenter species. Quæstio est, an libertus tacens & non contradicens, sit intelligendus consensisse & permisisse, respondetur non consensisse. Hic enim agitur de præsumptione, quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præsumptioni. Nam præsumptio consensus cedit præsumptioni reuerentiæ. Præsumimus enim libertum consensisse, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus est in l. 23. § 1. infra, Soluto matrimonio. Ad l. 1. §. quæ onerandæ. vers. in summa, ait, non dabitur exceptio, &c. nisi liquido appareat, metu, vel nimia reuerentia in id consensisse. Nec dicit simpliciter reuerentia, sed nimia, siue immodica: ita vt ei succurrendum sit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis suadet, ut ita benignè interpretemur pro libertate.* Hactenus Duarenus.

Quibus non obstantibus a cōi sententia recedendum mihi non uidetur, cui secundum aliquos et suffragatur l. si superstite, C. de dolo. Non obstat tex. in l. si patre cogente, quia de matrimonio filijfamilias loquitur, in quo ille iure Ciuili inspecto, arbitrium liberum non habet, cum illud cōtrahere non possit absque cōsensu Patris, vsque adeo, ut Patris iussus præcedere debeat, ut in §. 1. in Instit. de Nuptijs. Merito matrimonium patre cogente, id est, imperante, celebratū valet, nec id cōi sententię supradictæ aduersatur. Neque enim hoc vult, vt omnia, quę gerūntur cum iis personis, quibus reuerentia exhibēda est, tali velamēto infirmentur. Non obstat tex. in l. fideiussor, §. 1. quia nec cōstat in ea specie filium fuisse læsum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dū passus est

est bona sua obligati, nec cōstat ibi reuerētiæ causa factū fuisse, eo quod Pater maximè id vrgeret, ac imperaret, In quibus terminis communis sententia est intelligenda.

Porrò allatæ responsiones ad l. pen. & ad §. quæ onerandę, facilè possunt elidi. Nā si præsumitur cōsensus, in specie d. l. pen. ex eo, quod libertus non contradicit, ergo furtū non contrahitur. At Iurisc. cōtrahi dicit, quia talis cōsensus reuerentiæ causa adhibiti ratio non habetur. Quod cum ibi ita constitutū, nil proponitur, cur & in similib. non idem respondendum sit, nempe, rata non esse habēda, quæ tali consensu intercedente geruntur. Quod vero attinet ad §. quæ onerandæ, causatur Duarenus nimiam reuerentiam, & fauorem libertatis, sed frustra: quia, & cōis sententia loquitur de tali reuerentia, aut paulo certē minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, sed nimia reuerentia, vna cum læsione liberti.

CAPUT XCVII.

De contractu in scriptis celebrato, ad interpretationem, l. Contractus, C. de fide instrum.

Si contractu iam constituto, mutuo intercedente partium consensu conuētum fuerit, vt de eo instrumētum, ac scriptura cōficiatur, celebris est cōtrouersia inter Doct. vtrumne instrumentum confectum pœnitentiæ sit locus. Et locū esse respōderunt Paul. Castr. ad l. cōtractus, C. de fi. instr. & ad l. eū res, C. de prob. Ale. ad l. pactū quod bona fide, C. de pact. Dec. in consi. 11. & 158. Ias. in consi. 151. lib. 2. Affl. decis. 38. nu. 4. Boer. decis. 48. nu. 11. & 183. numer. 9. Sed contrariam sententiam secuti sunt Dec. in d. l. pactum quod bona fide. Aret. in consi. 159. Rota Rom. apud Iac. Puteum, decis. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & sequitur Ant. Thesaur. decis. Pedem. 197.

Omnis difficultas consistit in uera interpretatione l. contractus, C. de fi. instr. in illis uerbis: *In contractib. quos in scriptis fieri placuit, &c. Transactionum etiam, quas in instrumento recipi conuenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mūdum recepta subscriptionibusq; partium cōfirmata, & si per tabellionem conscribantur, etiā ab ipso completa & postremo a partibus absoluta sint, vt nulli liceat priusquam hæc ita processerint, &c. aliquid ius sibi ex eodem contractu, vel transactione vendicare, &c.*

Prioris sententię Authores ex hoc tex. argumentātur, qui apertè negat contractum esse perfectum, & ex eo ius acquiri priusquam instrumentum conficiatur. Sed certè id non ita generaliter accipiendū crediderim, sed eo duntaxat in casu, quo ab initio inter partes cōuenit, vt cōtractus in scriptis celebretur. Tūc scriptura videtur esse necessaria, & ad substantiā ipsius cōtractus pertinere, quē admodum & in multis alijs casibus scripturam adhibendam esse Aleiat. docet, in comment. l. 5. C. de transact.

Quod si de scriptura seu instrumento conficiendo, nihil ab initio inter contrahentes dictum est, sed simpliciter contractus est absolutus & perfectus, promissionibus ac stipulationibus binc inde subsecutis, licet postea dictū sit de instrumēto conficiendo, illud nequaquā pertinere interpretor ad ipsius contractus perfectionē, sed potius ad probationē, ex d. l. 5. C. de transact. ex l. eum res, C. de probat. & ex similib. locis, quibus declaratur, instrumēta pertinere ad probationem, non ad substantiam rei gestæ. Quare in sententiam posteriorem longè sum proclinior.

CAPUT XCVIII.

Pactum incontinenti adiectum in contractibus bonæ fidei, utrum actionem pariat.

Communis est Doct. sententia ex pacto incōtinenti apposito, actionē competere præscriptis verbis nuncupatā. Ita n. docent Bar. Cast. Alex. Cor. Iac. Dec. & cęteri cōtter, ad l. bonęfidei, C. de pact. & cum eis

A Franc. Duar. ad l. iurigētiū, §. quinimo, ff. eo. ti. Probatur, hæc snia, primū ex d. l. in bonæ fidei, ibi: *Ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat, cum autem certum nomen non habet*, præscriptis uerbis merito appellatur, l. 1. & 2. ff. de præscript.

Secundo, ex l. 1. C. de pact. inter empt. & vend. ubi ex pactis retenendi competit actio præscriptis verbis.

Tertio, ex l. si vir, ff. de præscrip. verb. vbi dicitur, actionem præscriptis verbis competere, vt fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum est.

Quarto, ex l. labeo scribit, 50. ff. de contrah. empt. vbi Iurisconsul. *Si bibliothecam mihi ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi uendidissent, & per me sterit, &c. non esse dubitandum quin præscriptis verbis agi posset.*

Postremo, ex l. si conuenit, ff. de rescind. uend. ibi. *Ex empto actio est, vt Sabinus putat, aut proxima empti actio in factum datur.*

B Cæterum, aduersus hanc communem & ueram sententiam responderunt Alc. lib. 5. Paradox. c. 1. & Franc. Connan. lib. 5. comment. iuris. c. 2. nu. 7. Quorum argumenta hoc in loco refutanda sunt.

Primum argumentum. Actio præscriptis verbis non datur, vbi alia competit, l. quoties, ff. de præscr. uerb. sed hic alia competit actio, nempe, ex contractu, cui pactum inest, quia informatur ex pacto l. iurisgentium, §. quinimo, ff. de pact. respondeo, nego maiorem. Nam actionē præscriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio probat l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.

Non obstat l. quoties, quia hoc tantum dicit, *Quoties quia alia actio non est, utibs actio est:* Vtilis autem actio dicitur esse Prætoria, siue in factū, de qua sit mentio in *l. iurisgentiū*, ff. de pact. vbi eius naturā optimè declarat Duarenus, & in l. quę religiosis, ff. de rei vend. in l. cū fistulas, ff. si certum pet. in l. creditor, ff. de act. empt. & in §. non omnes, in instit. de perpetuis & temporalibus actio.

C Secundum argumentum est ex l. permissū, ff. de præscript. verb. vbi dicitur: si venditionis contractus præcesserit, agi ex eo posse, si vero non præcesserit præscriptis verbis agi ex pacto. Idem probat l. rogasti, §. vlt. ff. eod. ibi: *Melius esse dico præscript. uerb. agi, nisi merces interuenit. Nam si interuenit, ex locato esse actionem.*

Responden. dictæ leges non negant, quin ex pacto agi possit, sed tantum dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi posse dicunt, & de tali actione ex contractu descendente, nominatim quarunt, quia est magis fauorabilis, quam præscript. verbis actio, quapropter diligentar monent ex contractu agi posse, vt intelligatur, fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu, non autem ut excludatur actio præscriptis uerbis ex pacto.

D Tertium argumentum est Connani. Eiusdem contractus duplex actio non est, sed vna tantum. Ergo ex pacto, quod contractui inest, actio non oritur particularis, cum ex contractu ipso agi possit. Respondeo, ex contractu, cui tale pactum inest, duplicem oriri actionem, vt patet ex l. secunda, C. de pact. inter emptorem & vendit. vbi agitur ex vendito, & præscriptis verbis, vt placitu fides seruetur.

Quartum argumentum. Remedium extraordinarium cessat, vbi datur ordinarium, vt docet Barto. in l. in prouinciali, §. si uero, ff. de operis no. nunciatio. Sed hic remedium datur ordinarium, nempe, actio ex contractu. Ergo opus non est extraordinario, nempe, actione præscript. uerbis. respondeo, actionem præscriptis verbis dici, cum vulgata desunt actionum nomina, & nomen actionis non inuenitur, l. 1. & 2. ff. de præscri. verb. optime declarat Duaren. ad d. l. iurisgentiū § quinimo, quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari posse existimo.

Quintum argumentum. Actio præscriptis uerbis pœnitentiam recepit, l. si pecuniam, ff. de condict. cau. da-

da. Sed à tali pacto recedere non licet, ergo præscriptis A verbis actio non competit. Respondeo. Tunc præscriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cum ea contractu innominato nascitur, vt in d.l. si pecuniam, secus si ea pacto oriatur, quod inest contractui nominato, tūc enim videtur esse pars contractus, ideoq; eius naturam imitatur, quæ pœnitentiam non recipit.

Secundum argumentum. Fictio non operatur plus quā veritas. Sed pactum dicitur esse pars contractus ficte, ergo non operatur plus, quam contractus. Sed contractus vnam tantum actionem producit, ergo ex pacto dupliciter agi nō potest. Nempe, actione ex contractu descendente, & actione peculiari pacto, scilicet præscrip. verbis. Respondeo, pactum hoc in casu operari plus, quam contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur inesse, sed informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod est in pacto, & ita corroboratur ex ipso contractu, vt & actionem producat.

CAPVT XCIX.

Vtrum pactum incontinenti adiectum contractui stricti iuris, actionem pariat.

IN bonæ fidei contractibus, ex pacto incontinenti secuto, actionem oriri, satis exploratum est, ex l. in bonæ fidei, C. de pact. Sed illud controuersum, an & idem sit in contractibus stricti iuris.

Sunt enim qui affirmant ex antiquis doctorib. sunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter se conueniunt. Etenim Iacob. Cuia. negat in comment. ad l. iurisgentium, vers. In bonę fidei, ff. de pact. & lib. 10. Obser. c. 24. contra alter doct. Gallus affirmat, lib. 7. Obseru. c. 15. & lib. 1. responsor. amicab. c. 31. cui adstipulatur Duarenus in comm. ad d. l. iurisgētium, §. quinimo.

Affirmantis sententiæ illud est fundamentum, quod etiam in contractibus stricti iuris, pactum incontinenti secutum inesse dicatur, l. lecta, ff. si certum petatur, l. 4. ff. de pact. & quidem non tantum quoad exceptionem, vt aliqui putabant, sed etiam, quantum ad actionem, vt in d. l. lecta.

Negantis vero sententiæ illud est præcipuum argumentum, quod leges de huiuscemodi pacto loquentes, videntur hanc vim actionis producendæ tribuere tantummodo contractibus bonæ fidei, vt in d. l. in bonæ fidei, & in d. l. iurisgentium, §. quinimò.

Non obstat l. lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, sed de pacto incontinenter adiecto, quod ex parte rei inest, ita videlicet, vt non solum ad exceptionē proficiat, vt aliqui putabāt, sed etiam actionem, hoc est, ad eam reformandam, & ad temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem sententiam aliquando sum secutus, sed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumēto potissimum confisus. Certum est, pactum incontinenti secutum, inesse etiam contractibus stricti iuris, ita enim expressum est in d. l. lecta, ergo parit actionem. Probatur consequentia. Nam si contractui inest, ergo est pars contractus, & eius contemplatione, seu respectu contractus, interponitur. Quod si verum est, nō iam amplius pactū nudum est, nullam causam habens pręter ipsam conuentionem. Immò verò causam habet aliam, nēpe contractum præcedentem, consequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non producit, quod est nudum, & nullam habet causam, præter ipsam conuentionem, l. iurisgentium, §. igitur nuda, ff. de pact. cuius rei causam eleganter explicat Franciscus Duarenus in comment. ad illum titulum, non procul à principio, & Connanus lib. 5. comment. I.C. c. 2. Nec quicquam mouet, quod leges passim de cōtractibus bonę fidei loquantur, quia non idcirco negant idem esse statuendum in contractibus stricti iuris, immo verò idem esse statuendum indicare videtur Iurisconsultus in d. l. lecta.

CAPVT C.

Vtrum secundum ius canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.

PActum nudum iure canonico actionem parere, nō pauci, neque obscuri nominis doctores affirmarūt, vt videre licet ex canonistis, in c. 1. de pact. Iason in l. iurisgentium, § igitur nuda, nu. 4 ff. eodem & ibidem Petr. Calefactus nouissime, num. 8. ex Didaco Couarr. in relectione, c. quamuis, in 2. parte, §. 4. nu. 14. & ex aliis, quorum omnium fundamentum est in d. c. & in c. qualiter, eodem tit. dum ibi dicitur pacta esse seruanda, & custodienda, quasi id sit accipiendum, iam quoad actionē, quā quoad exceptionē, arg. l. statuas, ff. de acq. rer. dom.

Sed contraria sententia semper mihi magis placuit, quam amplexi fuere, Salicet. in l. legem, in 7. quęst. supra tit. nostro. Angelus Aretinus in §. in personam, in penultima, & vltima col. instit. de action. & alii citati ab eis,
B quos pro priore sententia retulimus, quibus addi potest Alciat. lib. 5. Paradox. cap. 3. etenim etiam prætor ait: *Pacta seruabo* vt in d. l. iurisgentium, §. prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ suadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum scilicet litium gratia, vt præclare Duarenus explicat ad tit. de pactis, ita iure canonico locum sibi vendicat, vti iure Cæsareo, cum & canones litium minuendarum sint etiam studiosissimi, c. finem litibus, de dolo, & contum. cum multis similibus. Quare inter ius canonicum & ciuile, discrimen illud haud quaquam statuēdum est sine canonis authoritate, vt notatur in c. 1. & 2. de opet. no. nunc.

Vtrum autē pactum nudum iuratum actionem producat, quæstio non parum est perplexa, siquidem, ab ea quæstione pendet, quæ inter doctores maxime controuersa est, an scilicet ex iuramento oriatur actio; qua de re nouissime late disputat Seraph. Senens. de priuileg. iu
C ram. priuil. 19. Ego quid sentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Existimo actionem non oriri ex iuramento, ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc sententia; quia specialiter constitutum est in liberto, vt si iureiurando operas patrono promiserit, obligatio contrahatur, l. vt iurisiurandi, ff. de oper. libert. quod & Caius notat lib. 2. instit. tit. 9. Quare in aliis personis secus statuendum erit. Quod cum ita iure ciuili constitutum sit, id obtinere debet etiam iure canonico, cum SS. Canonibus contrariū esse non appareat, iuxta reg. c. 1. & 2. de ope. no. nun.

Argumenta vero contrariæ opinionis hæc sunt. Primum, ex c. cum contingat, de iureiurand. in c. quamuis. de pact. lib. 6. & in Authent. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. quibus in locis dicitur, pactum confirmati iuramento, & seruandum & custodiendum esse iuramentum, quod frustra dici videretur, nisi actionem pareret, & obligationem. Respondeo. Nego consequentiam.
D Nam iuramentum confirmat quidem contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nascitur actio, sed non sequitur, ipsum per se solum iuramentum potēs esse ad producendam actionem.

Secundum argumentum est ex l. si quis maior, C. de transaction. dum ibi dicitur, agi posse ad pœnam, aduersus eum, qui contra transactionem, iuramento firmatā venerit. Nam cum ex transactione agi non possit, vt constat ex l. siue apud acta, C. eod. sequitur in ea specie actionem oriri ex iuramento. Respondeo. Actionem ibi ad pęnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem, sicuti notat ibi Alciat. nu. 66. adde quod iuramentum in ea specie ad confirmandam transactionem fuit interpositum, non autem promissioni pęnæ adiectum.

Tertium argumentum est ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim consensus geminati, vt notat glo. in c. cum contingat, in verbo *Debent*, de iuretur. Pactū vero geminatum actionē parere videtur, arg. l. 1. §. debitū, ff. de

ff.de constituta pec.& l.vlt.C.ad legem Falc.Respódeo, negando eam esse efficaciam iuramenti,quicquid allegata glossa doceat, nullo.n.iure id probatur, vt animaduertit nouissime Seraph.de priu.iuram.priuil.89.& ante eũ Felyn in c.si cautio,num.39. de fide instrum. id nequaquam perpetuum esse dixit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum est ex c.vlt.de foro competẽti,lib.6.vbi iurans compellitur per censuram Ecclesiasticam ad iuramentum seruandum. Respondeo,ex hoc nõ sequi actionem oriri,sed officium iudicis tantum.

Plura si quis scire cupiat, de hac materia, consulat Seraph. d.priuil.19.Zasi. in rubr.de verb.oblig.nu.12.Coras. ad l.admonendi, nu.12. ff.de iureiur. Couar. d.c quamuis,de pact.lib.6.par.1.rubricę,§.2.post nu.4.Cagnol.in d.l.si quis maior,nu.130. Alc.ibi.nu.64. Petr.Calefac.ad l.iurisgent. §.igitur nuda,nu.56. ff.de pact.Cuiacium in paratitlis Codicis, ad tit.de reb.creditis, & iureiur.

CAPVT CI.

Controuersia tres ad explicationem l.pactum quod dotali, C.de pact.

PActum quod dotali instrumento comprehensum est, vt si pater vita fungeretur,ex æqua portione ea,quæ nubebat cum fratre,hæres patri suo esset,neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri, potuit auferre.

Tria in controuersiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem sit statuendum. Secundum. An consuetudine,vel statuto effici possit,vt pactum valeat. Tertiũ. An si pater intestatus decessisset,filia vigore pacti æqualiter cum fratre successisset.

Quod attinet ad primum, sunt qui affirmãt tale pactũ iuramento firmari,sunt qui negant,sunt denique qui dicunt,iuram. quidem tale pactum non firmari, sed iñ iurantem,qui illud non obseruat,esse periurum,vide Osascum decis. Pedem.100. Ant. Tessaurum decis. Pedem. 225. Couar.in c.quãuis, in 2.par.in initio, nu.2.de pact. lib.6.Andr.Geyll,lib.2.Obseru.c.26.Seraph.priuil.20. doctores omnes in comment. huius loci.

Affirmantis sniæ fundamentum est,quia iuram. solet contractus,& pactiones I.C.improbatas confirmare,vt patet ex d.c.quamuis, ex c.cum contingat, de iureiuran. Omne enim iuram.est seruandum,&c.vt in dictis locis.

Negantis vero sententiæ fundamentũ est, quia nõ est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum,c.non est obligatorium,de reg.iur.lib.6. videtur autem esse,contra bonos mores tale pact.l.ex eo,C.de inutilib.stipulat. l.stipulatio hoc modo,ff.de verb.oblig.

Tertiæ denique sententiæ fundamentũ est in aliquib. decisionibus, quib.constitutum est, ea quę cõtra iuram. gesta sunt,valere,sed iurantem esse periurum. Vide glo. in c.vlt.in verbo reuocatus, de proc.lib.6. & in c.vltima volũtas,13.q.2.& text.in c.sicut ex litteris,de sponsalib.

Mihi snia, quæ negat, videtur esse probabilior, eo potissimum argum. quod pactis priuatorum,ẽt iuramento firmatis, iuri publico derogari non põt, c.si diligenti,de foro competent.iure aũt publico ita constitutum est, vt & libera sit testam.factio,& solemnis, quod quidem ius, priuatorum pactis mutari non põt,l.3.ff.de testam. Mutaretur autem, si huiusmodi pacta valerent, quia & libera testandi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto consequeretur,citra vlla testamẽtorum solemnia, quæ omnia publico iuri aduersantur.

Non obstat quod dicitur de vi,& efficacia iuramenti: Nã iuramentum temerarium, ac illicitum non obligat,c.sicut ex litteris,c.quemadmodum, c.quintauallis, de iureiur. Videtur aũt esse hoc in casu temerarium, & illicitũ, vt patet; neque vero in allegatis locis pacta confirmãtur iuram.quæ iuri publico aduersantur, & bonis morib.

Quod attinet ad sm. Consuetudine, vel statuto obtineri posse, vt eiusmodi pacta valeant, responderũt Bald. in l.eum Archimedoram,C.vt in possess.legat. Alciat.& Dec.in d.l.pactum quod dotali, & alii ab Ant. Tessauro citati, d.decis.225. num.12. Quorum fundamentum est in c.1.§.filii nati,si de feudo fuerit controuersia inter dominum,& agnatum,ibi: *Nam quamuis ratione improbetur talis conditio vsu tamen admittitur.*

Huc accedat, quod nemini dubium sit, statutum valere contra ius cõe,quia ius ciuile mutari potest, §.sed naturalia,inst.de iure nat.gent.& ciu. Similiter & consuetudo, l.de quib.ff.de legib. Quod si talis consuetudo,vel statutũ existat,quo pacto huiusmodi approbentur, non videbuntur esse amplius contra bonos mores,argum.l.item apud Labeonem,vers.Sed quod adiicitur, ibi: aduersus bonos mores ciuitatis, ff.de iniuriis.

Sed contrariam sniam habuerunt Alex. & Ias. in d.l. pactum quod dotali,nec non alii quidam, ab Ant. Tessauro commemorati, loco supradicto: quorũ illud est argum. quod talia pacta dicuntur esse contra bonos mores,consequenter, si lege municipali, vel consuetudine approbentur, id iustitiæ repugnare videtur, lex autem debet esse iusta,c.erit autem lex,4.dist.

Ego puto hanc rem pendere ab ea quæstione, Vtrum Consuetudo contra ius scriptum valeat. Nam valere indicat text.in l.de quibus, ff.de legib. Non valere probat l.2.C.quæ sit longa consuetudo.

A priori sniã tenet Duarenus in comment. ad tit. de legib. c.12. & alibi. A posteriori Connan.lib.1. Comm. Iur.c.10.& Cuiacius ad lib.2.de feudis,in principio.

Ego sane sic statuo, si statutũ ex iusta cã pro vtilitate loci, & cõmoditate talia pacta recipiat, illud proculdubio valere, & seruãdum esse. Constat. n.leges Municipales,quæ statuta appellantur, non raro iuri cõi aduersari, l.oẽs populi,ff.de iust.& iu. De consuetudine vero idem statuo,si sit rõnabilis,& legitimè præscripta,authoritate Greg.IX. in c.vlt.de consuet. ita dicentis: *Licet etiã longæuæ consuetudinis nõ sit vilis authoritas, non tamen est vsque adeo valitura, vt vel iuri positiuo debeat præiudicium generare,nisi fuerit rationabilis,& legitime præscripta.*

Ad tertium quod attinet. Non pauci neque obscuri nominis Iurisconsulti censuerunt, filiam ęqualiter successuram patri, intestato morienti vna cum fratre,in specie huius legis,eo argum. quod patris voluntas inter liberos sit seruanda, quoque modo de ea constet, siue ex testamento, siue codicillis, siue per Epist. siue per alium quemcunque modum,l.vlt.C.familiæ herciscundæ. Hoc autem in casu constare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Imperatoris Nouella 19. titu.de pact.patern.quæ talia pacta paterna veluti iusta, & inter liberos ęqualitatem inducẽtia approbat & laudat, nec à patre reuocari posse statuit; ita docent Alex. & Ias. in d. l.pactum quod dotali, & alii quos refert, & sequitur decis. Pedemont.supradicta, Anton.Thessau.225.

Sed mihi contraria sententia longe probabilior videtur, quam secuti sunt Castrens. & Dec. in d.l.pactum quod dotali, necnon Vasquius alios commemorans, de Successionum progressu,lib.2.§.18. nu.193.

Moueor authoritate d.l.pactũ quod dotali, vbi dicitur,tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare posset, certe obligationem tale pactum induceret.

Nec obstat l.ult.C.famil.hercis.quia fateor seruãdam esse patris uoluntatem in liberos, si modo de eo constet, iis modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto datur,a lege prorsus reprobatur,l.hæreditas,C.de pact.conuent. Codicillos vero,epistolas,schedulas, & similes modos, quibus de patris voluntate constare potest, lex non reprobat.

Porrò, quod attinet ad Leonis Imperatoris Nouellã, illa sufficere potest responsio, quod iuri nostro, & Codici Iustinianeo inserta non sit, ac proinde legis uim non habeat, immo vero, cum sit contraria d.l. pactum quod dotali,nulla prorsus eius ratio habenda esse videtur.

AN-



ANDREAE FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS. CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER TERTIVS.



CAPVT PRIMVM.

Ad interpretationem l. si curatorem habens, C. de in integrum restitut, Controuersia vna.

S*I curatorem habent minor quinque & viginti annis, post pupillarem ætatem rem vendidisti, hunc contractum seruari non oportet. Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui à Prætore curatore dato bonis interdictum est; Si verò sine curatore constitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si nondum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis*. hactenus Diocletianus & Maximianus.

Hic illud controuertitur, quomodo sit accipiendum, quod in tex. habetur; minorem curatore carentem res vendere posse. Et vt mihi videtur, inter omnes cõstat, de immobilibus accipiendum non esse; quoniam absq; decreto iudicis alienari non possunt, ut patet ex l. non solum, ex l. si minorum, ex l. si prædium, ex l. si ad resoluendum, C. de prædijs minorum ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis impetrauer. & in l. penul. eod. ti. & in l. 2. C. quando decreto opus non est, & ex alijs argumentis, quę prolixè affert Vasquius de successionum creatione, lib. 1. tit. de testandi poten §. 10. num. 73. Roland. à Valle, in consi. 54. lib. 2. Octauius Simoncellus de decretis, ti. 8. inspect. 2. qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum, in §. nunc admonendi, in Insti. quibus aliena. licet vel non, tanquam contrariæ sententiæ authores, cum priorem sententiam amplectantur, licet Aretinus dixerit verba textus contrarium innuere, ibi videlicet, *res vendidisti* quæ verba sunt generalia, & tam de immobilibus, quàm de mobilibus accipi possunt, quod & Franciscus de Caldas dixit in commentario d. l. si curatorem habens, sequens tamen sententiam superiorem in verbo, res, nu. 2.

Illud igitur est controuersum, an intelligenda sint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ seruando seruari possunt.

Affirmantem sententiam secuti sunt Aretin. Faber & Rimin. in d. §. admonendi, & Franc. de Caldas loco proximè citato, in fine.

A Negantem verò Simon. & Vasquius locis annotat. ille nu. 21. iste nu. 74.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia res tantum immobiles alienari prohibentur absque decreto: res verò mobiles nequaquam; Immò alienari posse argumẽto est lex ista: Si enim de immobilibus intelligenda nõ est, ut saltem de mobilibus intelligatur, necesse est.

Posterioris autem sententiæ argumentum potissimũ est in l. lex quæ tutores, C. de administrat. tut. vbi etiam mobilia preciosa, & quæ seruari possunt, alienari à tutoribus & curatoribus prohibentur absque decreto.

Respondet Riminaldus, eam legem non loqui de ipso minore adulto qui alienauit, sed de tutore & curatore

B alienantis absque decreto.

Sed, vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet, circa rerũ suarum alienationem, quam curator eius, cum curatorem habet. Et cum ipse minor vna cum curatore alienare non possit tales res mobiles absque decreto, absurdum est existimare, eum solum, curatore carentem, posse. Nisi aliud magis etiam absurdum dixeris; nempe curatorem solum alienare non posse, vna cum adulto posse, quasi ipsius adulti curatorem habentis, qui non est absimilis ei, cui bonis interdictum est, in alienatione talium rerum magna sit habenda ratio.

C Posteriorem igitur sententiam lubens amplector, priorem vero non vero niti fundamento, magis est ut opiner.

CAPVT II.

Vtrum minor authore tutore alienare possit absque decreto iudicis possessionem rei immobilis.

SVnt complures magni nominis doctores, qui minorem anthoritate tutoris interueniẽte alienare posse crediderunt, possessionem nudam rerum immobilium absque decreto iudicis. ita enim docuerunt Bart.

in

A in l.2.§.si a pupillo,ff.pro emptore. Alex.in l. possessioně pupillus,nu.3.ff.de acq.possess. Tiraq. de legib. connub. glos.5.nu.170. Pet.de Rauenna,sing.541. Tuscis. Ias.in l.1.§.si vir vxori,nu.14.ff de acquir.possess.

Quibus adstipulatur primò quòd non dicitur alienare,qui possessionem amittit,l.non alienat,ff de reg. iur.

Secundò tex.à contrario sensu in l.possessionem pupillum.ff.de acq poss.nam cum dicat. possessionem pupillū amittere nō posse sine tutoris authoritate, a cōtrario sensu innuit, cum tutoris authoritate posse.

Tertiò adstipulatur tex.in l.2.§.si à pupillo,ff.pro emptore,vbi si à pupillo emero sine tutoris authoritate, quē puberem esse putem,vsucapio sequitur. Consequēter in emptorem possessio transfertur,quia sine possessione vsucapio non procedit. Debet autem argumentum sumi,intelligendo text. vt vbi per glo.nempe,pupillum cum authoritate tutoris tradidisse rem venditam,licet absq; authoritate vendiderit.

B Sed istis non obstantibus,contrariam sententiam veriorem esse iudico,quam secuti sunt Bart.in l.creditores, nu.5.C.de pignor. Hyppol Rimin.in §.2.nu.38.Inst.quibus alien licet vel non. Simonc.de decretis.par.2.insp.8.

Probatur hæc sententia satis luculenter ex l magis puto,§ 1.ff.de reb.eor.qui sub tutela vel cura sunt,vbi I.C. *Si Pupillus fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto nec nunc alienare tutores posse.* Hic nō alienatur fundus,sed possessio fundi, & tamen alienari non potest.

Quod vero dicitur,eum non alienare, qui possessionē omittit,nihil obstat: quia aliud est possessionem omittere,aliud in alium transferre. is enim,qui occasione acquirendi non vtitur,non intelligitur alienare,vt in l.alienationis,28.ff. de uerb. sig. & ideo ait lex duntaxat *omittit.* Non etiam ad alium transfert,vt optimè adnotauit eruditissimus Petrus Faber, in commentarijs ad d. regul. non alienat.

C Argumentum autem a contrario sensu ex d.l. possessionem pupillum,nihl mouet:quia ita sumi potest,vt nimirum cū authoritate tutoris possessionem pupillus trāsferre possit,scilicet adhibitis alijs solemnibus,nempe iudicis decreto,& causa iusta. Sic & in l.1.ff.quæ res pignori obl.non possunt,textus dicit. Pupillū sine authoritate tutoris hypothecam dare non posse, & tamen nec cum tutoris authoritate potest sine decreto iudicis,vt optimè ibi not gloss.

Denique illa glossæ expositio in d.§.si a pupillo, mera diuinatio,est,& ex errore facti procedit in ea specie vsucapio,& possessionis acquisitio.

CAPVT III.

Vtrum minor absque decreto & alijs solemnibus,rem immobilem alienare possit,si ea alienatio vtilis sit.

D NOn desunt magni nominis Doctores, qui alienationem a minore factam absque decreto,ob vtilitatem valere contendant,quos recenset copiosè Tiraquel.de legibus Connubialibus glo.8.nu.68.q.8. Simoncel.de decretis,par.2 inspect.17.

Eorum vero argumenta hæc sunt. Primum est ex l.cū hoc.§.eam transactionem,ff.de transactio,vbi,is cui relicta sunt alimenta, transigere potest absque decreto Prætoris,si ei sit vtilis transactio.

Secundo est ex eo, quod & sententia secundum minorem,licet indefensum,lata,ualet; licet contra eum lata, non valet,l.non ideo minus, C. de procurat.

Tertium est ex l.vlt.ff.de iure dotium,vbi ualet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum est illud,quia ubi minor suam cōditionem meliorem facit,& locupletior ex contractu efficitur,obligatur l.si pupillo.ff de neg.gestis,l.cui bonis,ff. de nouation.l. pupillus,§.1.ff.de author.tutor.

A Quintum argumentum est, quia decretum & cætera solemnia ideo adhibentur, ut minorum vtilitati sit consultum, & vbi adhibentur, contractus præsumitur esse in vtilitatem pupilli & minoris,cum ergo clarum sit, cōtractum esse vtilem,non videtur opus esse decreto, quia in claris non est opus coniecturis.

Cæterum hanc sententiam impugnarunt multi,quos commemorat Simoncellus loco annotato, & manifestè falsam esse conuincit tex.in l.magis puto,§.si æs alienū, ff.de rebus eorum, *Si æs alienum non interueniat,* ait text. *tutores tamen allegent, expedire hæc prædia uendi, & alia comparari,uel certè istis carere. Videndum est an Prætor eis debeat permittere. & magis est,ne possit. Prætori enim nō liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares,sed ita demum si æs alienum immineat.* Concordat tex.in l ob æs,C.de præd.minor, quem tex.perperam interpretatur Alc lib.4.Dispunct.c.5. Multum etiam facit ab hac sententia text.in l.si fundus sterilis,ff.eo tit.

B Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam ad §.eam transactionem, clara est responsio, quia eam tantum transactionem oratio improbat, quæ ideo fit,ut pecuniam repræsentatam alimentationis consumat. Quare si non ex transactione eam consumat, sed potius meliorem suam causam reddat, transactio nō improbatur. At hic improbatur alienatio,etiam utilis & fructuosa pupillo,& tantum illa permittitur,quæ fit æris alieni dissoluendi gratia.

Ad secundum respondeo: sententiam valere pro minore latam,quia non ob aliam causam ei curatorem dari lex voluit,quam ut defenderetur,ne causam amitteret. Quare cum uictor est,merito sententia ualet, quia cessat ratio legis. Nec quod fauore introductum est, in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem,ex l. vlt ff. de iure dotium respondeo,fundum dotalem ibi alienari, vt creditoribus satisfiat,quod & in fundo pupillari facilè reciperetur.

C Ad quartum,concedo,pupillum obligari,quatenus ex contractu locupletior efficitur; sed hic non agitur de obligatione minoris,sed de rei alienatione,quæ hoc in casu permissa non est.

Ad quintum respondeo,alienandi facultatem eo duntaxat casu esse permissam, quo æs alienum vrgeat, *unde* ea causa cessante non valet etiam cum decreto *Prætoris.*

CAPVT IIII.

Vtrum minori in integrum restitutio concedenda sit ob læsionem non enormem, sed non minimam tamen.

SFortia Oddus in tract.de integ. restitut. controuersiam hanc quæstionem tractat in 1.par.q.4.art.12.& copiosè omnium Doctorum sententias refert,quorum aliqui restitutioni locum esse propter modicam læ-

D sionem,non tamen minimam,dixerunt, aliqui negarūt, aliqui vero inter quos est & ipse Oddus, hanc rem arbitrio iudicis definiendam putarunt.

Et sanè ut mihi uidetur,hac de re clara legis definitio non est in promptu. Etenim sunt leges, quæ damnum grande,siue enorme requirunt, vt proinde argumento sint,mediocre damnum non sufficere,vt in l.penult.ff.de minor.in l.si ex causa,ff.eo.in l.1.C.si aduersus vendit.pignor. quanquam ex duobus posterioribus, quia in speciali casu loquuntur, contrarium aliqui argumentū sumant. Sunt leges,quæ propter minimā quantitatem restitutionē negant,ut in l.scio,ff.de integr.restit vt proinde argumētari liceat esse concedendā vbi læsio non est minima.

De mediocri læsione & damno plenè nulla expressa lex. Ego tamen in eam sententiam sum procliuior, quæ restitutioni fauet propter modicā seu mediocrē aliquam læsionem,authoritate l.minorib.6. ff. de minorib. *Minoribus,* inquit, *uigintiquinque annis subuenitur per in integrum*

grum restitutionem, non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus & sumptibus non vexari.

Secūdo authoritate l.8.ff.eo.ti.ibi: *Dum elegit deteriorem*: Item ibi: *Et pretiosiorem dederit*, quibus sane verbis ostenditur minorē esse restituendum, si elegerit rem deteriorem, vel si preciosiorem dederit, quibus in casib. fieri potest, vt non magna contingat læsio.

Tertio authoritate l.patri, §.itē ex diuerso, ff.eo.ti.vbi patet minorem restitui, si rem minore pretio, quē oportuit, vendiderit. Nec distinguit lex an magna fuerit læsio vel modica circa pretium.

Ad leges, quæ requirunt grande damnum, responderi potest, eas loqui de venditione facta in casibus à lege non prohibitis, sed permissis, puta de venditione pignoris, merito tunc grandis læsio requiritur, vt in integrum restituatur minor. Hæc mea est de re perquam obscura ac difficili coniectura ac sententia.

CAPVT V.

Minor vigintiquinque annis iurisperitus si ex contractu læsus fuerit, verum in integrum restitui possit.

COmmunior est doctorum sententia, minorem quinque & viginti annis iurisperitum ex contractu læsum, in integrum restitutionem postulare non posse, sicuti authoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus, de restitut. in integrum pat.1.quæst.23.art.7.

Argumenta sunt ista. Primum, talis doctor restitutionem petens turpitudinem suam allegaret: turpe est enim in iure versantis ius ignorare, l.2.§.Quintus Mutius, ff.de orig. iuris.

Secundum, quia iurisprudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia, l.iustitia, §.iurisprudentia, ff.de iust.& iu. Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atque humanarum notitiam profitetur, se læsum esse, ac proinde restituendum allegare poterit?

Tertium argumentum est ex l.regula, §.sed iuris, ff. de iuris & facti ignor. ibi: *vel sua prudentia instructus sit, &c.* Itaque professio hoc in casu, & petitio repugnare inuicem videntur, vt alibi dicit tex. in l.professio, C.de munerib. patrim. lib.10. Et hic scientia ætatem supplet, l.3.C.si minor se maiorem dixerit. Quare, vt ex Cicerone & aliis constat, olim iurisperiti non solum de iure, sed etiam de filia collocanda, de agro emendo, ac de omni alio negocio & officio consulebantur.

Verum istis nil motantibus, contrariam sententiam probabiliorem ac iuri magis consonam existimo, quam & nouissime defendit Franc. Sarmētius lib.3. select. interpret. cap.12.

Probatur hæc sententia argumento sumpto ex l.1.C. qui, & aduersus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiam si quis diligēs paterfamilias sit, actibusque publicis ita se industrium probauerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non sit, tamen si causa cognita circumuentus deprehendatur restituendum esse: *In consilio quidem cognoscentis*, inquit, *de restitutione in integrum esse oportet, & eum is, qui se minorem annis læsum esse dicit, diligens pater familias fuerit actibusq. publicis industrium se docuerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non sit. Verum si causa cognita circumuentus deprehendatur, propter hoc solum, velut præscriptione à solito auxilio remoueri non debet, scilicet, quod vrgentibus patriæ necessitatibus decurio minor annis creatus sit.* Hactenus ille. Ad eandem sententiam alludūt Vlpiani verba, in l.1 ff.de minoribus, ibi: *Neque enim commissis rei suæ administratio eis debebit, quamuis bene rem suam gerentibus, &c.*

Sic ergo, licet verisimile non sit, talem minorem propter iuris peritiam contrahentem circumueniri, tñ si cir-
A cumuentus appareat, restituendus erit in integrum.

Non obstant argumenta in contrarium, quia aliud est scientia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex Iurisconsultorū libris, sed ex vsu & experientia comparari potest. Nec enim iurisprudentia est ea rerum humanarum scientia, de qua agitur. Neque vero crediderim olim tales Iurisconsultos de omni negocio & officio respondisse, qui nondum annos perfectæ ætatis compleuissent.

CAPVT VI.

Iuramentum an repetitum censeatur, prorogatione temporis debitori facta ad soluendum.

SI debitori, qui iurauit se ad certum tempus soluturum, tempus prorogetur, an ipsum etiam iuramentum repetitum videatur, controuersi iuris est.

B Et quidem repetitum censeri responderant Bald. in c.cū venerabilem, col.penul. de elect. Bartolus licet sub obscure in l.cū stipulatus sim mihi Proculo, ff.de verb. oblig. & in l.2.§ & post operis, & ibid. Alex.col.3.& Ias. num.8. Cagnol. in l.lecta, nu.26.ff.si cert.petat. Felyn. in c.1.col.2.vers. vtrum autem creditor, de iureiur. Capella Tholosana decis. 181. Boer. decis. 284. nu.11. nouissimè Seraphinus Senensis de priuilegiis iuramenti, priuil.22. nu.88. Couar. in rub. de pactis, in princ. post nu 6 vers. quinto, vt difficultatem. Non ignoro alios ab Antonio Gabrielio citati, commun. concl. ti. de dilationib. concl.2. num.11. Sed ij loquuntur in alia specie, de qua dicam in sequenti capite.

Argumenta huius sententiæ hæc sunt. Primum est ex communi quadam regula. Prorogationem factam cēseri cum eisdem qualitatibus, quas habet prior obligatio l.lecta, ff.si cert.pet. l.sed ex si manente, ff.de precario.

Secundum argumentum est l.item quæritur, §.qui im-
C pleto, ff.locati. vbi reconductio facta uidetur cum eidē obligationibus. Sic enim ait textus. *Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignorum videtur durare obligatio, &c.*

Tertium argumentum sumitur ex doctrina Innocentij, in c.præterea requisiuisti, de appellatio. vbi tradit præcepto debitori facto, ut ad certum tempus soluat sub pœna excommunicationis, si prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam censeri sub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam sentētiam secuti sunt Decius in c.de causis, post nu.7.de officio deleg. Cardinalis in Clem.1 §.nos itaque, q.3.de iureiur. Berous q.100. ad finem. Eiusdem sententiæ commemorantur Iason in l.lecta, ff.si cert.petat. & Catellianus Cotta in memorabilibus, in verbo, iuramentum interpositum, qui tamen parum ab hac sententia facere videntur.

D Fundamentum vero est in c.penult. de iureiur. *Clericus*, (inquit Gregorius) *qui iurauit se statuta in Ecclesia sua edita seruaturum, promittens per idem iuramentū statutum, quod postmodum secutum est, fideliter obseruare, licet transgredi non debuerat, quod promisit, non tenetur ad illius obseruantiam ex debito præstiti iuramenti.*

Ego priorem sententiam veriorem esse censeo. Nam quod Gregorius statuit in d.c.pen. ad hanc speciem non pertinet, sed ad eam, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouam, & diuersam rem. Aliud est enim statutum iam editum, aliud postea secutum. Quare iuramētum præstitum de seruandis statutis iam editis, extendi non potest ad statuta postea edita, quæ sunt diuersa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæstione nostra licet terminus solutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, sed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita censeo.

CAPVT VII.

Iuramentum an censeatur repetitum prorogatione compromissi facta.

SI certum tempus compromisso adiectum sit & iureiurando promissum sit de stando & parendo arbitri sententiæ, & postea cõpromissi tempus prorogetur, controuerti solet, an & iuramentum repetitum censeatur.

Et repetitum uideri, authores sunt Calcaneus cõs. 80. nu. 15. Andreas Siculus in consi. 31. lib. 1. & alij, quos refert & sequitur Boerius decis. 284. num. 13. Huic sententiæ adstipulantur omnia argumenta, quæ supra in præcedenti capite pro priori sententia retulimus.

Cæterum, non uideri repetitum iuramentum, authores sunt Soc. sen. in consi. 99. col. 2. lib. 3. Bal. in cons. 436. lib. 1. Marsilius sing. 300. Ruynus in cons. 61. num. 38. & 39. lib. 5. Couar. in Rub. de pact. in princ. nu 6. vers. cõtra uo si prorogatio. Alios citat Gabr. commu. concl. ti. de dilationib. concl. 2. nu 11. vers. contrarium in iuramento, necnon Seraph. Senensis de priuil. iuram. priu. 22. nu. 71.

Fundamentum est in d. c. pen. de iureiur. cuius verba in superiori capite retulimus, & in eo, q iuramentũ verba requirat & scripturarum tactum.

Tertia est opinio distinguentium; aut prorogatio cõpromissi facta est ex partium conuentione, quæ ipsi compromisso inserta fuerit, puta si arbitris certũ tempus assignatum fuerit ad pronunciandum, potestate eisdem facta illud prorogandi, & tunc prorogatione temporis facta, repetitum censetur iuramentum. Aut prorogatio facta est ex partium quidem conuentione, sed nequaquam ipsi compromisso adiecta, & tunc secus est dicẽdum. Ita distinguit Blancus de compromissis, q. 7. num. 15. & 16. Couar. loco annotato, vers. septimo hinc deducitur, & in vers. sequenti, necnon Seraphinus loco proxime citato, num. 84.

Prioris membri distinctionis fundamentum est, quia cum ea lege sit compromissum, vt elapso tempore ad pronunciandum dato, arbitris liceat illud prorogare, tunc iuramentum de stando & parendo arbitri sententiæ cũ habet sensum, vt compromittentes iurasse intelligãtur, se arbitrorum sententiæ parituros, quandocũque proferretur, siue intra tempus postea prorogatum.

Posteriori vero membro distinctionis fundamentum est in d. c. pen. de iureiur. & in aliis argumentis, quibus probatur iuramentum non extendi ad alium actum; itẽ in eo, quod talis prorogatio videtur nouum compromissum inducere.

Sed non desunt, qui & hanc distinctionem noua distinctione coarctent, vt nimirum locum habeat, vbi cõpromissi tempus prorogatur, antequam elapsum fuerit tempus ei præstitutum, secus si postea, quia tunc videtur esse nouum cõpromissum, vti declarant Couar. loco supra annotato, vers. sexto si certe, & Berous quæst. 100. nume. 12.

Verum isti non respondent ad argumentum, quo probatur iuramenti compromisso adiecti eam esse vim, vt cõpromittentes obliget ad parendum arbitri sententiæ, perinde ac si iurassent se parituros arbitri sententiæ proferendæ tam in primo termino, quam in secundo.

Quare mihi tertia sententia simpliciter probatur, & confirmari eisdem fere argumentis potest, quibus ea sententia nititur, quam in præcedenti capite firmauimus, nempe iuramentum repetitum censeri, vbi debitori prorogatum est tempus ad soluendum.

Ad cap. penult. de iureiur. superius est responsum in præcedenti capite. Nec verum est, iuramentum requirere verba, aut tactum scripturarum, vt dicemus in sequenti.

CAPVT VIII.

Vtrum iuramentum requirat necessario verba.

IVramentum necessario verba requirere censuerunt Bart. in l. & per iusiurandum, ff. de acceptil. et in l. qui iurasse, ff de iureiur. Alb. Fulg. & Roman. ad l. 1. ff. de verb. obl. Alios citat Tiraq. de legib. connubialibus, glo. 7. nu. 18. Quibus adde Augustinum Berouum, q. 100. nu. 4 authoritate text. in §. sed neque, in Authen. de mandatis Principum, vbi Iustinianus ita dicit: *Sed neque hæc, quæ dicuntur verba*, id est, *Iusiurandum prompte dare festines*, &c. Item authoritate c. pen. de iureiur. quatenus ibi S. Pont. docet, iuramentum non obligare quoad statuta postea facta, quod non alia ratione accidit, nisi quia consensus iurantis nõ sufficit, sed verba etiam requiruntur.

Altera est sententia; iuramentum non necessario verba requirere. Authores sunt Petrus Iac. & Cyn. in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus vendit. Panormit. in rubr. de iureiur. & Couar. in rubr. de pact. in prin. sub nume. 4.

Fundamentum est; quia iuramentum præstatur Deo, Deus autem nouit hominum mentes & corda, licet nõ loquantur, cap. si quid inuenisti, 14. quæst. 5. cap. erubescant, 32. distin.

Tertia est sententia distinguentium; aut in his versamur, qui non possunt loqui, & tunc necessario verba non requiruntur, quoniam mutus iurare potest, quod patet: quia testificari potest, si sciat scribere, vt not. glos. in cap. testes, in vers. quæ nouerunt, 3. quæstio. 9. *adducta* l. discretus, C. qui testamen. facere possunt, is autem, qui testificatur, iurare debet, l. iusiurandum, C. de testibus, cap. tuis, cap. in fraternitatis, eodem titu. Aut in his versamur, qui possunt loqui, & verba requiruntur.

Huius distinctionis authores sunt Alexan. ad l. 1. ff. de verb. obl. Castren. Aret. Ias. in l. qui iurasse, ff. de iureiur. Et eam esse iuri valde consonam, dicit Alciatus in rub. de iureiur. nu. 23.

Mihi ea sententia videtur probabilior, quę negat verba esse necessaria, & consuetudine quoque recepta est, teste Alciato loco proxime citato.

Nec prioris sententiæ fundamentum obstat, quia q attinet ad textum in §. sed neque, in Authent. de Mandatis Principum, nihil probat; dicit enim Imperator ibi: Præsides non debere facile in longius tempus, quam triginta dierum securitatis promissionẽ concedere, quẽ vulgo saluum cõductum appellamus. Sic enim Holoander transtulit, & recte fidem publicam, siue verbum & securitatem publicam.

Ad tex. in cap. penult. de iureiur. responsio patet, quia iuramentum ibi Clericum non obligat ad seruanda statuta postea facta, non verborum defectu, sed quoniam iuramentum is præstiterat de seruandis statutis conditis. Quamobrem tale iuramentum extendi non potest ad futura, sed nouo iuramento & consensu opus fuit. Afferuntur & alia quædam pro contraria sententia, sed leuiora sunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT IX.

Conciliatio l. puberes, 101. ff. de verb. oblig. cum l. si curatorem, C. de in integ. restitu. minor.

SEd vt reuertamur ad l. si curatorem habens, C. de in integrum restitut. minor. illud etiam cõtrouertitur, quomodo sit concilianda cum l. puberes, 101. ff. de verborum obligation. Dicit enim hæc: *Puberes absque curatoribus suis ex stipulatu obligari posse.* Illa vero, minorẽ, qui curatorem habet, res distrahere non posse absque curatoria authoritate.

Anti-

Antiquorum interpretum communis est sententia, l. 101. loqui de puberibus curatores non habentibus, unde non discrepat à l. si curatorem habens, quoniam & illa vult adultum curatore carentem contrahere posse.

Nõ rectè, quia textus dicit, puberes sine curatoribus suis posse ea stipulatu obligari. Illud verbum, *suis*, indicat Iurisco. loqui de puberibus curatores habentibus. Iacobus Cuiacius in commentarijs d. l. 101. ita respõdet, puberes, qui curatores habent, ea stipulatu obligari posse, vt ibi, sed res suas distrahere non posse, vt in d. l. si curatorem: quia curator datur rebus, vnde res distrahi non possunt eo non consentiente. Sed quo minus minor suã personam obligare possit absque curatoris authoritate, nihil impedire potest, facit quod habetur in l. sciendum, ff. de ritu nuptiarum.

Cæterum, Franc. Duarenus contra in commentarijs d. l. 101. *Nec sententiã eorum probo*, inquit, *qui distinguũt alienationem rerum ab obligatione personæ. Cum Diocletianus in rescripto suo de rerum venditione loquatur, ex qua personalis nascitur obligatio, nec minus stipulatione, quam venditione res alienari possint, si traditio sequatur.*

Non rectè Duarenus; quia venditionis cõtractus non solum obligationem personæ continet, sed rerum etiam distractionem, quare licet obligare se minor possit, non tamen res distrahere potest, quod fit per venditionem, & sic argumentum Cuiacij non tollitur.

Quod vero res ex stipulatu possint alienari, si traditio sequatur, nihil officit Cuiacij sententiæ. Nam Iuriscõ. in d. l. 101. non de tali stipulatione loquitur, quæ cum traditione transferat dominium rei, nec talem potestatem minori concedit absque curatore, sed tantum dicit obligari posse puberem ex stipulatu, quod est accipiendũ de personali obligatione iuxta naturam ipsius tituli de verborum obligationibus, non autem vbi stipulatio rerum cõtinet alienationem, quia sic repugnaret Diocletiani & Maximiani rescripto, in d. l. si curatorem habens.

Impugnat & Cuiacij interpretationem Robertus Aurelianus, lib. 1. Animaduersionum iuris, c. 12. sed respondet egregiè Antonius Mercator in notis ad illud caput. Nec illam responsionem euertunt, quæ idem Robertus replicat in notas Mercatoris. Videat, qui cupit, neque enim mihi omnia referre in animo est.

CAPVT X.

Vtrum constitutio Friderici Imperatoris, quæ est in Auth. Sacramẽta puberum, C. si aduersus vend. locum habeat in impubere doli capace.

QVod Imperator Fridericus statuit in Auth. sacramenta puberum, C. si aduersus vend. locum sibi vindicare etiam in impuberũ, iuramentis, quãdo sunt doli capaces, existimarunt ibi Bar. Castr. & Alex. in l. qui iurasse, ff. de iureiur. Rom. ad l. is cui bonis, ff. de verb. obl. And. Isernia, & Afflict. in §. item sacramenta puberũ. ti. de pace iuram. firman. Affl. decis. 322. & ibidẽ Vrsillus, in addit. Pan. in consil. 39. lib. 1. & in consil. 108. lib. 2. Host. Io. And. & Imola, in c. cum contingat, de iureiur. Arch. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. Dec. & Cag. in l. pupillum, de reg. iur. Corn. in consi. 240. lib. 1. Seraphinus Senensis de priuilegijs iuramenti, priuil. 83. numero 24. & 25.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex eo, quod pupillus tenetur furti & periurij, c. 1. de delictis pueror. l. impuberem, ff. de furtis, l. pupillum, de reg. iur.

Secundum est ex c. ex litteris, 2. de sponsalib. vbi dicitur impuberes iuramento obligari ad matrimonium cõtrahendum.

Tertium ex l. vlt. ff. de liberali causa. ibi: *In eum, qui impubes iurauerit, scilicet, qui & iurare potuerit, danda est vtilis actio.* &c.

Cæterum, contrariam sententiam secuti fuere glossa,

A Petrus Cynus, Iacobus Butr. Baldus, Angelus, Fulgos. Alber. & Ias. in d. Auth. sacramenta puberum, Alcia. in c. cum contingat, nu. 229. de iureiur. Couar. in epitome de spons. par. 1. c. 5. §. 1. nu. 4.

Argumenta sunt ista. Primum, quia Friderici constitutio loquitur de pubere, ergo non est trahenda ad impuberem.

Secundum est, quia iuramentum debet habere tres comites, Veritatem, Iustitiam & iudicium, cap. etsi Christus, de iureiu. impubes autem non videtur habere iudicium, saltem plenum ac integrum, ut requiritur.

Tertium est ex eo, quod impubes voto non obligatur, c. 1. de regularibus, lib. 6. nec igitur iuramento.

Hanc sententiam posteriorem verissimam esse cẽseo: Est enim animaduertendum non solum eam constitutionem de puberibus loqui, verum etiam continere maximum rigorem, quia mandat sacramenta puberum super alienationibus rerum suarum inuiolabiliter obseruari,
B cum tamen alioqui alienationes fieri non possint absque decreto iudicis, ut patet ex toto tit. ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura, & C. de prædiis minor. quamobrem non defuere olim, qui constitutionem illam damnarint, veluti Cyn. nec desunt etiam hodie, vt patet ex Duaren. in comment. ad ti. C. de in integr. restit. minor. Ideo lex Friderici videtur esse intelligenda de solis puberibus, non etiam ad impuberes extendenda.

Ad argumenta facilè responderi potest: Nam etsi delinquendo impuberes obligentur, uel etiam matrimonium contrahendo, aut in alijs casibus, non tamen rectè infertur eos etiam obligari, dum res suas alienant contra legis formam.

CAPVT XI.

C *Vtrum contractus iuramento confirmetur, cum alioqui est inualidus, an vero ipsum duntaxat iuramentum seruandum sit.*

SEd hic controuertitur, an contractus minoris super alienatione rerum, & aliorum, qui est alioqui inualidus, iuramento confirmentur.

Et sunt qui negent confirmari, sicuti Ias. in Auth. sacramenta puberum, nu. 37. C. si aduersus vend. Alcia. in c. cum contingat, num. 116. de iureiu. vbi alios citat; quorum fundamentum illud est, quod Leges & Canones dicunt iuramenta obseruari debere, non autem cõtractus iuramento firmari, vt patet ex d. Authen. sacramenta puberum, & ex dicto c. cum contingat.

Cæterum, contraria sententia, quæ tales cõtractus iuramento confirmari docet, mihi videtur & communior & probabilior. Primum ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. in illis verbis: *Si tamen iuramento, &c. firmatum fuerit, omnino seruari debebit.* Hæc verba referuntur ad ipsum pactum, & indicant illud iuramento firmari.

D Secundo ex l. 1. C. si aduersus vend. in illis verbis: *Neque perfidia, neque periurii me authorem sperare debuisti.* illud verbum (*Perfidiæ*) refertur ad contractum, vnde si iuramento non confirmaretur, nulla esset perfidiæ detestatio, quia contractus minorum quinque & viginti annis super alienationibus bonorum, ex legibus & constitutionibus infirmantur, datur que minoribus ea potestas, vt eos infringant, ut in l. 1. & toto tit. ff. de reb. eorũ, &c. & C. de prædijs minorum.

Tertio hoc argumento moueor, quia si duntaxat iuramentum seruandum esset, & non etiam contractus cõfirmaretur, videretur esse cogendus is, cui iuramentum præstatur, ad relaxandum tale iuramentum, veluti præstitum in contractu nullo, & inualido, ac proinde illicito, ac non seruando, argumento, c. 1. de iureiur. quod tamen nullibi vel canones, vel leges insinuant.

Atque hanc sententiam secuti fuere Bart. in l. si quis pro eo, nu. 9. ff. de fideiussor. Cur. in consil. 47. num. 4. &

alij,

alij, quos refert, & sequitur Couar. in c. quamuis, in 2. par. relect. §. 1. nu. 7. de pact. lib. 6. & Seraph. Senensis alijs adductis de priuilegijs iuramenti, priuil. 61.

Ad argumentum respondeo, vtrunque caueri, vt uidelicet & iuramentum seruandum sit, & contractus ipse tam quam iuramento firmatus.

CAPVT XII.

Vtrum ex iuramento promissorio oriatur actio.

CElebris est controuersia; vtrum ex iuraméto, quod promissorium vocatur à doctoribus nostris, oriatur actio & obligatio. Quę res vt melius intelligatur, prius disserendum est, quid secundum ius Canonicum.

Quod attinet ad ius ciuile, duæ sunt doctorum sententiæ; altera ex iuramento actionem & obligationē oriri: altera vero non oriri actionem, neque obligationē, sed officium iudicis implorandum, quo is, qui iurat, compellatur ad obseruandum iuramentum.

Prioris sententiæ authores fuere quidam Vltramontani doctores, vt refert Bald. in l. 1. C. de operis libertor. Item Ludou. Romanus ad l. si quis maior, C. de transac. & Io. Franc. Purpuratus, ibid. nu. 21. Fortunius ad c. 1. de pact. nu. 23. Io. Corasius ad l. admonendi, nu. 12. ff. de iureiuran. Didacus Couar. in relec. rub. de pact. par. 1. §. 2. post nu. 4. & 5. Seraph. Senensis, alios citans, de priuil. iuramenti priuil. 19. His addi possunt Zasius in rub. ff. de ver. obl. nu. 12. Sarmientus, lib. 1. Selectarum interpretationum, cap. 3. & Petrus Calephatus, ad l. iurisgentium, §. igitur nuda, nu. 56. ff. de pact.

Posterioris autem sententiæ authores sunt Bart. ad l. si quis pro eo col. 2. ff. de fideiuss. Imol. in c. cum contingat, nu. 30. de iureiur. Corneus in auth. Sacramenta puberum, ante nu. 39. C. si aduersus vend. Alex. in l. si quis maior, col. vlt. C. de transac. & ibid. Alc. nu. 64. & Cagn. nu. 130. Ias. in l. iusiurandum, nu. 7. ff. de iureiu. Cuiacius in Paratitlis ad ti. C. de reb. credi. ti. & iureiur.

Prioris sententiæ arguméta sunt ista. Primum ex l. vt iurisiurandi, ff. de operis lib. & ex l. vlt. ff. de liberali causa, quibus ex legibus apparet, ex iureiurando liberti obligationem oriri.

Secundum est ex d. authen. sacramenta puberum, & l. 1. C. si aduer. vend. & alijs similib. locis, quibus statuitur iura esse inuiolabiliter obseruanda, & eis confirmari contractus & pactiones. Videtur enim in consequentiá dicendum, ex eis oriri actionem & obligationem.

Tertium ex l. si quis maior, C. de transac. quatenus ibi dicitur, agi posse ad pœnam consequendam, quæ transactioni est adiecta. Nam cum ex transactione non oriatur actio, l. cum proponas, C. de pact. cur in ea specie agi possit, iuramentum, quo transactio est firmata, in causa esse potest.

Quartum argum. est ex l. quæ sub conditione, §. quoties, ff. de cond. instit. & in l. hæc scriptura, ff. de condit. & demonst. quibus in locis habetur, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse ad dandum vel faciendum.

Postremum est l. iterum, ff. de manumissis testa. in fi. ibi: *Quamuis post manumissionem iuret, non obligatur*, & l. si quis decedens, §. codicillis, de leg. 3. ibi. *Respondi ex his quæ proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator affirmauit, credendum esse scripturæ.* Citantur hæ leges à Sarmiento loco annot.

Posterioris autem sententiæ præcipuum fundamentū est in l. si quis pro eo, ff. de fideiussor. *Si quis pro eo*, inquit *qui libertus non esset, & operas præstaturum se iurasset, fideiussisset, non tenebitur.* Nam si obligatio nasceretur ex iureiurando, fideiussor teneretur.

Posterior hæc sententia mihi verior videtur, non quidem eo argumento, quod iam allatū est. Illud enim egregiè confutant Couar. & Sarmientus locis annotatis, sed

A eo argumento, quod nullibi cautum reperitur, ex iureiurando actionem oriri, seu obligationem, præterquam in liberto, qui operas promisit, l. ut iurisiurandi, ff. de ope. lib. Vlp. *Vt iurisiurandi*, inquit, *obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret, & libertatis causa iurare.* Vnde & Caius lib. 2. Institutionum, ti. 9. *Item & alio casu*, inquit, *vno loquente & sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio. Id est, si libertus patrono aut donū, aut munus, aut operas se daturum esse iurauerit. In quo supradictis liberti non tam verborum solemnitate, quam iurisiurandi religione tenentur, sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest.*

Ex his patet responsio ad primum argumentum, est enim ita specialiter in liberto constitutum, ex quo sequitur, ut in alijs personis secus sit dicendum.

Ad secundum respondeo, iuramento contractus confirmari, & ex eis actionem oriri, non autem ex iuramento confirmante, quia illud non est aptum, nec inuentum

B ad actionem producendam.

Ad tertium respondeo, pęnam peti posse in specie d. l. si quis maior, quia per stipulationem promissa fuit, solebat enim olim adhiberi stipulatio pœnæ, vt declarat Alciatus, ibid. nu. 66.

Ad quartum respondeo, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse, sed non iure actionis descendentis ex iureiurando, sed iure obligationis descendentis ex ultima voluntate defuncti.

Ad vltimum respondeo, illud in liberto loqui, quem diximus ex iuramento obligari. ad §. codicillis, respondeo, non probari ex eo, quod iuramentum actionem producat, sed quod scripturæ sit credendum, propter iuramentum testatoris.

Quod vero attinet ad ius canonicum, ex iuramento actionem oriri docuerunt glos. in c. quotiens cordis oculus, 1. q. 7. Io. And. & Host. in c. cum venissent, de instit. Bar. in l. si quis pro eo, col. 2. ff. de fideiusso. Fel. in c. 1. de

C iurein. Fortunius in c. 1. nu. 26. de pact. Corasius in prælud. l. admonendi, nu. 17. ff. de iureiu. Anton. Corsetus in rub. de iureiu. nu. 11. Alc. in c. cum contingat, de iurein. & in l. si quis maior, nu. 68. C. de transa. Sarmientus Select. interpr. c. 3. lib. 1. Couar. Seraphinus & Calefactus, in locis superius annotatis.

Fundamentum est in c. cum contingat, de iurein. & concordantibus, quibus dicitur contractus iuramento confirmari. Item in c. debitores, & in c. 1. eo. ti. vbi is, cui præstatur iuramentum, illud remittere potest, ex quo sequitur, quod actionem habeat. Facit tex. in cap. ecce. 22. quæst. 2. ibi: *Non enim quando iuras, tibi, aut lapidi, sed proximo tuo iuras.*

In contraria aūt sententia fuere Innoc. in c. nouit. de iudic. & in c. cum venissent, de instit. Imolensis in c. cum contingat, post nu. 31. vers. sed aduerte, de iureiur. Ias. in l. iusiurandum, nu. 8. ff. eod. ti.

Fundamentum est, quia nullus locus proferri ex iure

D canonico potest, vbi probetur, actionē oriri ex iuro, immò per censurā ecclesiasticam cōpellendum esse, eū, qui iurauit, ad præstandum quod promisit, docet S. Pont. in c. vlt. de foro comp. lib. 6. *Cum C. Laicus* (inquit S. Pon.) *pro quo soluisti*, & c. *se seruare recuset indemnem contra iuramentum*, &c. *ipsum coram Ecclesiastico iudice, & c. de iure poteris conuenire. Vt ipsum monitione præmissa, per censuram ecclesiasticam, & c. prauia ratione compellat.*

Hæc sentētia mihi verissima videtur. Ad arguméta in contrariū rńdeo, negando singulorum consequentię, & si enim iuro contractus confirmantur, non tū sequitur actionem ex eo nasci, quia iuramentum non est modus actionis inducendæ & obligationis, ex qua oriatur actio.

Rursus non est bona consequentia. Iuramentum præstatur parti, & illa potest remittere, ergo actionē habet. Nā ius habet pars, cui præstatur iurm, ut possit per officiū iudicis iurantem compellere ad seruandū iuramentum, & illud ius remittit, cum iuramentum remittit.

CA-

CAPVT XIII.

De potestate secularis Principis relaxandi seu remittendi iuramentum, & de eo statuendi.

INgens controuersia est, an liceat Principi seculari iuramentum relaxare, & remittere, ac de eo statuere.

Sunt enim qui affirmant, Accursius in l. adigere, §. vlt. ff. de iure patronatus, & alij, quos commemorat Iason in l. vlt. ff. qui satisd. cogan.

Sunt qui negant, & horum maior est numerus, vt refert Iason loco annotato, Couar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. 1. par. relect. §. 3. nu. 7.

Sunt qui ex causis iustis publicam vtilitatē respicientibus id licere contendant, veluti Couar. loco annotato, post alios quos citat.

Sunt qui legem seu statutum fieri posse dicant, vt iuramentum in certis contractibus non obliget, sed præsumatur dolo extortum, Bart. in l. omnes populi, nu. 24. ff. B de iustitia, & iure, alios citat Iason in d. l. vlt. ff. qui satisd. cogant. & Seraphin. priuileg. 83. nu. 79. Nec desunt, qui hanc etiam potestatem Principibus negent, Ruynus in cons. 51. nu. 23. lib. 1.

Prioris sententiæ fundamentum est in d. l. adigere, §. vlt. *Lege Iulia*, inquit, *de maritandis ordinibus remittitur iusiurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne vxorem duceret.*

Confirmatur, quia parti est permissum iuramentum remittere, vt in c. 1. de iureiur. ergo multo magis Principi, qui est dominus.

Secundæ opinionis fundamentum est in cap. nouit. de iudic. & in c. venerabilem, de electio, ibi. *Vtrum verò iuramentum sit licitum vel illicitum, & ideo seruandum, an non seruandum extiterit, nemo sanæ mentis ignorat ad nostrum iudicium pertinere.*

Tertiæ opinionis fundamentum est ex l. quæ sub conditione, §. si quis sub iurisiurandi, ff. de condit. instit. ibi: C *Et magis est, vt remitti iurisiurandi religio debeat*, & in l. 2. C. de indicta vidui. toll. ibi: *Nullum concedimus fieri iuramentum, secundum prædictam legem.* Et in l. non dubium, C. de legib. ibi in fine. *Nec Sacramentum admitti.*

Quartæ opinionis fundamentum est, quia iuramentum dolo extortum, seu vi, non obligat, c. quamuis, de pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiur.

Quin autem possit lex ciuilis præsumere iuramentum dolo extortum, ea iusta causa, dubium non est; vt, si contractus fiat absque solemnibus necessarijs, l. quemadmodum, C. de agricolis, & censitis, lib. 11.

Postremæ sententiæ fundamentū est, quòd iuramentum sit res spiritualis, de quo proinde statuere, ac disponere nō possit Princeps secularis, sed Ecclesiasticus duntaxat, quoniam illa potestas: *Quicquid ligaueris super terram, & quicquid solueris*, data fuit Petro Apostolorum Principi & successoribus, non autem laicis hominibus.

Ego distinguenda esse arbitror iura vetera à nouis: D nam secundum leges veteres, Principibus absque dubio potestas de facto fuit remittendi iuramentum, & de eo disponendi, ac statuendi: sicuti probant leges pro priore sententia allatæ, & præclarè probat l. vlt. ff. ad Municipalem. ibi: *Imperatores Antoninus, & Verus scripserunt gratiam se facere iurisiurandi ei, qui iurauerat se ordine non interfuturum.*

Cæterum secundum canones, solus Ecclesiasticus iudex iuramentum relaxare potest, vt in c. nouit, de iudicijs, quòd vt seruetur æquum est, quicquid obloquatur Duar. in comment. C. si aduersus vend. quia iuramētum præstatur Deo, & res spiritualis est; quam tractare, & de ea disponere ad eum spectat, qui potestatē habet à Deo. Is autem est iudex Ecclesiasticus.

Nec obstat, quòd pars, cui præstitum est iuramentū, illud remittere possit, quia illi est ius quæsitum ex iuram. promissorio, quod ius proinde remittere potest; & aliquando etiam A debet, vt in d. c. 1. de iureiur. Ex quo non sequitur, Principem secularem illud remittere posse. Nam neq; illi iuramentum est præstitum, neque ius quæsitum est ex eo.

Nullam itaque constitutionē laici Principis valere iudico de iuramento quouis modo relaxando seu infirmādo præcipientē, nisi ab Eccles. authoritate robur accipiat.

CAPVT XIV.

Possitne minor grauiter læsus in integrum restitui aduersus contractum iuramento firmatum, & absolui à iuramento.

DIsputatio grauis, perplexa est, vtrū minor aduersus contractum iuramento firmatum restitui in integrum possit ob enormem læsionem?

Et quidem negant quamplurimi restituendum, multi affirmant. Nonnulli distinguunt inter læsionem enor- B mem & enormissimam. Vide doctores in Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. & in c. quamuis, de pactis, lib. 6. vbi Didacus Couar. in 3. par. §. 4. nu. 3. Antonium Gabrielium commu. concl. tit. de iure dotium, concl. 1. num. 8. & 9. Pancirolum, in cons. 1. Menoch. in cons. 401. lib. 1. Seraphinum Senens. de priuileg. iuramēti, priuileg. 136.

Qui minorem restituendum negant, eo nituntur argumento, quòd iuramenta puberum inuiolabiliter obseruanda esse, cautum sit, vt in d. Auth. Sacramenta puberum, & alibi. Nam si restituendus esset minor, non inuiolabiliter iuramentum seruaretur.

Huc accedat text. in l. 1. C. eod. tit. ibi: *Neque perfidiæ, neque periurij me authorem futurum sperare debuisti.* Est enim necesse affirmare in ea specie minorem in integrū restitutionem postulasse, sed quia iurauit Alexander, ait se nolle authorem esse periurij.

Cæterùm, qui affirmant, eo argumento vtuntur, quòd C vbi tam enormis est læsio, videtur ibi dolus esse, argum. l. si superstite, C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff. de verbo. oblig. At vbi dolus interuenit, iuramentum non est seruandum, vt in c. cum contingat, de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo*, &c. Et in d. c. quamuis, de pactis in 6.

Ego sanè procliuior in hanc posteriorem sententiam sum, quia iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, & iura subuenire solere enormiter læsis, ac deceptis, notius est, quàm vt probatione indigeat, vt patet ex l. si superstite, C. de dolo, ex l. maioribus, C. cōmu. vtriusque iud. ex l. si quis cum aliter, ff. de verb. obli. & ex alijs locis. Quare vt maximè iuramenta puberum contractū firment, ac corroborent, non tamen efficitur, aduersus talia iuramenta negandam esse minoribus restitutionē, si læsi fuerint. Nam sic argumentari licet. Minoribus læsis, ac deceptis iura subueniunt, ac in integrum restitutionem concedunt l. 1. l. minoribus, & toto ferè tit. ff. de minoribus, & ff. de in integ. restit. ergo & minoribus ita D deceptis subueniendum erit, licet iuramento contractū confirmauerint.

Non obstat iuramentum, quia illud facit, vt minori non liceat contractum inualidū rescindere; veluti quando absque curatore suo rem distraxit, l. si curatorem habens, C. de in integrum restit. Vel si cum curatore rem immobilem distraxit. Neque enim valet alienatio absq; decreto iudicis, vt dictum est supra hoc eod. lib. c. 1. sed iuramentum operatur vt valeat, & seruandus sit contractus. Quare ad argumentum sumptum ex l. 1. & ex Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. respondetur, iuramenta quidem puberum esse inuiolabiliter seruanda, nec legem esse causam perfidiæ, aut periurij, ad hoc scilicet, vt contractus rescindatur tanquam nullus; non autem, quo minus in integrum restituatur pubes grauiter læsus: Iuramenti scilicet absolutione obtenta, ad effectū (vt vocant) in integrū restitutionē petendi.

Sic enim statuo, non eam fuisse mentem Friderici in

d. Auth. Sacramenta puberum, & Alex. in d. l. 1. vt vno verbo vniuersum in integrum restitutionis beneficium minoribus, qui læsi sunt, concessum tollerent.

Quòd si quis secus esse dicendum putet, eam ob cām, quòd Imperator Alexander de in integrum restitutione loquatur, sicuti & natura tituli ostendit; huic respondetur, nullum esse verbum in d. l. 1. quo significetur minorem illum, qui iurauerat, læsum fuisse, aut saltem enormiter læsum. Nam si læsus grauiter fuisset, non dixisset Imperator, se authorem illi perfidię non futurum; minoribus enim ita deceptis, legibus est permissum, nō exequi promissa. & aduersus ea restitutionem postulare.

Non me latet controuersiam esse non exiguam, an à tali iuramento peti possit absolutio, vt videre licet ex Iasone in d. Auth. Sacramenta puberum, nu. 42. & sequentibus aliis nnni.

Ceterum, eorum sententia magis probatur, qui affirmant peti posse, ea ratione, qua & aliàs argumentatus sum lib 1. ca. 6. nempe iuramētum esse relaxandum, vbi seruari nō potest absque peccato eius, cui prestitum est, vt in c. 1. & in c. debitores, de iureiur. Neque enim debet esse iniquitatis vinculum, sed tres comites habere, veritatem, iustitiam & iudicium.

Porrò eum iniustè facere, & grauiter peccare, qui alterum contrahendo decipit, late docet Couar. variar resol. lib. 2. cap. 4. num. 11.

Fundamentum contrariæ sententiæ in eo est positū, quòd leges, & canones iubeant iuramenta inuiolabiliter seruari; quid ni? Sed non sequitur inde, quod subdunt; nempe absolutionem peti non posse, quia etiam iuramētum de præstandis vsuris est seruandum, vt in c. debitores, de iureiur. & tamen nemo negat, quin absolutio peti, & impetrari possit, vt in c. 1. eod. tit.

CAPVT XV.

Vtrum fideiussor beneficium habeat excussionis, vbi iureiurando se obligauit.

FIdeiussorem, qui iureiurando se obstrinxit, excussionis exceptionem non habere, censuerunt Baldus in c. ex rescripto, de iureiur. & Anchar. ibidē in sexto notabili. Alex. in cons. 32. col. vlt. vers. quarto principali fundamento, lib. 4. Capella Tholosana decis. 130. Marsilius in rub. de fideiussor. b. nu. 9. Gozadin. in consi. 32. nu. 24. Ronchegallus ad l. 3. §. vbi duo, nu. 127. ff. de duob. reis O alcus decis. 43. nu. 4. & alij, vt per Seraphinum Senens. priuileg. 88.

Horum fundamentum est præcipuum in d. c. ex rescripto, vbi summus Pontifex debitori, ac fideiussori mandat vt soluat, & quidem simpliciter & absolutè, non autem adhibita vlla distinctione, an principalis debitor excussus fuerit necne: *Ideoque mandamus*, inquit. *quatenus tam Abbatem, &c. monere curetis, vt sicut iurarunt, eandem conuentionem faciant adimpleri.*

Cæterum contrariā sententiam habuere idem Bald. sibi non constans in c. cum contingat, col. 10. de iureiur. Alexand. sibi contrarius in l. vlt. ff. si certum petatur, & ibidem Decius, & Iason, Felyn. in d. c. ex rescripto. Grāmaticus, cons. 170. Alciatus in d. c. cum contingat, num. 174. de iureiur. Couar. in relect. cap. quamuis, in 1. parte, §. 4. num. 4.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturā actus, super quo interponitur, l. vlt. C. de non num. pec. Sed natura obligationis fideiussoriæ est, vt conueniri nō possit ante principalem debitorem, ergo. &c.

Et hanc sententiam ego arbitror probabiliorem esse. Nec obstat tex. in d. c. ex rescripto, quia nō dicit ibi summus Pontifex, fideiussorem amittere beneficiū legis, vt scilicet principalis debitor imprimis cōueniendus sit; & licet fideiussori mandet, vt soluat, id mandat & debitori. Nec tollit legis beneficium. Quod si iuramentum id ef-

A ficeret, necesse erat id exprimere. Sicuti aliàs summus Pontifex solet, cùm aliquid statuit propter iuramētum, quod legibus repugnat, vt patet ex c. cum contingat, de iureiur. ex c. quamuis, de pactis, lib 6. & alibi.

Huc accedat, quod excussionis beneficium, & exceptio summa nititur æquitate, adeo, vt pium esse dicat Imperator in Nouella 4. *Fideiussoribus, & id genus hominib. auxilium ferre.* Consequenter cum ius canonicum æquitate potissimum nitatur, haudquaquam verisimile est, illud auferre iuranti beneficium, de quo agitur.

Alia quædam à Seraphino in medium afferuntur, sed leuiora quàm vt confutatione egeant.

CAPVT XVI.

Vtrum emphyteuta, qui canonem emphyteuticum se soluturum iureiurando promisit, cadat iure suo, si vno duntaxat anno cessauerit in solutione.

B

COntrouertitur, & illud inter doctores circa vim & efficaciam iuramenti, vtrum emphyteuta, qui iuramento promisit se canonem soluturum, & primo anno non soluit, statim expelli possit, etiam triennio non expectato, quod tempus à lege constitutum est, vt expelli possit, si cessauerit, l. 2. C. de iure emphyt.

Et sunt multi qui affirmant, non pauci etiam qui negant.

Affirmant Baldus in c. querelam, de iureiur. Alexan. in cons. 85. lib. 1. Ripa in c. 2. col. 5. de rescrip. Marsil. singul. 226. Cattelianus Cotta in verbo *emphyteuta*. Rota pro maiori parte dnorum apud Cassiodorū decis. 2. tit. de iureiur. Alios citat Seraphinus de priuileg. iuram. priuileg. 84. quibus adde Aurel. Corbulum de iure emphyteutico, cap. 15. amplia. 40.

Fundamentū est in d. c. querelam, de iureiur. vbi priuatur Ecclesia, quam obtinebat regimine, is, qui iurauit

C soluere, & non soluit. Item in l. si quis maior, C. de transact. vbi is, qui iuramentum non seruat, priuatur omni commodo & emolumento contractus.

Negant autem Curtius senior, in d. l. si quis maior, nume. 30. addentes ad Alexand. in cons. 85. lib. 1. Couar. in relect. c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 1. par. §. 4. num. 5. & alij à Seraphino relati loco proximè citato.

Horum fundamentum est, quia lege constitutum est, vt emphyteuta ita demum à iure suo cadat, si per triennium in solutione cessauerit, l. 2. C de iure emphyt. Quod autem si iurauerit, & non soluerit, statim priuetur, nulla lege cautum est. Vnde iuramentum sequi debet naturā contractus, argumento l. vlt. C. de non num. pecun.

Hæc posterior sententia mihi sanè æquior, & probabilior videtur. Non obstat c. querelam, quia periurus excluditur ibi ab Ecclesiæ administratione, nos verò loquimur in contractu, in quo non ita cautum est, vt periurus in plus teneatur, quàm lex & natura contractus postu-

D let, vel vt ius suum amittat aliter, quàm lege caueatur.

Nec quicquam facit l. si quis maior, tum quia de transactione specialiter loquitur, ac intelligenda est, vt aliàs disputatum est, tum quia nihil aliud vult, quàm iurantē carere commodo contractus, id est, actione, quam habēbat ex contractu. Est enim iniquum, vt quis velit sibi seruari fidem, quam ipse violauit. Sed in proposito, ita lege cautum est, vt emphyteuta non obseruans fidem, & sic in solutione cessans, non statim ius suum amittat, sed ita demum, si per triennium cessauerit, ergo non potest hoc iure priuari propter periurium; quia illud facit quidem, vt magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, vltorem habeat, iuxta l. 2. C. de reb. cred. non autem, vt ante triennium, contra legis decreta, expellatur. Quę enim erat difficultas legumlatori ita decernere, si voluisset? non igitur nobis licet interpretatione nostra nouam legem condere, qua uetus abrogetur in aliquo casu, de quo nulla fit mentio in iure ciuili, uel canonico.

CA-

CAPVT XVII.

An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum, præcise compelli possit.

Communiter receptum est, eum, qui ad factum obligatus est, præcise compelli non posse: Sed soluendo id, quod interest aduersarii, liberari: quam sententiam deducunt, ac probant doctores ex l. stipulationes non diuiduntur, ver. Celsus, ff. de verbor. oblig. & ex aliis locis, de quibus nunc non disputo.

Cæterum est controuersia, an si promissioni iuramentum accesserit, idem statuendum sit, an vero propter iuramētum is, qui promisit, compelli præcise possit. Et quidem compelli posse docuerunt glossa in l. si pecunia. ff. de condi. causa data. Iason & alii eo loco, & plures alij quos commemorant Couar. in relect. c. quamuis, in 1. parte. §. 4. nu. 6. de pactis, lib. 6. & Seraphinus Senensis de priuileg. iuramenti, priuileg. 74.

Sed contrariam sententiam habuerunt Corneus in consil. 246. lib. 4. Io. de Anan. in c. querelam. Ne prælati vices suas, &c. Decius in cap. primo. nu. 23. de iud. Afflict. decis. 195.

Quorum illud est fundamentum, quod iuramentum sequitur naturam contractus, seu obligationis, cui adijcitur l. vlt. C. de non num. pec. cum similibus.

Sed mihi magis probatur prior sentētia, quæ communior, æquior & tutior est. Nam is, qui iurauit, tenetur. seruare iuramentum. Nemo autem negat, quin magis dicatur seruare iuramentum is, qui præcise facit, quod promisit. Cum potest id facere, quam is, qui nō facit, sed præstat, quanti stipulatoris interest. Vt ergo iuramētum aliquid operetur, quod alioqui robur maius addere obligationi consueuit, existimarem promissorem esse præcise compellendum ad factum: Præsertim cum & alias fauore libertatis specialiter sit constitutum, vt obligatio facti sit præcisa. l. qui Romæ. § Flauius, ff. de verb. oblig. Item, & fauore Reipublicæ, vt in l. fideicōmissa, §. vlt. de leg. 3. Cur ergo non idem sit statuendum fauore religionis iurisiurandi.

Quod autem obiicitur ex l. vlt. C. de non num. pecun. nihil obstat, quia iuramentum non obligat eum, qui iurauit, præter eius consensum, vt ibi, sed hic consensus adest, exceptio nulla est, iuris tantum quædam subtilitas obiicitur, quæ causa religionis cedere debet. Atque ita puto.

CAPVT XVIII.

Vtrum fideiussores dotium iureiurando obligentur.

Ne fideiussores dotium restituendarum dentur, cautum est l. 1. & 2. C. ne fideiussores dotium dētur: Sed vtrum, si fuerit datus fideiussor, & is iureiurando se obligauerit, teneatur, non vsque adeo exploratum est.

Et quidem non teneri, neque conueniri posse, atque hac in parte iuramentum nihil derogare legibus, docerit Bart. in l. si quis pro eo, nu. 9. ff. de fideiuss. Alciatus in c. cum contingat. nu. 312. de iureiur. & alii vt per Seraphinum, priuileg. 69.

Argumētū illud est, quod cū lex prohibeat dari fideiussores, is peccare videatur, qui aduersus legem facit, iuxta illud: *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* c. 2. de maior. & obed. Item quia videtur esse contra bonos mores, quo casu iuramentum non est obligatorium. ca. non est obligatorium, de reg. iu. lib. 6.

Esse contra bonos mores ex eo patet, quod lex fideiussores dari vetuit, ne inter coniuges perfidiæ occasio oriatur, absurdum enim censuit dotem datam ei non tuto credi, cui persona committitur & creditur.

Contrariam sententiam secuti sunt Baldus Nouellus

A de dote, parte 6 priuileg. 21. limitatione 12. & Couar. alios citans in relect. c. quamuis, in 2. par. §. 2. circa finē, de pactis lib. 6.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Nam iuramentum hoc in casu non repugnat iuri diuino aut naturali, nec vllum continet peccatum, & licet iustas ob caussas lex vetuerit dari fideiussores, non tamen efficitur, quin iuramento accedente, illud seruandum sit; vt in simili docet summus Pontifex d. c. quamuis, & in ca. cum contingat, de iureiurando.

Non obstat quod dicitur eum peccare, qui contra legum prohibitionem facit. Nam etsi contra legem faciat, qui fideiussorem exigit, iuramento tamen obligatur fideiussor, qui promittit: Sic & qui vsuras promittit, obligatur iuramento, licet contra legem faciat, vt in ca. debitores, de iureiur. Sic lex vetat fundum dotalem alienari, & tamen iuramentum alienationem confirmat, vt in d. ca. cum contingat.

B Non obstat, quod dicitur, esse contra bonos mores, quia id negatur. Neque enim quicquid iustas ob causas lege ciuili est prohibitum, statim contra bonos mores factum dici potest. Exemplum sit in specie d. c. quamuis, & d. c. cum contingat.

CAPVT XIX.

An stipulatio alteri facta iure canonico sit efficax, & quid si iuramento vallata sit.

Alteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. oblig. sed vtrum id etiam iure canonico procedat, controuertitur. Nam iure canonico stipulationem alteri factam esse efficacem, censuerunt glos. in c. quoties cordis oculus. 1. q. 8. Ant. Butr. in c. si cautio. de fide instrum. Bald. in l. illud, C. de sacrosanct. Eccles. Couar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. C part. § 4. nu. 9. vers. decimò vt ad propositum.

Fundamentum est, quoniam iure ciuili ideo non valet stipulatio alteri facta, quia inuētæ sunt stipulationes, vt vnusquisquis sibi acquirat id, quod sua interest: vt in d. §. alteri. Hęc autem ratio iure canonico nō inspicitur, sed illa tantum, vt quis fidem seruet, quia ita ratio naturalis docet: Vnde & communis est sententia canonistarum, in c. 1. de pactis, ex pacto nudo actionem oriri secundum ius canonicum.

Contrariam sententiam secuti fuere Felyn. in proœmio Gregoriano nu. 23. Abbas in d. c. si cautio. col. 3. de fide instrum. Io. Faber. in §. alteri, in instit. de inut. stip. Imola, Romanus, Alexander, Ias. & Alc. in d. l. stipulatio ista, §. alteri, quibus & ipse assentior.

Probatur primo, quia non est inducendum aliquod discrimen inter ius canonicum & ciuile, nisi expressum sit, ut in c. 1. de op. no. nunc. sed nullibi iure canonico est expressum; alteri stipulationem factam valere cōtra iu-
D ris ciuilis regulas, ergo non valet.

Secundum argumētum sumi potest, ex cap. quanquā de vsuris, lib. 6. quatenus ibi exigetur persona publica, vt stipulatio alteri fiat.

Tertium est ex eo, quod etiam iure canonico valet exceptio illa; *Tua non interest*, cap. cum inter, de elect. cap. non solent. 2. q. 7. sed vt alteri detur, stipulantis non interest, vt ait text. in d. §. alteri, ergo stipulatio alteri facta etiam iure canonico non valet.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo, illud non obstare, quia etiam iure ciuili proditum est, seruandam esse fidem, & tamen alteri stipulari nemo potest. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioquin si generalis illa regula inspiciatur, fidem seruandam esse, etiam minorum, & pupillorum, & Ecclesiarum contractus & promissiones erunt efficaces absque solemnibus iure necessariis, quod tamen est absurdum.

Quòd

Quod vero dicitur: In pacto nudo actionem oriri, iure canonico verum non est, vt est dictũ supra lib. 1. c. 99.

Cæterum si iuramentum accesserit, stipulationi, eam esse efficacem docuere Bar. in l si quis pro eo. ff. de fideiusso, glo. in d. c. quoties cordis oculus. 1. q. 7. Bald. in l. nam postea, §. iusiurandum, ff de iureiur. Iason in d. l. stipulatio, §. alteri, ff. de verb oblig. Couar. in d. ca. quamuis, in 2. part. §. 4. num. 11. Seraphinus de priuileg. iuramenti. priuileg. 24.

Argumenta sunt ista. Primum. stipulatio alteri facta valet, si pœna adiiciatur, d. §. alteri, ergo multo magis, si iuramentum accesserit.

Secundum. Ex stipulatione alteri facta nascitur saltẽ naturalis obligatio, quia promissio inest, l. 1. ff. de pactis. Ergo si iuramentum accesserit, efficacem producet obligationem.

Tertium. Iuramentum præstatur Deo cap. debitores. de iureiur. Deus autem partis præsentiam supplet, l. properandum, §. cum autem, C. de iudiciis.

Quartum. Iuramentum confirmat contractus, & pacta alioqui iure ciuili inualida, c. quamuis, de pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiu. ergo confirmabit etiã stipulationem alteri factam, quamuis iure ciuili nullam & efficacem.

Quintum. Vbi iuramentum obligationi adiicitur, ibi non inspicitur an intersit stipulantis, quia seruandum est iuramentum, vt patet ex c. debitores, de iureiur.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, ꝙ iuramentum sequatur naturam principalis obligationis, quod si illa non valeat, neç iuramentum aliquid operetur, l. non dubium, C. de legib. l. vlt. C. de non num. pec.

Huc accedat quod illa exceptio, *Tua non interest*, etiã iure canonico recte obiicitur, vt dictum est supra ex ca. cum inter, de elect.

Sed mihi probabilior videtur prior sententia. Licet enim nullus textus iuris canonici de stipulatione alteri facta, cui iuramentum accesserit, loquatur; tamen cum illa non valeat ex solis iuris ciuilis regulis, certe iuramento accedente, valere debet, sicut & aliæ obligationes & cõuentiones iuramento firmantur, quæ tamen iuris ciuilis regulis improbãtur. Nec enim vlla ratio diuersitatis afferri potest.

Ad argumenta respondeo. Non prohiberi lege Cæsarea stipulationem alteri factam, sed efficaciam denegari. Ideo non ad rem pertinet regula. l. non dubium, C. de legib. Et licet iuramentum regulariter sequatur naturam actus, tamen id non procedit, vbi agitur de cõtractus iurati efficacia, quia licet absq; iuramento reprobetur, iuramento tamen adhibito valet, & seruandum est.

Quod vero dicitur exceptionem illam, *tua nõ interest*, etiam iure canonico obtinere, nihil obstat, quia iuramẽtum erit seruandum, & salua nihilominus debitori, seu promissori exceptio erit seu repetitio, postquam iuramẽtum obseruauerit, vt in simili habetur in d. c. debitores, de iureiuran.

CAPVT XX.

Qui promisit alienum factum sub pœna, vtrum excusetur, si fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, noluit facere.

Excusandum omnino, neque pœnæ obnoxium esse debere eum, qui omnem adhibuit diligentiam, vt alter faceret, si is noluit facere, licet factũ alienum promiserit sub pœna, docuerunt glo. in c. ex rescripto, de iureiur. & ibidem Felyn. Bart. in cons. 236. Martinus promisit. Federicus Senens. in cons. 121. Dec. in l. impossibilium, de reg. iur. & in cons. 313. Afflictus decis. 295. alios citans. Couar. in c. quamuis, in 2 par. §. 4. nu. 3. de pactis, lib. 6. & Menochius in cons. 239. nu. 13. lib. 3.

Fundamentum est in l. si vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhodiam de iactu, ibi. *Idem iuris erit, si cum ea conditione à te*

A *conduxisset, vt certam pœnam tibi præstaret nisi ante constitutum diem merces suas eo loci exposuisset, in quem deuehẽdas eas merces locasses nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea pœna spectaret*, &c. Et quia difficultas excusat à pena periurii, vt in cap. breui, de iureiur. & in c. significãte, de pignoribus.

Contrariam sententiam amplexi fuere in l. si ita stipulatus fuero te sisti, §. postum, col 2. ff. de verb. oblig. Ias. in l. stipulatio ista, non procul a principio, ff. eod. & Zasius ibid. nu. 16. 17. Soc. sen. in cons. 288. lib. 2.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex d. l. stipulatio ista, ff. de verb. oblig. ibi. *At si quis velit factum alienũ promittere, pœnam, vel quanti ea res sit, promittere potest*, &c. Si pœnam promittere debet, ergo si non fiat, quod promissum est præstanda erit: alioqui inutilis erit pœnæ promissio: etsi enim factum alienum non sit in potestate promittentis, est tamen in eius ptãte pœnæ solutio.

Secundum argumentum est ex l. qui autem, §. sed etsi

B quis, ff. de constit. pecun. vbi Vlpianus: *Sed etsi quis, inq. certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, vt Põponius scribit.* Quid in̄ *si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri, eum qui promisit, nisi aliud actũ est.*

Tertium sumitur ex l. sancimus, C. de fideiussorib. *Sãcimus, inquit, si quis pro alio spopõderit, quatenus eum intra certum tempus tradat*, &c. *Et tempore statuto iam effluente non poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas inferre: sed competere quidem post tempus elapsum omnimodo pœnalem actionem*, &c.

Quartum sumitur ex regula. Subueniendum nõ esse ei, qui propria volũtate se in necessitatem coniecit, l. si fideiussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cogantur.

Quintum est huiusmodi. Nam si promittens excusaretur, ille posset colludere cum eo, cuius factum promisisset, vt nempe diceret se nolle facere, vnde stipulatio eluderetur. Malitiis autem hominum aditus patefieri non debet, l. in fundo, ff. de rei vendic.

C Nonnulli distinguunt, vtrum aliquis sub pœna promittat se facturũ & curaturum, vt aliquis faciat: an vero directe promittat alienum factum. Vide Alciatum & Ruynum in l. 4. §. Cato ff. de uerb. oblig. ille nu. 113. iste nu. 57. & Couar. loco proxime citato, post num. 4. vers. secundo est in hac controuersia & nu. 5. vers. septimo existimo.

Alij denique perpendunt, an quis promiserit se facturum, & curaturum vt aliquis faciat cum effectu, an uero simpliciter se facturum, & curaturum promiserit, sicuti authoritatibus adductis explicat ibi Couar. nu. 6.

Ego, distinctionibus omissis, existimo eam sententiã veriorem esse, quæ affirmat pœnã cõmitti, negatq; excusationi locum esse. Nam ut dicebat Seraphinus Senensis de hac cõtrouersia disputans, de priuilegiis iuramẽti, *priuilegio* 77. num. 13. duo sunt genera difficultatum considerãda.

Vnum est illud, ꝙ promissor ipso promissionis tempo

D pore videre potest. ꝙ si videat; & nihilominus se in obligationem coniiciat, certa pœna adiecta, nihil proponitur, cur excusari debeat propter difficultatem, quam præuidit: vt in proposita quæstione; nam promissionis tempore promissor præuidere potuit, ac præuidit futurum forsan, vt is, cuius factum promisit, nollet facere. Quare si illud sub pœna promiserit, non debet excusari eã ob causam, ꝙ ille noluit facere. Quam sentẽtiam plane euincũt argumenta superius allata.

Alterum difficultatis genus est, quod postea casu, uel aliam ob causam superuenit, nec à promissore præuideri potuit, ut in specie d. l. si uehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhod. de iactu. tunc excusatur quis à pœna propter eiusmodi difficultatem. Sic etiam canones loquuntur, ac intelligi debent quibus probatur, difficultatem efficere, ut quis in periurii pœnam non incidat, ex quibus fundamentum prioris sententiæ corruit, & hanc, quam diximus, sententiam probabiliorem esse, constare potest.

CA-

CAPVT XXI.

Tranſactio de alimentis futuris, an valeat abſque decreto, Prætoris, ſi fuerit iuramento firmata.

NOn ualere tranſactionem de alimentis teſtamento relictis, abſq; decreto Prætoris, iuſtas ſanè ob cauſas conſtitutum eſt, ut in l. cum hi, ff. de tranſact. ſed an idem ſtatuendum ſit, vbi iuramento fuerit a tranſigentibus firmata, controuerſi iuris eſt.

Affirmant idem eſſe ſtatuendum Bartolus in d. l. cum hi. Baldus in l. pactum, q. pen. C. de collation. & quidem alii, eo argumento, quod cum lex ciuilis eam tranſactionem improbet, abſque decreto Prætoris non poſſit iuramentum efficere, vt valeat, argumento l. non dubium, C. de legibus.

Iſtis ego non aſſentior, ſed contrariæ ſententiæ, quæ & verior, & communior eſt, eo argumento, quo in huiuſcemodi quæſtionibus perpetuo vtor, quod ſcilicet iuramentum facit, vt iuris ciuilis rationes ceſſent, cum religio præponenda ſit his regulis, vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in c. cum contingat, de iurein. & ſimilibus, qui quidem canones legibus hac de re ſtatuentibus præferēdi ſunt, cum de re ſpiritnali agatur hoc in caſu. Ita docēt Imola, in c. cum contingat. nu. 95. de iureiur. Couar. alios citans in c. quamuis, in d. 2. par. §. 6. nu. 4. Seraphinus priuileg. 101. quibus lubens ſubſcribo.

CAPVT XXII.

Vtrum conſtitutio cap. quamuis de pactis lib. 6. locum habeat filia renunciante, & Monaſterium ingreſſura.

REnunciatio hæreditatis paternæ facta a filia nuptui tradenda, ſi iuramento firmata fuerit, valet, vt in cap. quamuis de pactis, lib. 6. ſed an idem reſpondendum, ſi hæc fiat ab ea, quæ velit ingredi monaſterium, non vſque adeo exploratum eſt.

Etenim nequaquam idem ſtatuendum de filia ingreſſura monaſterium ex facto interrogati reſponderunt Felynus Sāderua, Bartholomæus Socinus, Philippus Corneus, & Carolus Ruynus, quorum reſponſa extant apud Ruynum in 1. vol. conſ. 204. 205. 206. 207. eandem ſentētiam ſecutus eſt Franc. Becius, in conſ. 74. nu. 12.

Argumenta vero ſunt iſta. Primum ex eo ſumitur, quod non valeat vlla conditio, pactum, aut aliud quidnis, quo animus a propoſito ingrediendæ religionis abducatur, vt in Nouella 123. §. ſi quis ſub conditione; uel ſecundū veterem translationem, in §. ſed & hoc præſenti, in authen. de Sanctiſſimis Epiſcopis. Sed talis renunciatio poteſt ea cauſa animum abducendi a propoſito ingrediendi Monaſterium, ergo non ualet.

Aſſumptū probatur, quia ſi filia non ingrediatur monaſterium, vel in eo non maneat, ſuccedet patri in hæreditate, ſi uero ingrediatur, non ſuccedet patri in hæreditatem conſequatur, euenire poteſt, vt ſententiam mutet, & ab ingreſſu religionis.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod talis renunciatio locum habere intelligitur, ſi hæreditas fuerit renuncianti delata. Fruſtra enim quis hæreditati renunciauerit, quam habiturus non eſt. Sed hæreditas hoc in caſu non defertur filiæ, ſed monaſterio, ſecundum cōmunem Doctorum ſententiam, in c. in præſentia, de probatio. & per Alex. in l. 1. n. 26. de vulgari, & pupill. ergo fruſtra fit talis renunciatio, & nihil impedit, quo minus monaſterium, cui defertur hæreditas, ſuccedere poſſit, ſicut renunciationem maternæ hæreditatis a filio facta patri, non obeſſe patri, in cuius poteſtate eſt filius, tradit Caſtren. in l. vlt. nu. 1. C. de bonis quæ liberis.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam amplexus eſt Couar. in d. c. quamuis, in 3. par. §. 2. n. 2. &

A ſequent, Bartoli, & aliorum authoritate nixus, qui in cōmentarijs l. vlt. C. de pactis, cenſuerunt, talem renunciationem a filia ingrediente monaſterium factam, valere, ſi iuramento fuerit confirmata.

Fundamentum eſt firmiſſimum, in deciſione d. c. quā nis, licet enim de filia matrimonio collocanda loquatur ea tamen ratione nititur, quod iuramentum ſit ſeruandum: *Si nec ui, nec dolo praſtitum ſit, nec uergat in diſpendium ſalutis aternæ, aut tertij præiudicium.* Quę quidem ratio, quin & in propoſita ſpecie locum habeat, negari non poteſt. Quare cum monaſterium hoc in caſu ſuccedere non poſſit, niſi ex perſona monialis, & illa iam excluſa fuerit renunciatione iurata, non uideo quo iure monaſterium eam hæreditatem uendicare poſſit.

Ad primum argumentum reſpōdeo, fruſtra hic timeri, ne animus a religione deterreatur, quoniam ea renunciatio argumento eſt animi planè deliberati, qui uidelicet omnibus bonis temporalibus ualere iuſſis, Deo inſer-

B uire decreuerit.

Ad alterum argumentum patet reſponſio, quia hæreditas defertur quidem monaſterio, ſed ex perſona monialis. Ita enim fecit filia renuncians, vt nec ipſa ſuccederet, nec monaſterium, ſed hæreditas paterna, quæ alioqui ad ſe pertinuiſſet, ſi non ingreſſa eſſet monaſterium, vel ad monaſterium, ex perſona ſua, ſi non renunciaſſet, iam ad alios proximiores pertineat, qui a legibus poſt eā ad ſucceſſionem uocantur.

Nec valet Caſtrenſis traditio, quia filius patri ſuo, cuius in poteſtate conſtitutus eſt, præiudicare non poteſt, vt in d. l. vlt. ſed filia monaſterio quin præiudicare poſſit, nulla eſſe poteſt dubitatio. Facit enim renunciando, ut hæreditas ei non deferatur, ſed alijs a lege vocatis, ut dictum eſt.

CAPVT XXIII.

C *Vtrum matris renunciatio iuxta formam c. quamuis, de pactis, li. 5. noceat filijs præmoriente matre quo minus ſuccedant in hæreditate aui.*

MAtris renunciationem præiudicare filijs, quo minus ex perſona propria ſuccedant auo, reſponderunt Ludou. Rom. in l. qui ſuperſtitis, ff. de acquir. hæred. Philippus Dec. in conſil. 185. & in l. pactum dotali, C. de collation. Gulielmus de benedictis in. cap. Raynutius, in uerbo, duas habens filias, nu. 181. de teſtamen. Bellonus in conſ. 15. nu. 5. Eugenius in conſ. 98. nu. 6. Caſſanæus in cōſ. 47. nu. 33. Surdus in conſ. 133. num. 11. & 12. lib. 1.

Fundamentum eſt, quia mater dote accepta renuncians, conſecuta eſſe uidetur hæreditatis partem ſibi debitam, quia dos eſt loco hæreditatis. Satisfactio enim pro ſolutione habetur, l. ſatisfactio. ff. de ſolutio. Sed ſi mater ſucceſſiſſet patri: proculdubio ſuccedere non poſ-

D ſent filij eius, quia mater eos prçceſſiſſet in gradu. Igitur idem ſtatuendum uidetur, vbi mater loco ſucceſſionis dote fuit contenta, & ſatisfacta, quia eſt perinde, ac ſi hæreditatem habuiſſet. Præſertim vero ſi filij ſint hæredes matris & dotem maternam conſecuti fuerint. Neque enim contra eius factum uenire poſſunt, l. cum a matre, C. de rei vend. aut bis idem exigere, vel tantundem, l. bona fides, de reg. iur.

Sed contrariam ſententiam ſecuti fuere Bart. in d. l. qui ſuperſtitis, ff. de acqu. hæred. Bal. in l. pactum dotali. in 2. quæſtio. C. de collation. & ibidem Alexander, & alij quos refert, & ſequitur Couar. in dicto cap. quamuis, parte 3. §. 2. nume. 4. Crauetta, alios citans in conſil. 703. lib. 4.

Fundamentum eſt, quia licet mater ſit excluſa ob renunciationem, non tamen excluſi eſſe debent filij eius, qui ex perſona propria ſuccedunt, ut in ſimili habetur in l. ſi quis filio. ff. de iniuſto rupto, & irr. teſt. Itá quia tacitā

habet

habet conditionis matris renunciatio, si hæreditas fuerit ei delata, d. l. qui superstitis. Cum itaque non mater præmorienti delata fuerit hæreditas: sed filius, nihil eis obesse debet matris renunciatio.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, quia vbi filia renunciat hæreditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem hæreditatis loco, sed dote cõtenta, dicitur hæreditati adhuc sibi debitæ renunciare. Nam pater dotem filiæ tenetur dare, l. vlt. C. de dotis promiss. Et nihilominus filia patri succedit, conferendo tamen dotem, iuxta l. illam, C. de collation. ergo non videtur hæreditatem consecuta, seu loco hæreditatis dotem accepisse. Sed accepta dote nõ amplius succedere potest, quia renunciauit. Filij ergo eius, quibus hæreditas aui, ex persona matris, sed ex iure proprio defertur, eam vindicare possunt, cum neque renunciauerit, neque veniant ex persona renunciantis.

Et ideo ad argumentum respõderunt, nec esse veram assumptionem, nec perinde statuendum esse, ac si mater successisset, quia dotem non accepit hæreditatis loco, sed dotem accepit sibi debitam a patre, hæreditatem vero repudiauit, quam vltra dotem petere potuisset.

CAPVT XXIV.

Vtrum constitutio d. c. quamuis, de pactis li. 6. locum habeat in eo casu, quo filia renunciauit hæreditati patris nulla accepta dote.

CÆterum, si filia sit diues, & maternam hæreditatẽ consecuta fuerit, uel alia bona, & gratis nulla dote accepta, renunciauerit paternæ succcessioni: controuertitur, an sit locus constitutioni d. c. quamuis: & locum non esse respõderunt Salicetus in l. pactum quod dotali, col. pen. C. de pactis, & Decius alios citans in l. pactum dotali, nu 7. C. de collatio.

Fundamentum vero est, quod dicta constitutio sit cõtra ius, & ideo restringenda ad eum casum, de quo loquitur. De eo autem casu loquitur, quo filia dotem accepit a patre, quando renunciauit.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, vna cum alijs pluribus, quia semper illa ratio constitutionis viget. Seruandum esse iuramentum, quod absque dispendio salutis æternæ seruari potest, neque vergit in alterius detrimentum, & neque vi, neque dolo extortũ est, vt in ea constitutione habetur; Etenim & in proposita specie, in qua filia nullam dotem accepit, negari non potest, quin hæc ratio ex iuramenti religione petita, locum habeat.

Igitur communiorem sulam sequi placet, ita docent, Imola in l. qui superstitis ff. de acquir. hered. Alex. in l. stipulatio hoc modo, nu. 9. ff. de uerb. oblig. Couar. in cap. quamuis, in 3. par. § 2. nu. 9. Ruynus in cons. 204. nu. 6. li. 1. Seraphinus priuileg. 20. post. nu. 29. vers. Sed contra supradictam limitationem.

Non obstat argum. contrariæ sententiæ, quia licet uerba constitutionis speciem istam non comprehendant, ratio tamen, quæ est anima, vt dicitur, ipsius legis, eam comprehendit, & hoc sufficit, vt locum habeat ipsa constitutio, argumẽto l. cum mulier, ff. de soluto matrim. Ripa ad l. si constante, nu. 63. 64.

CAPVT XXV.

Vtrum filia successioni paternæ renuncians, iuxta formam c. quamuis. de pactis, lib. 6. excludatur a legitima.

FIliam renunciantem paternæ successioni iuxta formam dicti, c. quamuis de pactis, l. 6. a legitima non excludi respõderunt Bal. ad Rubr. ff. de iureiu. col. pen. vers. non tamen eredo. Romanus in l. qui superstitis, in 3. lim. ff. de acquir. hæred. Aret. in l. 2. si quis ita, col. 5.

A ff. de verb. oblig. Afflictus in c. si quis inuestierit, n. 26. de feudo dato inuicem legis commissoriæ. Boerius decis. 3. nu. 6 Grammaticus decis. 57. nu. 26. & decis. 181. num. 6. Alios commemorat Gabriel lib. 3 com. mu. con. 1. tit. de legitima, concl. 8. nu. 9. Menoch. cons. 71. lib. 1.

Fundamentum est præcipuum in l. si quando §. & generaliter, C. de inoffi. testam. per quam legem probatur, per renunciationem generalem non censeri legitimæ renunciatum.

Sed contrariam sententiam magis probo, quam secuti fuere Castren. & Alexand. in l. in ratione, ff. ad leg. Falcid. Bald. & Iason, in d. l. si quando §. & generaliter, C. de inoffic. testam. Decius in cons. 26. Alexand. in consil. 181. libr. 5. & alij quos refert, & sequitur Didacus Couar. in rel. lect. d. ca. quamuis, par. 3. §. 3. post nu. 3. Seraph. priuileg. 70. nu. 10 & nu. 16 uers. ego tamen.

Probatur hæc sententia solido hoc fundamento. Nam legitima est pars successionis ab intestato, l. Papinianus,

B § si quis mortis, ff. de inoff. testam. l. cum quæritur, C. eo. tit. In toto autem pars continetur, reg. in toto, de regul. iur. lib. 6. ergo in renunciatione successionis totius, continetur etiam hæc pars, nempe legitima.

Non obstat textus in d. §. Et generaliter, quia nihil aliud probat, nisi legitimæ non videri renunciatum a filio, quamuis legatum, quod etiam nomine legitima, simpliciter agnouerit, quæ res longe distat a proposita specie, in qua filia successioni vniuersum renunciat. Verba textus hæc sunt: *Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio vel. quærit, uel aliquid dederit, uel mortis causa donatione, vel inter viuos, sub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computetur. Si filius post obitum patris hoc quod donatum, uel relictum est, simpliciter agnouerit, forte & securitatem hæredibus fecerit, quod ei datum vel relictum est accepisse, non adijciens nullam sibi superesse de replenione quæstionem, nullum sibi filium facere præiudicium, sed legitimam partem repleri,*

C *nisi hoc specialiter siue in apocha, siue in transactione scripserit, uel pactus fuerit, quod contentus relicta, vel data parte nullam de eo, quod deest, habeat quæstionem.* Hactenus Imperator.

CAPVT XXVI.

Sequuntur matrimoniales controuersiæ, quarum prima est de ætate contrahendi sponsalia, an debeat esse annorum septem.

SI malitia ætatem suppleat etiam ante septimum annum contrahi sponsalia posse, authores sunt glo. in c. iuuenis, de sponsalibus, & ibidem Præpositus. Io. Andr. Dominicus, & Franchus, in c. vno, de sponsalibus lib. 6. Bal. in cons. 44. li 4. & Didacus Couar. in Epitome de sponsalib. c. 2.

Horum fundamentum est; Quod nulla sit ætas sponsalibus contrahendis definita, ideoq; effici possint, si modo id fieri ab vtraque parte intelligatur, ut dicebat Mo-

D destinus in l. in sponsalibus, 14. ff. de sponsalibus. Et licet annorum septem fiat mentio, illud est, quia ante septem annos uix aliquod homines intelligunt, quod si quid agant, intellexerint, nihil prohibet, quin & ante dictum tempus contrahi possint. Nam & matrimonia ante annum duodecimum contrahi non posse constitutum est in fœmina, & decimumquartum in masculo, vt in c. cõtinebatur, & in c. attestationes, de desponsat. impub. & tamen si malitia ætatem suppleat, etiam ante dictum tempus contrahi possunt, vt in ca. de illis, & in c. vlt. eod. tit.

Sed contraria sententia mihi probabilior videtur, nullo modo ante septennium effici posse sponsalia, hanc secuti sunt Panor. in c. iuuenis, de sponsalibus Frãchus in Rubr. de testam. in 6. vers. primo prohibetur, Brunellus de sponsalib. conclus. 4.

Fundamentum est firmum, quia Leges, & Canones requi-

requirunt septennium, nec antè existimant quenquã intelligere, quid agat. Quòd si antè quispiam intelligat, id rarum est, & vix credibile, ideoque ad eum casum non respiciunt, l. nam ad ea, ff. de legibus.

Tempus annorum septem, ad sponsalia contrahenda legibus canonibusque requiri patet. Primum ex d. l. in sponsalibus, 14. ff. de sponsalibus, vbi Modestinus dicit: *Quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modò id fieri ab vtraque persona intelligatur, idest si non sint minores, quàm septem annis.*

Secundò id probatur ex c. litteris, ex c. accessit, & ex c. ad dissoluendam, de desponsatio. impub. in illis verbis. *Quia desponsationes, & matrimonia ante septem annos fieri non possunt.* Et rursus ibi: *Pronunciamus inter iuuenem, & puellam, nec matrimonium, nec sponsalia, fuisse contracta; Cum constet puellam nondum ad septennium peruenisse.*

Ex his patet responsum ad argumentum contrariæ sententiæ.

CAPVT XXVII.

Secunda controuersia. Cum matrimonium præsumatur ex copula carnali, vbi sponsalia præcesserunt: Vtrum probatio in contrarium admittatur per confessionem partis.

CVm sponsalia præcesserunt, & subsequitur carnalis coniunctio, matrimonium præsumitur, cap. is qui fidem, de sponsalibus. Sed cõtrouersi iuris est, an contra talem præsumptionem, probatio in contrariũ admittatur ex confessione ipsarum partium: Et admitti existimarunt Panormitanus in d. c. is qui fidem, Fely. in c. quanto, nu. 3. de præsumpt. Alciatus de præsumptionibus in secundo præmisso, nu. 8.

Fundamentum est illud, quòd contra præsumptionẽ iuris, probatio in contrarium admittatur, ex doctrina glos. in l. in contractibus, in verbo, *Nullo modo*, C. de nõ nu. pecun. & in c. attestationes, in ver. Euasisse, de despõsatio. impub.

Sed contrariam sñiam sequor, quam secuti fuere Couar. in Epitome de sponsalib. in 1. par. c. 4. §. 2. num. 4. & Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. nu. 12.

Probatur hæc sñia duobus argumentis. Primum est ex d. c. is qui fidem, de sponsalibus, vbi summus Pontifex ita dicit: *Is qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo, insuper carnali copula subsecuta, etsi in facie Ecclesiæ ducat aliam, & cognoscat, ad primam redire tenetur: Quia licet præsumptum primum matrimonium videatur, contra præsumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda.*

Quibus verbis patet ita matrimonium ex copula præsumi, vt in contrarium probatio non admittatur. Quòd autem admittatur probatio ex confessione partis, nõ habetur in eo textu, nec alibi.

Et quatenus glossę iuris, & alij ẽt doctores velint probationem admitti, quæ prouenit ex confessione partis, non tñ in hac specie loquuntur, sed in alia longè diuersa.

Cur autem in hac specie non idem sit dicẽdum, ea est ratio, quòd confessio coniugum, quatenus ad matrimonium infirmandum spectat, non valet, vt statim dicam in sequenti argumento.

Alterum igitur est argumentum, ꝙ in matrimoniali cã confessioni coniugum non creditur, vt in c. super eo, de eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ. ibi. *Tua fraternitati respondemus, quod propter eorum confessionem tantum, vel rumorem viciniæ, separari non debent, cum & quandoque nonnulli inter se contra matrimonium velint colludere*, &c. Etsi. n. Pontifex loquatur, vbi matrimonium iam est contractum, & de eo dissoluendo agatur, tñ & in proposita specie cõtractũ esse dr̃, quia ita lex pręsumit, & credit, quare talis cõfessio ipsum matrimoniũ infirmaret.

Ad argumentũ sententiæ diuersæ iam responsum est.

CAPVT XXVIII.

Vtrum sponsalibus præcedentibus, & secuta copula carnali per metum mortis illatum, præsumendum sit matrimonium.

TErtia est controuersia, vtrum ex carnali copula subsecuta præsumatur matrimonium, sponsalibus contractis: si sponsus, & sponsa metu mortis illato, coacti sint coire. Et matrimonium esse præsumendum, Hostiensis censuit, in c. is qui fidem, de sponsalib. Petrus de Palude, in 4. sent. dist. 29. q. 1. art. 4. & ibid. Dominicus Sotus, art. 3. col. pen. vers. Sed quia, Didacus Couar. in epitome de sponsalib. part. 1. c. 4 §. 2. nu. 11.

Contrarium responderunt Abbas, & præpositus in c. consultationi, de sponsal. Antonius Butrius, & Henric. Boic. in d. c. is qui fidem, eod. tit. Parisius in cons. 58. nu. 69 lib. 4. D. Antoninus in summa, in 3. part. tit. 1. c. 7. ad finem, Durandus in 4. sentent. dist. 29. quæst. 2. & Martinus Nauarrus in Manuali Confessariorum, c. 22. num. 51. vers. tertium.

Tertia est sententia Menochij, lib. 3. de præsumpt. præsumpt. 4. nu. 31. distinguendum esse inter sponsum, & sponsam. Nam si sponsus coactus fuerit coire cum sponsa, matrimonium erit præsumendum, secus autem si sponsa fuerit coacta.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum, quia si matrimonium hoc in casu non præsumeretur, fornicatio esset præsumenda, & sic mortale peccatum. Sed peccatum non est præsumendum, ergo matrimonium præsumi debet. Minor patet. Maior autem probatur, quia metus illatus à peccato non excusat, c. sacris, de his quæ vi, vel metus causa fiunt.

Secundum argumentum. Voluntas coacta, aliquo modo est voluntas, c. merito is, quæst. 1. l. si mulier, §. si metu, ff. de eo quod metus causa, ergo etsi metus intercesserit, matrimonium tamen erit præsumendum.

Tertium argumentum. Nam talis non est metus cadens in constantem virum, qui matrimonium impedire solet, c. veniens, &c. Consultationi, de sponsalib. Nam si sponsus dicat, se fornicandi animo coiuisse, peccat. Debet autem quis mortem potius eligere, quàm vt peccato mortali consentiat.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia matrimonium debet esse liberum, & si metu cõtrahatur, nullius est momenti, c. cum locum, de sponsalib. Cum igitur hic metus interueniat, quo ad coniunctionem impelluntur sponsus, & sponsa, matrimonium non videtur præsumendum.

Tertiæ autem sententiæ fundamentum est, quòd in sponso metus considerari non possit, quia is impediret desiderium, sine quo frustra est conatus.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant matrimonium esse præsumendum, & moueor authoritate textus in c. cum locum, de sponsalib. vbi summus Pontifex ita dicit. *Cum locum non habeat consensus, vbi metus, vel coactio intercedit, necesse est, vt vbi assensus cuiusque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem solo consensu contrahitur, & vbi de ipso quæritur, plena debet securitate ille gaudere, cuius est animus indagandus; ne per timorem dicat, sibi placere, quod odit, & sequatur exitus, qui de inuitis solet nuptijs prouenire.*

Ad primum argumentum respondeo, illud locum habere, cum res est in obscuro, vel si sponsus, & sponsa fateantur, se animo contrahendi, matrimoniũ coiuisse, at secus, vbi constat metum illatum, & is, qui metum passus est contrarium asserit.

Ad secundum respondeo. Esse quidem aliquã voluntatem eam, quæ coacta est, sed non talem, qualis in matrimonio contrahendo requiritur, quia debet esse prorsus libera, & plena securitate gaudere.

Ad tertium respondeo, metum mortis esse talem, qui

in

in constantem virum cadat, l.7. & 8. ff. de eo quod metus causa, & licet nó debeat quis peccare mortaliter propter mortis periculum, non tamen hic directè ad peccãdum inducitur, sed ad copulam carnalem matrimonij causa. Cum autem matrimonium pendeat ex libera hominis voluntate, non potest ex copula per vim & metum subsecuta induci.

Ad argumentum postremæ opinionis respondetur, accidere posse, vt post illatum metum prouocetur copulæ desiderium, ac in id potius consentiat sponsus, quàm vt occidatur.

CAPVT XXIX.

Vtrum matrimonium præsumatur ex copula secuta cum sponsa incerta, puta si vnam ex tribus puellis quis promiserit se accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit.

QVarta est cõtrouersia, vtrum matrimonium præsumatur ex copula carnali cum incerta spõsa. Vt puta, si quis ex tribus puellis iurauerit, se vnam vxoré ductur ũ, & vnam ex eis cognouerit.

Duplex est doctorum sententia, altera matrimoniũ non præsumi. Anthores sunt Ioan. Andr. Ant. Butr. Henric. Boic. & Cardinalis in c. ex litteris, 2. de sponsalibus post glos. ibi.

Et fundamentum est, quòd talia sponsalia, tanquam incerta, nullius esse momenti videantur, argum. textus in cap.1. §. vlt. de sponsalib. lib.6. ibi. *Cum ex sponsalibus conditionalibus ante conditionem extantem, sicuti consensum non habentibus, & incertis, nulla publicæ honestatis iustitia oriatur.*

Altera est sententia matrimonium præsumi. Authores sunt Hostiensis, & Abbas, in d. c. ex litteris. D. Antoninus in summa, par.3. tit.1. c.18. col.2. Pierius in summa, in verbo, Matrimonium, 2. quæst.11. Couar. in epitome de sponsalib. par.1. c.4. §.1. nu.17. & Menochius de præsumpt. lib.3. præsumpt.1. nu.13.

Fundamentum est: quoniam is, qui sic promisit, vnam ex dictis puellis in vxorem ducere tenetur: Eam ergo, quam cognouit, præsumitur vxorio, & maritali affectu cognouisse, ad tollendam fornicationis prẹsumptionem, vt in c. is qui fidem, de sponsalib.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Nec obstat textus in argumento allatus, quia loquitur de sponsalib. sub conditione factis, nec prorsus negat esse valida, sed non oriri ex eis publicæ honestatis iustitiam.

CAPVT XXX.

Vtrum, si post contracta sponsalia, non sequatur copula carnalis; sed nixus ad copulam, matrimonium præsumatur.

QVinta controuersia, vtrum matrimonium præsumatur, si post spõsalia contracta, non sequatur copula carnalis, sed tantum nixus ad ipsam.

Et præsumendum esse censuerunt Io. Calderinus, & Præpositus, in c. vlt. de sponsalib.

Quorum fundamentum est, quia nixus ille præsumẽdus est maritali affectu secutus, vt sic mala peccati suspicio euitetur. Vnde, quemadmodum secuta copula, matrimonium præsumitur, vt in c. is qui fidem, de sponsalibus ita præsumendum videtur ex tali nixu ad copulam.

Altera est sentẽtia, vera & cõmunis, nõ esse matrimonium præsumendum, ex tali conatu. Ita docuerunt Abbas, in c. vlt. de sponsalib. Io. Andr. Dominicus, & Franchus, in c.1. § idem quoque, de desponsatio. impub. lib.6. Syluester Pierius, in verbo, Matrimonium, 2. q.16. Aretinus in consil.142. nu.5. Alciatus de præsumpt. reg.3. præsumpt.38. Couar. in epitome, de sponsalib. par.1. cap.4. §.1. num.19. & Menochius de præsumpt. lib.3. præsumptio.1. num.48.

Probatur hæc sententia ex c. vlt. de spõsalib. vbi summus Pontifex Gregorius IX. ita dicit. *Adolescens, qui desponsatam sibi per verba de futuro, licet sæpe nisus fuerit, carnaliter non cognoscens, cum alia postmodum per verba de præsenti contraxit, non primam, cum qua nec fuit verum matrimonium ex forma contractus, nec præsumptum cum conatus non habuisset effectum, sed secundam debet habere coniugem.*

Non obstat, si dicatur in ea specie conatum non habuisse effectum ob ætatis defectum, quia non hoc ibi dicit summus Pontifex, & contrarium est credendũ, quia is adolescens dicitur, qui est pubes, l. Aurelio, §.1. ff. de libertate legata.

Ad argumentum respõdetur, cum carnalis copula sequitur, matrimonium præsumi, non tam vt sinistra peccati præsumptio tollatur, quàm ex eo, quod ipsa carnalis copula matrimonij propria est, & illud maximè indicare videtur, quæ ratio in solo conatu non habet locum.

CAPVT XXXI.

Vtrum ex deductione in domum sponsi, matrimonium præsumatur, vbi sponsalia præcesserunt.

SExta controuersia, vtrum matrimonium ex præcedentibus sponsalibus, & traductione in domum subsecuta præsumatur. Et præsumi responderunt Io. Andr. in c. vlt. de sponsalib. Angel. in §. vlt. in Auth. Quibus modis naturales efficiantur legitimi. Decius in cap. iurauit, colum. 1. de probatio. Illustriss. & Reuerend. Cardinalis Paleotus, in tract. de nothis, & spurijs, c.19. num.6.

Fundamentum est in l. mulierem, ff. de ritu nupt. ibi. *Mulierem absenti per litteras eius, vel per nuncium posse nubere placuit, si in domum eius deduceretur*, &c. Et rursus ibi. *Deductione enim opus esse*, &c. Et in l. Seia, ff. de donatio. inter vir. & vxo. quæ tamen nihil facit, & in l. cui fuerit, ff. de cond. & demonstr.

Cæterum, non prẹsumi matrimonium hac in specie responderũt, Ioan. Calderinus, Antonius Butrius, Abbas, & Præpositus, in c. vlt. de sponsalib. Aretinus in consil.142. nu.6. Baldus Nouellus, de Dote, par.11. in secundo membro, num.18.

Fundamentum est, quod in iure canonico, quod tamen maxime inspiciendum est in materia ista matrimonij, cum sit spiritualis, nullus sit locus, quo deduci possit, ex traductione in domum, matrimonium præsumi, tantum enim præsumitur, ex copula subsecuta, vt in c. is qui fidem, de sponsalib.

Tertia est sententia Alciati, de præsumpt. reg.3. præsumpt.38. nu.1. vt si quidem certum sit, copulam secutã non esse, posterior sententia vera sit, secus si sit dubium, quia tunc præsumitur ipsa copula, iuxta illud:

A iuuene & cupido credatur reddita virgo?

Quarta est sententia Couar. in epitome de sponsalibus, par.1. cap.4. §.2. in principio, matrimonium induci ex traductione in domum duobus in casibus. Primus est, quando est dubium, an sponsalia præcesserint per verba de præsenti, an vero per verba de futuro, tunc enim præsumuntur esse contractã per verba de præsenti ex traductione in domum. Secundus casus est, cum sponsa in domum sponsi est deducta, eum eo apparatu, & pompa, qua mulieres vere nuptæ deduci solent.

Postrema est sententia Iacobi Menochii, de præsumptio. lib.3. præsumpt.1. num.55. iure ciuili matrimoniũ præsumi, ex deductione in domum mariti, secus autem iure canonico.

Ego sane eorum sententiæ magis adstipulor, qui matrimonium præsumendum statuerunt, nam experientia rerum magistra nos docet, non solere domum deduci sponsas, nisi vt matrimonium consumetur, & satis hęc sententia probatur ex d. l. mulierem, ff. de ritu nupt. &

l. quæ-

I. quæsitum est, de sponsalib. Nec contrarium iure canonico est constitutum, quod potissimum inspiciendū est, vbi de re spirituali agitur, veluti de matrimonio, & similibus: attamen & ius ciuile, quod attinet ad ea, quæ ex facto colligi, & præsumi debent, repudiandum non est, vbi canones non aduersantur.

CAPVT XXXII.

Vtrum, si sponsalia præcesserunt per verba de præsenti inter impuberes, & adueniente pubertate, sequantur actus coniugales, veluti oscula, amplexus, & similia, non tamen copula, matrimonium inducatur. Controuersia septima.

VEra & communis est sententia præsumi matrimonium, ita docent glos. in c. 1. §. illud, de despon. impub. li. 6. Henric. Boich, in c. attestationes, eod. tit. Bal. in cons. 194. lib. 3. & alij, quos refert, & sequitur Menoch. de præsum. lib. 3. c. 1. nu. 64.

Fundamentum est firmissimum in d. c. 1. §. 1. de desponsatio. impub. lib. 6. vbi Summus Pontifex ita dicit: *Idem quoque si pubes, vel impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non supplebat, per verba contraxerint de præsenti, sponsalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt sponsalia, de futuro (licet verba consensum exprimentia de præsenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent) contrahentes, per aduentum pubertatis, in matrimonium non transeunt, de præsenti, nec matrimonium (quod vt matrimonium ætate non tenuit prohibente) per lapsum dicti temporis conualescit, nisi per carnis copulam subsecutam, vel aliquem modum* (hæc faciunt vec ba ad rem nostram) *alium contrahentes eosdem eum consensum perseuerantia voluntatis ad pubertatis tempora peruenisse constiterit euidenter.*

Huic sententiæ restragatur Couar. in Epitome de sponsalib. par. 1. c. 4. §. 1. nu. 3. his argumentis. Primum, quia hæc sponsalia intelliguntur esse de futuro, & facilius dissoluuntur, quàm sponsalia, quæ ex & verbis sumuntur cōsensum præsefferunt, vt probatur in c. de illis, de sponsa. impub. ergo non debent facilius hæc, quàm illa in coniugium transire. Illa enim in coniugium transeunt, per copulam duntaxat, vt in c. is qui fidem, de sponsal.

Respondeo, facilius in coniugium transire, quia sunt sponsalia de præsenti, licet enim iuris interpretatione in sponsalia de futuro resoluantur, tamen si perseuerantia voluntatis appareat, ex copula, vel aliquo alio modo, duplex consensus oritur. Vnde duplex funiculus magis ligat.

Secundum argumentum. Matrimonium post sponsalia non datur, nisi ex consensu denuo expressè præstito, vel tacitè præsumpto, per copulam, similève signum, atque vrgentem coniecturam, c. vlt. de sponsal. ergo ex amplexibus, osculis, & similibus, præsumi non debet.

D Respondeo, immo est præsumendum. Nam quis negaverit oscula, & amplexus actus esse coniugales, & ex quibus voluntatis in matrimoniū constantia maximè apparet? Siue cur aūt voluntatis perseuerantiam apparere, siue ex copula, siue ex alio aliquo modo, vti docet Summ. Pontifex in d. c. 1. §. 1. de spons. impub. lib. 6.

Tertium argum. Summus Pontifex in c. 1. §. 1. de desponsac. impu. li. 6. vt consensus hoc in casu præsumatur, copulam requirit, vel aliud simile. Absurdum autem videtur oscula, & amplexus copulæ comparare.

Respondeo: Non esse absurdū in hac specie, quia alius modus præter copulam, quo consensus demonstretur, vix reperietur probabilior, cum tales actus non nisi inter coniuges honestè exerceri possint.

Quartum argum. Canon requirit, vt de consensu constet euidente calio modo, quàm per copulam, vt in d. c. 1. §. 1. Nullibi autem iure canonico probantur tales coniecturæ, quæ oriuntur ex amplexibus, & osculis.

A Respondeo. Etsi non expressè probatæ sint iure canonico, non tamen improbātur, aut improbabiles existūt. Nam & ex coniugali affectione fieri videntur, & ita præsumendum est, vt peccati præsumptio euitetur.

Illud non inficior, q. Couar. docet alium esse modū, quo euidenter appareat voluntatis, & consensus perseuerantia, præter copulam, & actus iam dictos, nempe sponsæ traductionem ad domum sponsi, vel subarrationem.

CAPVT XXXIII.

Vtrum sponsalia dissoluantur propter sponsi absentiam; ita tamen vt iuris ciuilis distinctio sit seruanda.

OCtaua controuersia. Sponsalia dissolui propter sponsi absentiam satis constat, ea distinctione adhibita, vt expectari per triennium debeat, l. 2. C.

B de repudiis. Vel per biennium, si in eadem sit prouincia, l. 2. C. de sponsalib. nisi iustum impedimentum illum abesse cogat, quia tunc expectandus est, donec impedimentum cesset, l. sæpè, ff. eod. tit.

Iam controuersia est, an hæc distinctio locum habeat etiam inspecto iure canonico. Et locum habere respondetunt Ioan. And. Host. & Anto. Butr. in cap. de illis, de sponsal. Syluester Pierius in Summa, in verbo, sponsalia q. 10. Abbas in c. sicut, de sponsalib.

Fundamentum est, quòd ea distinctio iure canonico non improbetur. Quod autem iure ciuili constitutum est, etiam canones imitantur, nisi contrarium statuant, c. 1. & 2. de oper. noui nunc.

Cæterum, contrariam sententiam habuerunt, idem Abbas, Cardinalis, & Præpositus in d. c. de illis, Didac. Couar. in Epitome de sponsalib. in c. par. c. 5. nu 7.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Nam quid sit hac de re sacris canonibus constitutum, habetur in

C d. c. de illis, in hæc verba: *De illis autem, qui præstito iuramento promittunt se aliquas mulieres ducturos, & postea eis incognitis dimittunt terram, se ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innotescere, quod liberum erit mulieribus ipsis, si non est amplius in facto processum, ad alia se vota transferre, recepta tamen de periurio pœnitentia, si per eas steterit, quò minus fuerit matrimonium consummatum.*

Hic non adhibetur vlla temporis, aut loci distinctio, sed Summus Pontifex liberum esse vult mulieri ad alia vota transire. Non ergo vlla distinctione opus esse videtur, si versemur in ea specie, de qua ipse Pontifex ibi loquitur, nempe, de illis, qui post contracta sponsalia se ad alias partes transferunt. Nam si in eadem prouincia reperiantur, & aliquo iusto impedimento cogantur abesse non puto à iuris Cæsarei distinctione recedendum.

Ex his patet responsum ad argumentum in contrarium.

CAPVT XXXIV.

Si pubes sponsalia contraxit cum impubere, per verba præsenti, an aliam ducere vxorem possit, posteaquam sciuit, impuberem, iam factum puberem, matrimonio consensisse.

NOna controuersia. Pubes cum impubere matrimonium contraxit per verba de præsenti, postea impubes adulta ætate superueniente, consentit matrimonio, vtrum postquam id sciuit, aliam ducere vxorem possit. Et non posse respondit Syluester Pierius in summa, verbo, matrimonium, quinto q. 8. & Gozad. in cons. 2. nu. 1. 27. & 28.

Fundamentum est: quia pubes à sponsalib. ita contractis recedere non potest, vt in c. de illis, 2. de desponsatione impuber. ergo cum sciat alterum iam factum puberē

de nouo consentire, non potest aliam ducere in uxorem. Neque enim consensus nouus ex parte ipsius puberis requiritur, licet ex parte impuberis requiratur.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Bald. in cõsi. 194. & 200. lib. 3. Ruyn. in cons. 203. lib. 1. Couar. in epitome de sponsal. in 1. par. c. 5. §. 1. nu. 7. 8. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex c. unico, §. 1. de desponsatione impub. lib. 6. cuius hæc sunt verba: *Idem quoque si pubes, & impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non suppleat, per verba contraxerint de præsenti. Sponsalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt sponsalia de futuro, licet verba consensum exprimentia de præsenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent contrahentes, per aduentum pubertatis in matrimonium non transeunt de præsenti. Nec matrimonium, quod ut matrimonium, ætate non tenuit, prohibente, per lapsum dicti temporis conualescit nisi per carnis copulam subsecutam, vel aliquem alium modum contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ac pubertatis tempora peruenisse constiterit euidenter.*

Respondet Pierius illa verba, *Contrahentes eosdem*, intelligenda esse eo in casu, quo ambo contrahentes impuberes existant. Nam si unus sit pubes, eius nouus consensus non exigitur.

Confirmatur hæc interpretatio ex verbis sequentibus textus: *Contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ad pubertatem peruenisse*, quæ quidem verba locum sibi vendicant in duobus impuberibus, ut patet.

Sed durum est contra stimulum calcitrare. Ait enim tex. in princ. *Idem quoque si pubes & impubes, vel duo impuberes*, &c. Et sic loquitur expresse ac diserte, cũ pubes contrahit matrimonium cum impubere, & tandem in fine requirit, vt ambo in eadẽ voluntate perseuerent, ibi: *Eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis*, &c.

Non obstant illa verba, *ad pubertatis tẽpora peruenisse*, quia non excludunt alium casum, cum scilicet alter tantum ad pubertatem peruenit quoniam & hunc casum in princ. S. Pont. inseruit. Itaque illa verba: *Eosdem ad pubertatis tempora peruenisse*, intelligenda sunt de ambobus, si ambo fuerint impuberes, vel de altero tantum, si alter eorum tantum impubes extiterit.

Ad argumentum Pierij respondeo, illud hoc in casu locum non habere, cũ scilicet pubes contrahit sponsalia cum impubere. Nam cum ex parte impuberis necessaria sit perseuerantia, videtur etiam necessaria, ex parte puberis, quia solus ille consensus ex parte puberis, qui primo interuenit, non sufficit ad inducendum matrimonium, neq. n. matrimoniũ contrahitur ex consensu unius tm̃.

Vt ergo matrimonium contrahatur, perseuerantia requiritur ex vtriusque parte. Neque enim licet puberi effecto allegare alterum ex antiqua promissione obligatũ sibi fuisse, cum ipse illi non esset obligatus. Et quoniam iuris interpretatione, quæ gesta sunt, sponsalia de futuro intelliguntur, vt docet Summus Pontifex necessario inde efficitur nouo vtriusque consensu opus esse.

CAPVT XXXV.

Vtrum ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præsumatur, ad hunc effectum, vt filij habeantur pro legitimis, vbi discutitur: an filius in dubio præsumatur legitimus, nec ne.

Decima controuersia. Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimoniũ præsumatur, quoad hũc effectum, vt filij nati legitimi sint censendi.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiç. Altera affirmans. Altera negans.

Affirmantis authores sunt Panorm. in c. lator, qui filij sint legitimi. Felyn. in c. per tuas, de probatio. Dec. in c. ecclesia, nu. 39. de constit. Curt. iun. in cons. 52. col. 1. Iason in cons. 168. lib. 4. Alc. de præsum. reg. 2. præsumpt. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. nu. 77.

Negantis autem sententiæ authores sunt Henr. Boic. in d. c. lator, qui filij sunt legit. Alciat. de præsump. reg. 3. præsump. 1. nu. 12.

In eandem sententiam propendet Couar. in epitome de spons. in 2. par. c. 1. post nu. 5.

Atq; eidẽ sententiç adstipulantur tacitè oẽs, qui docẽt filiũ in dubio nõ præsumi legitimũ, sed spuriũ ita Natta in cons. 421. nu. 9. & 473. nu. 33. Dec. ad l. si emancipati, nu. 9. C. de collat. Ruyn. in cõs. 63. n. 5. li. 2. D. Cephal. in cons. 593. nu. 2. lib. 4. Menoch. in cons. 60. nu. 12. lib. 1.

Quemadmodum & priori sniæ tacitè adstipulatur, qui putarunt filium in dubio legitimum præsumi. ita Bald. in cons. 437. Titius lib. 5. Ioan. Faber in §. vlt. in Instit. de adoptio. Cępolla cautela 118. quis in dubio. Ruyn. in consil. 109. nu. 37. lib. 3. Marian. Soc. sen. in cons. 23. nu. 19. lib. 1. Bereus in cons. 19. nu. 10. lib. 2. Cotta in memorial. in verbo, *Filius præsumitur*. Illust. & Reueren. Card. Paleottus in tract. de nothis, & spurijs, c. 10. nu. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsump. 54. nu. 20.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum, cum necesse sit aliquem nasci ex licito, aut ex illicito concubitu, præsumendus est potius natus ex licito, quàm ex illicito. Nam vbi duæ tales præsumptiones oriri possunt, illa, quæ delictum excludit, obtinere potius debet, quam contraria, ex traditis per Iaz. in l. non solum, §. sed ut probari, nu. 5. ff. de oper. no. nunc.

Secundum est ex c. lator, qui filij sunt legitimi, vbi patet illi onus probandi incubuisse, qui obiecit filium non esse natum ex legitimo matrimonio.

Tertium est ex l. miles, §. defuncto, ff. ad legem Iuliã de adult. vbi patet filium ex viro, & vxore natum præsumi, licet vxor adulterium aliquando commisisset.

Quartum est ex c. accedens, de purgatione canonica, vbi Innocentius respondit, eum, qui ad sacros ordines promoueri cupit, se legitimè natum probare debere, si fama sit eum non fuisse ex legitimo matrimonio natum. Ergo cessante tali fama, præsumi videtur natus ex legitimo matrimonio, nec tenetur id probare.

Quintum. Spurij dicuntur esse manci, & imperfecti, c. 3. sapientiæ, ergo nullus talis est præsumendus.

Postremum argum. illud est, quod spurij videntur esse infames, tanquam nati ex concubitu illicito, quare in dubio nemo est spurius præsumendus, quia nec in dubio delictum præsumendum, l. merito, ff. pro socio.

Posterioris sniç argum. duo sunt præcipua. Primũ est, quia vt filius sit legitimus, necesse est eũ ex legitimo matrimonio natum esse, l. filiam definimus, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Matrimonium ergo est probãdum, quia ex facto procedit, quod quidem factum non præsumitur, l. in bello, §. factæ, ff. de capt. & postlim. reuers. si ergo non probetur, filius præsumitur illegitimè natus.

Alterum argum. est ex c. aliter, 30. q. 5. in illis verbis: *Ita peracta, legitima scitote esse cõnubia, aliter verè præsumpta, non connubia, sed adulteria, vel cõtubernia, vel stupra, aut fornicationes potius q̃ legit. coniugia esse, non dubitatur.*

Respõdent contrariæ sniæ authores; matrimoniũ quidem non pręsumi, quoad ipsos cohabitantes, sed præsumi quoad filios. Contra Henric. Boic, id fieri non posse, contendit, quia vt filius legitimus esse pręsumatur, debet etiam præsumi legitimum matrimonium.

Ego priorem sententiam probabiliorem esse iudico. Et ad argumenta contrariæ opinionis sic respondeo.

Ad primum respondeo, matrimonium quidẽ esse facti, sed tñ & concubitum illicitum esse facti. Cum ergo alterutrũ sit præsumendũ, nempe aliquẽ esse natũ ex legitimo matrimonio, vel ex illegitimo cõcubitu, existimo benigniorem suam amplectendam potius, quam cõtrariam, cum in dubio delictum præsumẽdũ non sit, & illa præsumpt. sit potior quç delictum ipsum excludit.

Ad secundum argumentum respõdeo, textum in d. c.

aliter.

aliter, 30. q. 5. nō illud velle, vt filius presumatur spurius, vel turpis ac illicitus concubitus, in dubio, sed hoc tantum, vel legitimum sit coniugium, si vxor petatur, & à parentibus & proximioribus sponsetur, & dotetur, & suo tempore à Sacerdote benedicatur; aliter vero, si quis audeat, seu presumat, nō illud esse legitimum coniugium.

Cæterum, si nec primum nobis constet: nempe, ita legitime peractum esse, nec secundum: nempe, si nec constet, ea nō fuisse peracta, quę Summus Pontifex commemorat, vtrum in obscuro sit à nobis potius præsumendū eum, qui dicitur esse natus ex Titio & Seia, natum fuisse ex illicito concubitu, quam ex licito, in eo loco Summus Pontifex non decidit. Presumit quidem in deteriorem partem, vt glos. ibi dicit, sed non in dubio.

Verum eo in casu, de quo loquitur; nempe, vbi solemnia, quę recenset, non interuenerunt. Et sic in casu certo. Si enim non appareat, matrimonium fuisse celebratum ijs, quæ sæpius adhibentur, & à lege exiguntur modis, non illud legitimum esse coniugium Pontifex existimat; Et recte. Sed nostra disputatio est, cum versamur in dubio, ita vt neutrum appareat, vel adhibita scilicet, vel nō adhibita fuisse solēnia, & dicimus potius legitimum cōiugium, quam contra, præsumendum: quia hæc præsumptio malum excludit, & filiis fauet, altera vero contraria, odium & delictum continet, & filiis nocet.

CAPVT XXXVI.

Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum subest impedimentum sub conditione, si summus Pontifex dispensauerit; an dispensatione secuta, statim sit verum matrimonium absque nouo consensu?

VNdecima controuersia. Si matrimonium inter duos contrahatur, inter quos legitimum sit impedimentum, sub ea conditione, si summus Pontifex dispensauerit: an obtenta dispensatione statim matrimonium esse dicatur absque nouo consensu?

Affirmant Io. Calderinus, Antonius Butrius & Prepositus, in c. super eo, de cond. appos. quorum sententiā consuetudine receptā esse testatur Boerius decis. 64. nu. 27.

Fundamentum est in communi doctorum sententia, quæ dictat, matrimonium sub conditione contractum, eueniente conditione, statim perfici absque nouo cōsensu, vt tradunt Innocent. & Abbas, in c. de illis, de conditio. appos. & alii, quos commemorat Couar. in epitome, de sponsal. in 2. par. c. 3. nu. 5. Quę quidem sententia probatur ex ea iuris regula; contractum sub conditione factum eueniente conditione perinde habendum, ac si pure factus esset, l. vlt. §. 1. ff. de vulg. & ibi Angelus notat. Decius in l. pecuniam, in 2. notabili, ff. si cert. pet. Tiraq. de retractu consang. §. 1. glos. 2. nu. 27.

Contrariam sententiam habuerunt Innocentius, Cardinalis, et Abbas in d. c. super eo, de cōd. appos. Syluester in summa, in verbo, matrimonium, 3. q. 9. Henricus in c. vlt. de cond. appos. Aretinus in cons. 142. col. 4. alios citat Couar. loco proxime citato, nu. 7. & videtur ipse in hanc sententiam propendere.

Fundamentum est: quia conditio impossibilis matrimonio adiecta, pro non scripta habetur, ipsaque vitiatur, & non vitiat: & ideo matrimonium pure cōtractum intelligitur, c. vlt. de cond. appos. sed ista conditio: Si summus Pontifex dispensauerit, impossibilis reputatur, quia consensum Principis requirit, argumēto l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verb. oblig & l. continuus, §. cū qui, ff. eod. tit. & l. apud Iulianum, §. constat, de leg. 1.

Mihi hæc posterior sententia prima specie videbatur probabilior, non quidem eo argumento, quod proxime retuli, illud enim confutat Couar. loco annotato, quia non impossibile reputatur illud, ad quod obtinendum consensus Principis requiritur, nisi quando id concedere Princeps nō solet, vt probatur in d. §. cōstat, & in l. inter cidit, ff. de cond. & demonst. & in l. quidam relegatus, ff. de reb. dub. Pontifex autem solet dispensare in eiusmodi impedimentis matrimonii, vbi iusta subest causa, vt notum est.

Sed alio argumento verior mihi videbatur posterior sententia, nempe, ex c. super eo, de cōdit. appos. vbi Summus Pontifex declarat matrimonium sub conditione contractum, etiam per verba de pręsenti, habendum nō esse pro matrimonio de præsenti. *Cum huiusmodi consensus*, inquit, *non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, sed habendo, consistit.* (erat enim ea in specie ita matrimonium contractum, si pater consentiret) Itaque patre consentiente, is, qui promisit, cogi potest ad contrahendum matrimonium, vt ibi dicit textus. Consequēter matrimonium eueniente conditione nouiter est contrahendum per verba de præsenti, & consequenter nouo consensu est opus.

Nec obstare videbatur illa communis sententia, qua prior sententia nititur, quia reprobatur à Theologis, vt demonstrat Couar. loco annotato paulo ante num. 6.

Quod verò dicebatur; iuris regulam hoc velle, vt cōditionalis contractus eueniente conditione pro puro habeatur, locum habere posse videbatur, quātum ad hunc effectum, vt non sit locus pęnitentiæ, non autem quoad hoc, vt contractus habeatur pro perfecto, ita vt nouus consensus non requiratur, vt in d. c. super eo.

Sed tamen penitus re considerata, prior sententia verior videtur. Nam communis illa sententia, ex qua fundamentum habet, verissima est, quicquid obiiciat Couar. ex d. c. super eo, neque enim illius canonis sensus est, matrimonium per verba de præsenti sub conditione contractum, non intelligi esse de præsenti, sed de futuro, sed sensus est, matrimonium sub ea conditione contractum, consumandum non esse, nisi pater consentiat: Ita dicit ibi Summus pontifex.

Postea tacitę obiectioni respondet. Nam sponsalia sub conditione facta, firmiter obseruanda sunt, etiam conditione deficiente, si alterū interuenerit, consensus de pręsenti, vel carnalis copula, vt in c. de illis, eo. tit. sed in proposita specie adest consensus de præsenti, quia contractū fuit matrimonium per verba de præsenti, ergo licet conditio deficiat, cogendus est ad matrimonium consumandum ille, qui consensit.

Respondet Summus pontifex, negando assumptionem, scilicet, in ea specie cōsensum esse de præsenti, *quia in alieno arbitrio*, inquit, *non habito, sed habendo, consistit.*

Sed reddamus verba summi pontificis, quo res clarior existat. Sic aūt ait: *Super eo vero, quod postulasti, vtrum ille qui in quandam mulierem consensit, si pater eius suum præstaret assensum, sit ad consummandum matrimonium compellendus. Respondemus, quod cum consensus liber dici non possit, qui alieno arbitrio reseruatur, ac conditionem ipsam Canonica non improbent instituta, nisi voluntas patris postmodum intercedat, nequaquam cogendus est ad matrimonium contrahendum, nam licet Alexander Papa respōderit, quod Sponsalia interposita conditione contracta ipsa non impleta, si consensus de præsenti intercedat, vel carnalis copula subsequatur, dissolui non debent, sed firmiter obseruari, nequaquam est nostra definitioni aduersum, cum huiusmodi consensus non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, sed habendo consistit.* Hactenus ille.

Hoc igitur vult Summus pontifex: In sua specie, non esse cōsensum de præsenti, quemadmodum in specie, de qua respondit Alexander Papa, sed quia matrimonium sit absq; nouo consensu, si consensus patris accedat, non negat ibi pontifex, qui propterea quærit, an consensu patris accedente, is, qui sic contraxit, ad consummandū matrimonium sit cogendus? Et cogendum esse respondet: Et licet dicat, nisi voluntas patris postmodū accedat, nequaquam cogendus erit ad matrimonium contrahendū, tamen illud verbū, *Contrahendū*, est idem S. Pontifi-

ci, ac verbum, *Consummandum*, quod in quæstione vsus est, vt sic responsum congruat quæstioni propositæ.

At Couar. sic argumẽtatur. Matrimonium sine consensu non contrahitur, hic autem consensus non est: Ergo nec matrimonium est. Probatur minor, quia non est à principio talis cõsensus, qui ad matrimonium sufficiat, cùm sit conditionalis. *Nec oberit*, inquit, *conditionis euentus. Nam si dissenserit contrahentes ante euentum conditionis, euentus conditionis nihil operatur.*

Respondeo, id nego: nempe, si ante conditionis euentum contrahentes dissentiant, nihil operari euẽtum cõditionis. Nam vbi sub conditione contractus geritur, nõ licet conditione pendente, alteri pœnitere, l. hęc venditio, ff. de contrah. empt. Alex. in consil 40. in principio, lib. 5. nec contrarium probat Couar.

Non obstat id, quod dicit, cõditionem de futuro id efficere, vt consensus expressus per verba de pręsenti, dicatur, esse pendens de futuro, & ideo ante impletam conditionem non sit sufficiens. Etenim id concedo. Sed dum subdit. *Consensum autem pendere in futurum, in virtute est esse de futuro*, id nego, nisi intelligatur in virtute esse de futuro, quatenus conditionis euẽtus expectatur, vt consensus effectum habeat. Sed conditione impleta iam cõsensus effectum obtinet, non aliter, atque si ab initio nulla; fuisset adiecta conditio.

Cæterum, cum hodie ex Sacrosancti Cõcilij Trid. Decretis Sess. 24. multa fuerint ordinata, quę huic sententię nostræ fortsitan aduersentur, consultum fuit constitutioni sacrosanctæ inhærere, nulla ratione habita huius nostræ opinionis. Video enim opus esse nouo consensu ob formam introductam ab eodem Concilio circa matrimonia contrahenda, propter solemnitates ab eo requisitas; & ob pœnam constitutam in eos qui intra gradus prohibitos scienter contraxerint, vt in d. sess. 24. c. 5. quãobrem seruanda erit dicta forma; nec præter eam euagari licebit.

CAPVT XXXVII.

Vtrum matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis.

DVodecima controuersia, vtrum matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis?

Contrahi posse affirmãt Paludanus in 4. sent. distinct. 30. q. 2. concl. 2. In Imolensis in l. vbi ita donatur, ff. de donatio. causa mortis. Andr. Siculus, in cap. vlt. de precario.

Fundamentum: quia matrimonium non vitiat perpetua continentia, qualis etiam fuit inter beatam Virginem & Iosephum, inter quos tamen perfectum fuit ac perpetuum coniugium, c. coniunx, 27. q. 2.

Sed contraria sententia videtur mihi probabilior, quã secuti sunt D. Thomas, in 4. sentent. distinct. 28. q. vlt. in fine. Adrianus q. 9. de matrimonio. Syluester, in verbo, matrimonium, 4. q. 6. Abbas in c. commissum, de sponsalib. Couar. in epitome, in 2. parte, c. 3. §. 1. nu. 4. & 5.

Probatur hæc sententia ex c. vlt. de conditionibus appos. vbi Gregorius IX. ita dicit: *Si conditiones contra substantiam coniugij inserantur: Puta si alter dicat alteri. Contraho tecum si generationem prolis euites, vel donec inueniã aliam honore & facultatibus digniorem, aut si pro quæstu adulterandam te tradas matrimonialis contractus quantumcunque sit fauorabilis, caret effectu.* Hactenus Gregorius.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondetur. Consistere quidem matrimonium posse, licet coniuges perpetuam seruent castitatem, sed tamen id in pactum deduci non posse, quia est contra substantiam matrimonii. Neque vero pactum tale fuit inter beatissimam Virginem & S. Patriarcham. Nec est nouum, vt aliquid impediat matrimonium contrahi, quod non dirimat contractum. c. rursus, qui clerici vel vouentes, &c.

CAPVT XXXVIII.

Quid si non ambo contrahentes matrimonium, in eam conditionem consenserint, quæ contra substantiam matrimonij est sed vnus tantum, deinde copula carnalis intercedat an matrimonium præsumatur?

DEcimatertia controuersia. Cum matrimonium non valeat, vbi conditio adiicitur, quę contra substantiam eius est, vt in d. c. vlt. de condit. appos. Si non contrahentes ambo in eam conditionem consenserint, sed alter tantum, deinde copula carnalis intercedat, vtrum in vim sponsaliorum, quæ per copulam subsecutam matrimonium inducant, contractus valeat, controuerti solet.

Nam id affirmant Hostiensis, Innocentius, Abbas. & Præpositus, in cap. vlt. de cond appos. Rubeus. Alex. ad l. non solum, §. morte, nu. 590. ff. de oper. nouit nunt. Syluester, in verbo, matrimonium, 4. q. 5.

Fundamentum est in c. aliquando, 32. quæst. 2. in illis verbis: *Si ambo tales sint, coniuges non sunt. & si ab initio tales fuerunt, non sibi per connubium, sed per stuprum potius conuenerunt. Sin autem ambo non sunt tales, audeo dicere, aut illa quodammodo est mariti meretrix; aut ille adulter vxoris.*

Contrariam sententiam secuti sunt Adrianus, in 4. senten. quæst. 9. de matrimonio. Imola, in l. vbi ita donatur, ff. de donatio. cau. mor. Aretin. in l. 1. §. sed si mihi. col. 4. ff. de verbor. oblig. & Couar. in epitome de sponsalibus parte 2. c. 3. §. 1. nu. 11.

Fundamentum est, quia is, qui conditionem adiecit matrimonio, non simpliciter consensit, sed sub cõditione. Sponsalibus autẽ nullo modo consensit. Quoties autem ex contrahentibus alter sub conditione, alter pure cõsensit, nulla inter eos oritur obligatio, l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de verb. obligat.

Sed mihi prior sententia videtur longe probabilior, non quidem eo argumento, quod proxime relatum est, quia textus in d. c. aliquando, de alia specie longe diuersa loquitur: Sed eo argumẽto, quod cum intercedit copula carnalis, is, qui conditionem illam adiecerat, ab ea recessisse videtur, cum intelligat alteram non consensisse in eam conditionem. Hoc probari potest argumento sumpto ex c. per tuas, de cond appos. in illis verbis: *Consultationi tuæ taliter respondemus quod cum liquido constet, quod post contracta sponsalia carnalis est inter eos copula subsecuta, pro matrimonio est præsumendum, quia videtur a conditione apposita recessisse.* Sic igitur & in proposita quæstione dicendum videtur.

Non obstat argumẽtum in contrarium, quia licet diuersitas obligationis à principio fuerit inter contrahentes, postea tamen ex interuallo pręsumuntur prorsus cõsensisse, propter copulam carnalem, ad tollẽdam peccati præsumptionem. Et quando diuersitas responsionis stipulatori placet, alia stipulatio contracta esse intelligitur. vt in d. l. 1. §. si qs simpliciter, ff. de verb. obl. Et licet tex. ibi requirat, vt *illico placeat*, tamen in stipulatione loquitur, quę nõ admittit temporis interuallum. At in contractu matrimonii, nihil obstat temporis interuallum, dummodo adsit consensus, vt patet ex d. c. per tuas, de cond. appo. & ex c. is qui fidem, de sponsalib.

CAPVT XXXIX.

Vtrum matrimonium sub conditione contractum, quæ omnino exstitura est, valeat, perinde ac si pure contractum esset.

DEcimaquarta controuersia. Si matrimonium sub conditione fiat, quæ omnino extitura sit, vtrum statim valeat, an vero expectanda sit conditio?

Non statim valere, sed cõditionis euentum expectandum,

dum, ſenſit gloſ. in c. per tuas, in verbo, præſumendum, in fine, de conditio. appoſ. Ioan. Andreas, & Antonius Butrius ibidem. A

Quorum illud fundamentum puto, quòd regulariter ita ſit conſtitutum, vt matrimonium ſub conditione factum, non valeat, antequam conditio eueniat, vt in c. ſuper eo, de cond. appoſ.

Iaſ. autem in l. impoſſibilis, col. vlt. ff. de verb. obligat. ita diſtinguit, vt ſi quidem ſit certum, conditionem extituram, & ſimul etiam tempus, quo extitura ſit, tunc matrimonium purè contractum intelligatur, ſecus vero, ſi tempus, quo extitura eſt, incertum ſit, quia tempus incertum, pro conditione habetur, l. 1. l. dies incertus, l. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de condit. & demonſtr. gloſ. in l. In omnibus obligationibus, de reg. iu. Bar. in l. ita ſtipulatus, in 2. q. ff. de uerb. oblig.

Sed mihi eorum ſententia probabilior videtur, qui exiſtimant hoc in caſu matrimonium purè contractum videri, ita docuerunt Hoſtienſis Cardinalis, Abbas & Præpoſitus, in d. c. per tuas, de cond. appoſ. Syluester, in verbo, matrimonium, 3. q. 2. & alij, quos refert & ſequitur Couar. in Epitome de ſponſalibus, in 2. parte, cap. 3. §. 2. nume. 10. B

Probatur hęc ſententia. Nam qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino extitura eſt, purè videtur ſtipulari, l. pupillus, §. 1. ff. de nouation. l. quod ſi ea, ff. de condit. indebita.

Non obſtat id, quod dicitur; Diem incertum pro conditione haberi, quia id procedit in teſtamentis & vltimis voluntatibus, l. dies incertus, ff. de cond & demon. Ratio eſt, vti declarat optimè Caſtrenſis, in l. 1. nu. 6. ff. eod. titu. quia non eſt certum, debitum iri. Nam ſi legatarius decederet, non transmittere, quod in cõtractibus & alijs actibus inter viuos dici non poteſt, quare ſi tempus ſit incertum in ſpecie, de qua agitur, moram potius matrimonio quàm conditionem iniectam eſſe exiſtimo, ſicuti alibi Iuriſconſultus docet, in l. hæres meus, ff. de cond. & demonſtra. ibi: *Non conditione, ſed mora ſuſpenditur*, &c. C

CAPVT XL.

Vtrum valeat matrimonium, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere cum vna ex pluribus fœminis, puta cum vna ex filiabus Sempronij.

DEcimaquinta controuerſia. Contraxit quis matrimonium metu coactus cum vna ex filiabus Semproníj, vtrum valeat?

Et valere docuerunt Abbas in c. cum terra, de electio. Zochus, & Præpoſitus, in c. cum locum, de ſponſal. Fel. in c. in præſentia, nu. 37. de probatio. Iaſ. in l. Titia, nu. 6. ff. de verb. obli. Ioannes Lup. in c. per vestras, in 3. notab. §. 2. de donatio. Sylua nuptialis, lib. 2. nu. 119.

Fundamentum eſt: quia non videtur ſublata libertas hoc in caſu, quod probatur à ſimili. Nam conſuetudo nõ valet, quæ libertatem aufert electionis, c. cum terra, de electio. Et tamen illa valet conſuetudo, quæ facit, vt ex certo perſonarum genere electio fiat, cap. cum dilectus, de conſuet. D

Contrariam ſententiam probabiliorem eſſe puto, quã ſecuti fuere Baldus in conſil. ſchiſmatis, col. 4. Fortunius in tract. de vltimo fine, illatione 21. Decius in c. licet, col. pen. de elect. & alij, quos refert & ſequitur Couar. in epitome de ſponſ. in 2. par. cap. 3. §. 5. poſt num. 7. verſ. ſecundo procedit.

Fundamentum eſt firmiſſimum: quia ad matrimoniũ contrahendum libertas ſumma requiritur, c. cum locũ, de ſponſalib. nec valet ubi metus intercedit, c. veniens, 2. eod. tit. c. ſignificauit, de eo qui duxit uxorem, &c. Sed in hac ſpecie libertas non eſt, quia metus interuenit, ergo matrimonium nullius eſt momenti. Aſſumptio patet: quia quis cogitur accipere unam ex illis mulieribus in vxorem, cum tamen vel nullam accipere vellet, vel forte etiam vxorem non ducere. A

Ad argumentum à ſimili reſpondeo, magnam eſſe diſſimilitudinem, quia conſuetudo illa ut electio fiat ex certo perſonarum genere, ſumma ratione introduci potuit; quare debet eius vigore quis vnam eligere ex dictis perſonis, ſed vt quis unam ex certis fœminis vxorem ducere compellatur, id perquam iniquum eſt, cum ſummam libertatem matrimonialia contractus exigat, nec vlla ratio ſuppetere poſſit, qua quis cogi ad illud contrahendum poſſit, vel cum certo perſonarum genere. Sed res mihi videtur longè clarior, quàm vt maiori egeat diſputatione.

CAPVT XLI.

Sitne matrimonium contractum illis verbis: habebo te in vxorem: vel, iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum.

B

DEcimaſexta controuerſia. Promiſit quiſpiam in hunc modum mulieri. Habebo te in uxorem, vel, promitto ac iuro me in vxorem te habiturum. Vtrum matrimonium contractum eſſe intelligatur, an vero ſponſalia de futuro?

Et matrimonium contractum videri reſponderunt gloſ. in c. ex parte, de ſponſalibus, & in c. ſi quis diuinis, 30. q. 5. Abbas & Dec. in c. iurauit, de probat. Præpoſitus in d. c. ex parte, & alij magis communiter.

Argumenta ſunt tria. Primum ex c. ex parte, de ſponſalibus in illis verbis. *Andreas iuramentum præſtitit quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret*, &c. quibus verbis Pontifex præſupponit matrimonium contractum.

Secundum eſt ex d. c. ſi quis diuinis, 30. q. 5. *Si quis diuinis*, inquit textus, *tactis ſcripturis, iurauit mulieri, legitimam ſe eam vxorem habiturum*, &c. *Fit illa legitima vxor quamuis nulla dos, nulla ſcriptura alia interpoſita ſit.*

C Tertium eſt huiuſmodi. Qui vult antecedens, velle intelligitur & conſequens, l. illud, ff. de acquir. hæred. Igitur ſi vult eam in futurum vxorem habere, necne eſt, ut illis verbis matrimonium contraxiſſe intelligatur. Vide pro eadem ſententia Iacob. Menoch. de præſump. lib. 3. cap. 3. num. 3.

Cæterùm, non matrimonium contractum videri, ſed ſponſalia de futuro, reſponderunt quidam doctores antiqui, quorum facit mentionem gloſ. in d. c. ex parte, Magiſter ſententiarum, & alij quos refert & ſequitur Couar. in epitome de ſponſal. par. 2. c. 4. §. 1. nu. 5.

Fundamentum eſt: quod illa verba futurum tempus reſpiciunt, vt patet, nec neceſſariò conſenſum importãt de præſenti, quare potius ſponſalia de futuro contracta eſſe intelliguntur, quam matrimonium de præſenti.

Ad textum in d. cap. ex parte, reſpondent; verba contrahentium in ea ſpecie tẽpus præſens reſpicere: *Iurauit*, inquit textus, *quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret.*

D Ego quidem in hanc poſteriorem ſententiam eſſem proclinior, ſed vt illi non adhæream, illud facit, quod illa verba ita poſſunt intelligi, vt conſenſum in matrimoniũ de præſenti contineant: & licet etiam ita poſſint intelligi, vt importent ſponſalia de futuro, tamen illa interpretatio prævalere dẽt, quæ matrimonio fauet, authoritate textus in d. c. ſi quis diuinis, 30. quæſt. 5. Ait enim textus: *Si quis iurauit mulieri ſe eam vxorem legitimam habiturum, fit illa legitima uxor.* Ego intelligo; fieri ex ea promiſſione ſeu iuramento, non autem ex futuro conſenſu & contractu.

Ad contrarium argumentum reſponſio patet, quia etiã ſi ad futurum tempus illa verba referantur, includunt tamen conſenſum de præſenti in matrimonium, quaſi is, qui ſic promiſit, eam mulierem iam duxerit in vxorem, & ideo illam pro tali ſe habiturum dixerit, ſeu iurauerit.

CAPVT XLII.

Sed quid si dixerit: non habebo aliam vxorem nisi te: Siue contractum matrimonium, vel sponsalia.

DEcimaseptima controuersia. Sed quid si dixerit: Non habebo aliam vxorem, nisi te, an intelligatur matrimonium contractum, vel sponsalia?

Et matrimonium contractum videri responderunt Card. Abbas, & Præpositus in cap. ex parte, de sponsalib. Alex. in consi. 152 lib. 5. Syluester in verbo Matrimoniũ x. q. 10. Iason & Curtius iunior, in l. actione, C. de transact. Menoch. de præsump. lib. 3. cap. 3. nu. 8.

Fundamentũ est, quia dictio, *Nisi*, negationi, postposita, affirmat. Quamobrem est perinde, ac si dicatur, Non habebo aliam vxorem, quàm te, & habebo te in uxorem, ergo matrimonium inducitur.

Sed contrariam sententiam amplector una cum Calderino, Buttio, & Zocho, in d. c. ex parte, Cępolla in consil. 1. ciuilium, in 3. col. Alcia. in d. l. actione, C. de transact. & Couar. in epitome de sponsalibus, in 2. parte, c. 4. §. 1. num. 1.

Fundamentum mihi videtur solidissimum, quia talis oratio ita est accipienda, vt si quis vxorem ducere voluerit, illam, & non aliam ducere teneatur, non autem vt se obliget ad illam vxorem ducendam. Quid enim, si uitã cælibem ducere maluerit? Veluti, si quis dixerit, promitto me non alienaturum extra familiam prædium, non idcirco promittere videtur, se intra familiam alienaturum, sed sensus est, vt si alienare voluerit, non extra familiam alienet.

Huic interpretationi fauet text. in l. si sterili, §. pen. ff. de act. empt. *Sed etsi fundum*, inquit, *ita vendidero, ut nulli alij quàm mihi eum venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alij vendideris.* Et sic non dicit Iurisconsultus, agi posse, vt mihi vendas, simpliciter & absolutè, quamuis fortè uelis alicui vendere.

Adstipulatur etiam textus in l. Titia, §. vlt. ff. de manumissis testa. in illis verbis: *Onesiphore, nisi rationes reddideris, liber ne esto. Potius adimi libertatem, quàm dari.*

Ergo dictio illa, Nisi, affirmationis vim habet, sed in eũ sensum, de quo dictio est, id est, Non habebo aliam vxorem, quàm te, Et te habebo in vxorem, si vxorem ducere in animum induxero, nõ autem simpliciter & absolutè.

CAPVT LXIII.

Filius an in dubio præsumendus sit naturalis, hoc est, natus ex concubina, an verò spurius, hoc est, natus damnato & punibili.

FIlium in dubio naturalem esse præsumendum, nõ autem spurium, responderunt Bald. in consil. 448. nu. 4. lib. 1. Crauetta in consi. 138, nu. 1. & 166. nu. 1. Alciatus in consi. 58. nu. 13. lib. 9. & 158. nu. 3. eod. lib. Simon Pettus in conf. 127. nu. 6. Dominus meus Cephal. in consi. 608. nu. 10. lib. 4. Hippol. Rimin. in consi. 157. nu. 109. lib. 2. Couar. in epitome de sponsalibus, in 2. parte, c. 8. §. 3. in princ.

Fundamentum est: quia delictum non est præsumendum, l. meritò, ff. pro socio. Est autẽ maius delictum ex coitu damnato & punibili, quàm ex concubinatu lege ciuili non prohibito.

Sed contrarium responderunt; Nempe spurium potius esse præsumendum. Natta in consi. 421. nu. 10. Alcia. de præsum. reg. 2. præsump. 5. nu. 4. & respon. 123. nu. 10. & 268. nu. 2. & 269. nu. 1. Menoc. de præsum. lib. 6. præsum. 54. nu. 2. & in consi. 60. nu. 12. lib. 1.

Fundamentũ est: quia vt iustus sit concubinatus, multa requiruntur. Primum, vt mulier non sit vilis conditionis. Deinde, vt in schemate concubinæ retineatur. Tertio, vt sit sola, nec cum alio rem habuerit. Postremò, ut

A protestatio præcesserit, ut per Grammaticum omnia diligenter explicantem, voto 4. Omnis autem, qui nec ex legitimo matrimonio nascitur, nec ex tali concubinatu, appellatur spurius, vt declarat Bar. ad l. vlt. ff. de his quib. ut indig. Cagn. in l. si qua illustris, C. ad Orfic. nu. 3. Hęc igitur omnia probanda sunt, non præsumenda, ergo filius non præsumitur in dubio naturalis, sed spurius.

Ego vero priorem sententiam æquiorem ac benigniorẽ esse iudico & amplector, vt scilicet minus malum sit præsumendum, & quod lectorem infamiæ maculam aspergit, argumento, l. si præses, ff. de pœnis. & præterim, quia nouissimè Rota Romana hanc sententiam est secuta, vt patet ea decis. 808. in 1. parte.

Confirmari potest ea c. 2. de filijs presbyter. & ex c. veniens, de accusatio. quibus in locis dicitur, non præsumi quempiam genitum esse in sacerdotio, licet sacerdotis filius existat. Idem habetur in c. inter cæteras, eodem tit. de filijs presbyter.

B Ea hoc argumentum sumitur, iuris præsumptionem esse procliuiorem in eam partem, quæ benignior est, & grauioris criminis tollit suspicionem.

Huc accedat, quod loquendi vsum spectemus, & sententiam iure canonico receptam, vt filius sit naturalis, sufficit eum natum ex his, inter quos matrimonium contrahi poterat. vide Couar. de sponsalib. in 2. parte cap. 8. §. 4. in principio. Et Sarmientum selectar. interpr. lib. 1. cap. 7. num. 2.

Vnde argumentum contrariæ sententię facilè refellitur, pręterquam quòd, vt stupro vel adulterio, aut alio danato coitu quis præsumatur natus, multa etiam in facto requiruntur, quæ quo grauiora & turpiora sunt, eo minus præsumenda videntur.

Nec obstat, si dicatur; mulierem in dubio virginẽ pręsumi, ex traditis per Abbatem, in c. 1. de adul. & Clarum in §. stuprum, vers. sed pone. & consequenter præsumatur stuprata, & sic ex stupro natus filius; quia Panorm.

C & Clarus loquũtur, vbi mulier se virginem fuisse aduersus stupratorem allegat, tunc enim in odium & præiudicium delinquentis, præsumitur esse virgo. sed de hac specie nostra non est disputatio.

CAPVT LXIIII.

Vtrum filius exhæredari à patre possit, si vxorem ducat absque eius consensu.

FIliumfamilias absque patris consensu matrimonium contrahere posse, certi ac indubitati iuris nunc est ex Concilio Trid. sess. 24. in decreto de matrimonijs clandestinis. vide Cardin. Robertum Bellarminum, in x. tomo controuersiarum fidei, de matrimonij sacramento, lib. 1. c. 19.

Illud nonnihil controuersum est, an filius eam ob causam exhæredari à parente possit.

D Affirmat enim Castrensis in l. si filiam, C. de inoff. test. authoritate textus in Auth. sed si post, eod. tit. verba hæc sunt: *Sed si post viginti quinque annos te differente filiam marito copulare, in suum corpus peccauerit, vel sine consensu tuo, marito se, libero tamen, copulauerit, eam exhæredare non potes.* Ex his verbis patet à contrario sensu filiam exhæredari posse, si marito se copulauerit absque consensu patris, quando non eam distulit parens marito copulare.

Secundo, authoritate tex. in l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. in illis verbis: *Nam etsi tàm ignominiosam duxerit vxorem filius, vt dedecori sit tam ipsi, quàm patri talem mulierem habere, dicemus & ex canatum ad bonorum possessionem aut admitti, cum possit eius iure suo vti, eumque exhæredare.*

Et licet iure canonico inspecto matrimoniũ a filiofa. contractum absq; consensu patris valeat, nihil tamẽ hoc obstat, quia ius canonicum disponit de matrimonio, non autem de iniuria illata parenti. Sic & mulier secun-

cundo nubendi liberam habet iure Canonico potestatem,c. cum secundum,de secund.nupt. & tamen legum pœnis est obnoxia.excepta infamiæ pœna, quoniam ex communi sententia non sunt illa sublata, quæ in fauorẽ prolis ex primo matrimonio susceptæ aduersus secundo nubentes mulieres sunt constitutæ.

Cæterum diuersam alij multi sententiam habuerunt nempe, eo duntaxat in casu exhæredari posse filium vel filiam,quo indigno nubit.Ita glo.in c.de raptoribus,36. q.1.Baldus in l.nec filium,C.de nupt.& in l.si pater, C. de sponsalibus Ant.Butr.in c.accedens, de procur. Anchar.in cons.21.Parisius in cons.59.libr.3. Bald.Nouell. de dote in 6. par.priuileg.16.nu.6.

Fundamentum est in d.l.3.§.si emancipatus,ff.de bonor. possess. contratab. ibi: *Nam etsi tam ignominiosam duxerit uxorem*,&c.

Tertia est sententia vera & communis; filios nubentes absque consensu patris, licet grauiter peccent, exhæredari tamen non posse. Ita docent Abbas & Host.in ca. 1.de sponsalib.& in cons.12.lib.1.Ioan.Lupus,in ca.per vestras,de donat.in 3.not.§.9. Dec.ad l.nuptias,de regu. iur.& in cons.231.Ias.in auth. sed si post,C.de inoff. testam.Felyn.in c.Ecclesia,n.59.de const.Vasquius de succes.creat.lib.15.10.nu.628.Couar.in epito. de sponsa.in 2.par.c.3.§.8.nu.5. Hypp.Rimin.in cons.133.li.2.

Probatur hæc sententia regula generali.Quod fit iure permittente,pęnam non meretur,l.4.C.de adult.c.cum secundum,de secun.nupt.item, quia matrimonium debet esse liberum,c.cum locum,de sponsalib.c. Gẽma,eo. tit.& habetur in Concilio Tridentino,Sess.24 cap.9. Ergo neque directè,neque indirectè impediri debet. Videretur autem impediri, si filius exhæredari posset, quoniam exhæredationis metu non eam,quam vellet, vxorem duceret.

Et quidem quod ad filium attinet,etsi olim exhæredari potuit,iuxta l.3.§.si emancipatus,ff. de bonor. possess. contratab. tamen Iustinianus inter iustas exhæredationis causas hanc non recensuit in Nouella 115. Et certum est,eas tãtummodo causas,quas Iustinianus commemorat,iustas esse,& iam obtinere,omnibus alijs,quæ in antiquis legibus continebantur reiectis,ut ipse statuit.

Quod verò attinet ad filiam nubentem absq; consensu patris,nihil mirũ videri debet, si olim exhęredari potuerit. Nam cum iure ciuili matrimonium non valeret absq; patris consensu,filia nubendo sine patris consensu videbatur stuprum admittere, non autem matrimoniũ contrahere. Stuprum vero iustam esse exhęredationis causam ex eo manifestũ est,ꝙ Iustinianus dicit in d. Nouella 115. *Filiam scilicet in corpus suum peccantem exhæredari posse,nisi pater eam elocare distulerit*.vt ibi. Cum autem,iure canonico inspecto (est autem in hac materia & similibus præcipuum) matrimonium absq; patris consensu valeat,iam cessat illa ratio stupri,& dum puella nubit etiam absque patris consensu, verum contrahit matrimonium.

Ex quibus ad argumentum Paul.Castr.responsio patet,quod nitebatur authoritate d. auth. sed si post,& d.l. 3.§.si emancipatus,quibus est responsum. Vide etiã hac de re Cuiac.lib.3.Obseru.c.5.& Duaren.ad tit.sol.matr. & ad tit.de inoff.test.c.3.

CAPVT XLV.

Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ, quæ nupsit absque eius consensu.

SEd & non leuis est controuersia,vtrũ pater filiæ nubenti absque eius consensu,dote dare teneatur. Negant.n. Bart.in l.obligamur,ff.de act.& oblig.Bald. & Salic.in l.q liberos,ff.de ritu nupt.Ale.in cõs.33. li.4.

Argumenta sunt ista. Pater dotem dare tenetur suæ filiæ,vt possit nubere. Nam absque dote non facile mari- A tum inueniret.Sed talis filia iam nupsit, & maritum inuenit,ergo dotem ei dare non tenetur.

Secundo.Dos est loco alimentorum, vnde sicut ei debentur alimenta,qui non habet aliũde,l. si quis a liberis, ff.de lib.agnosc.ita & dos,hic autem filia iam nupsit,vnde videtur habere vnde se alat,nec dote indigere.

Tertio, matrimonium valet absq; dote, nec potest vxorem is,qui eam duxit,expellere ob eam causam,ꝙ dotem non habeat,§. sic itaque,in auth.de nuptijs. Ergo sibi imputet & filia & maritus eius,si non procurarũt dotem a patre habere.

Postremo,filia nubens absque consensu patris, facit illi maximam iniuriam, vt patet, ergo pater non tenetur ei dotem dare.

Contrariam sententiam habuerunt Abbas, in ca.1.de despons.impub.& in cons.12. li.1. Campegius de dote,in 1.par.q.13.Ias.in auth. res quæ, C.commu. de leg.& ibi. Bal. Ang. & Castrens. Dec.ad l.nuptias, de reg. iur. alios B commemorat Ripa,in l.1.nu.55.ff.sol.matr.

Fundamentum est, quia pater ad hæc duo est obligatus,vt nubat filiam,& vt ei dotem det,l.qui liberos,ff.de ritu nuptiar.ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare*. Si ergo filia nupsit, ea obligatione solutus est, sed non alteram,dotem dandi.

Tertia est sententia sic distinguens: aut filia nupsit digno,& pater tenetur eam dotare, aut indigno,& non tenetur.ubi tamen maritus est ita diues, ut possit eam alere.Ita Couar.in Epitome de sponsalib. in 2.parte,cap.3, §.8.nu.7.vbi alios citat.

Quarta est sententia patrem teneri, licet nubat indigno,ita Imolensis,in c.accedens, de procur. Alex.ad l.1, nu.32.ff.de sol.matr.

Et ego in eam sententiam sum proclinior, quæ patrẽ indistinctè ad dotandum obligat,etsi enim olim exhæredari filia potuerit, eã ob causam, ꝙ indigno nupsisset, vt in l.3.§.si emancipatus,ff.de bon. poss. contratab.tamen C hæc inter alias veras & legitimas causas a Iustiniano nõ connumeratur in Nouella 115. Et merito,præsertim vero iure Canonico inspecto,ex quo matrimonium ualet, & plena dẽt libertate gaudere,adeo,vt filius, qui cõcessa sibi a lege potestate vtit̃,nulla pęna dignus esse videat̃.

Et ideo sic argumẽtor:pater filiam dotare tenetur, et si diues sit,& bona propria habeat,l. vlt. C. de dotis promiss.Nulla vero est lex, quæ dote debita illam priuet eã ob causam, de qua agitur,ergo non est priuanda; Argumento text.in §.Optimè, in Auth. de non elig. secundo nub.ibi: *Nec est lex tale quid dicens*,&c. Quam ob rem occurrit,quod Iurisconsultus dicebat in l.etsi quis,§. Diuus ff.de relig.& sumpt.funer. *Non rectè facere*,inquit, *pœnã tamen in eum statutam non esse*.

Ad primum,secundum ac tertium argumentum contrariæ opinionis respondeo,locum habere, si filia nubẽs dotem non promittat,& maritus eam acceperit absq; dote, tunc enim dotem petere non potest,alias secus,quia li- D cet maritum inuenerit, & ab eo alatur, non tamen dotẽ sibi debitam amisit,nec ab ea est excludenda,sed pater suo tenetur officio satisfacere,l. vlt. C.de dotis promiss.

Ad vltimum argum.respondeo,filiam non rectè facere, & peccare grauiter,sed non rectè colligi eam dote priuandam esse,quam ex legibus pater ei dare tenetur.

CAPVT XLVI.

De confiscatione bonorum raptoris, utrum mulieri raptæ sint applicanda si matrimonium cum eo contraxerit.

IVstinianus statuit eũ,qui mulierẽ rapuit, bonis mulctandum, eaq; mulieri raptæ applicanda l.1.C.de raptu virginum. Cęterũ si matrimoniũ cũ raptore contraxerit alia cõstit.decreuit,bona non esse mulieri applicanda, vt in auth.de rapta muliere,quæ raptori nupsit.

Iam

Iam controuersia oritur, quia iure canonico ualet matrimonium inter raptorem & raptam, c. ult. de raptorib. nisi eo tempore sit contractum, quo mulier rapta, est in potestate raptoris, vt in Concilio Tridentino, Sess. 24. Oritur inquam controuersia; vtrum nihilominus bona raptoris mulieri sint applicanda.

Et applicanda esse censuerunt gloss. in c. de puellis, 36. q. 2. Io. Lup. in cap. per uestras. 3. not. §. 20. nu. 8. de donatio. inter vir. & vxor. Abbas, Aret. Felyn. & Dec. num. 34. in c. Ecclesia, de constit. Federic. Senensis. in cons. 36. Couar. in Epitome de sponsalib. in 2. p. c. 3. §. 9. n. 1. & 2.

Fundamentum est, quia Iustinianus Imperator ideo lucrum ademit mulieri nubenti bonorum ipsius raptoris, qui illi prohibuit, ne raptori nuberet, ut in authē. de rapta muliere, quæ raptori nubit, uersic. quia enim tale stare matrimonium, &c. cum ergo iuris Canonici authoritate (quod quidem in hac materia iuri Cæsareo anteponendum est) nubere raptori possit, inde videtur inferri posse, tale lucrum bonorum raptoris iam ordinatum, illi auferendum non esse.

Sed contrariam sententiam habuerunt Anton. Butr. in c. 1. de Sponsalib. Felynus, ibid. nu. 15. Io. Andr. Anchar. & Dominicus, in c. cum secundum, de hæreticis, li. 6. Ioan. de Anania, in c. pen. de Raptorib. Salicet. in l. vnica, num. 13. C. de raptu virginum.

Fundamentum est: quia bona raptoris a lege deferuntur mulieri raptæ ea conditione, si raptori non nupserit; Igitur si nupserit, lucrum delatum non obtinebit. Et licet canones matrimonium permittant, nihil tamen amplius, quod tale lucrum attinet, disponunt.

Hæc videtur mihi probabilior sententia. Aut enim ea iure Ciuili sibi tale lucrum mulier vendicat, & non potest, quia non defertur, vbi matrimonium inter raptam, & raptorem contrahitur: aut ex iure Canonico, & multo minus, quia canones non illud deferunt.

At inquiunt, matrimonij libertatem impediri, si mulier tale lucrum nubendo amittat, quia sic non libenter nubet raptori, ne illud amittat. Non rectè: quia non defertur illud lucrum absolute mulieri, sed ea lege, ne nubat. Poterit ergo nubere raptori, si voluerit, sed lucrum non habebit. Hinc aūt matrimonij libertas non impeditur magis, quam si quis dixerit, quia mulieribus nubentibus premium non est a lege constitutum, matrimonium impediri, seu libertatem matrimonii.

At, inquit Couar. lucrum iam absque conditione vlla constitutum fuerat a lege, quia illa absolutè bona raptoris mulieri raptæ applicauit sine ulla conditione. Nō rectè: quia Imperator ipse miratus est aliquos ita legem suam fuisse interpretatos, *Sed mirati sumus*, inquit, *quod conati sunt aliqui dicere, raptam mulierem, siue uolentem, siue nolentem, etsi raptoris sit amplexa matrimonium contra nostræ constitutionis tenorem, debere tamen eam raptoris habere substantiam, uel quasi legis præmium*, &c. Et statim subdit: *Qui enim talia dicere præsumpserunt, ij prædictæ legis seriem intelligere non potuerunt, quia enim tale stare matrimonium, etsi rapta uoluerit, prohibuimus*, &c. *Quomodo raptas mulieres raptorum eligentes connubium præmijs honoraremus rapta datis mulieri*; Hactenus Imperator, qui apertè indicat, se nunquam illud præmium simpliciter & absolutè detulisse mulieri, sed ita demum, si raptori non nuberet.

CAPVT XLVII.

Vtrum fructus rerum mobilium dotis, soluto matrimonio statim ad mulierem pertineant, an vero intra annum ad hæredes mariti.

SOluto matrimonio ad restituendam dotem, in rebus mobilibus consistat, anni tempus viri hæredibus est concessum, l. vnica, §. exactio, C. de vxor. act. sed an fructus, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, seu accessiones, lucrentur etiam ipsi hæredes, eius videlicet anni, controuersia est nonnulla.

Antiquiores interpretes affirmant, nempe, Bartolus, Castrensis, Aretinus, Albericus, & alij, Iasone teste, in l. diuortio, nu. 18. ff. sol. matr.

Argumento sunt ista. Hæres videtur esse eadem persona cum defuncto, nec ex eius persona conditio obligationis immutatur, l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. sed maritus viuens fructus lucratur anni a lege constituti, ad restituēdam dotem, l. si constante, ff. sol. matr. l. si mulier, §. rerū, ff. rer. amot. ergo & hæredes illius.

Secundo, hæredes tenentur alere mulierem viduam intra annum, vt docet gloss. in l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. actio. ergo & commodum habere debent ipsorum fructuum, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, intra illud tempus.

Tertio, mulier vidua intra annum videtur esse in primo matrimonio, l. vlt. C. de bonis matern. ergo sicut maritus fructus rerum dotalium haberet, si uiueret, ita & eius hæredes habebunt.

Sed contrariam sentētiam ueriorem censeo vna cum Zasio, lib. 2. singularium responsorum, cap. 3. ad quem videtur se remittere Couar. de sponsalib. par. 2. cap. 3. §. 9. ante num. 9.

Probatur satis clarè ex d. l. vnica, §. exactio, in illis uerbis: *Fructibus uidelicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonij præstandis. Similique modo pensionibus, vel vecturis nauium, siue iumentorum, vel operis seruorum, vel quæstu ciuilium annonarum, & alijs, quæ sunt ei similia parti mulieris restituendis.*

His verbis Imperator idem statuit de fructibus rerū immobilium, quod de fructibus mobilium, vt nimirum ex tempore soluti matrimonij ad mulierem pertineant. Idem probatur in l. diuortio, §. non solum. ff. sol. matr.

Confirmatur hæc sententia. Nam ad eum fructus spectant, qui rei est dominus, l. & ex diuerso, §. 1. ff. de rei vend. Et qui sciens alienam rem possidet, fructus restituere tenetur, l. certum. C. de rei vend. l. 3. C. de cond. ex lege. Si mulier soluto matrimonio est domina rerum dotaliū, vnde & eas vendicat, l. in rebus, C. de iure dot. Et id sciunt hæredes viri, vel scire debent, l. leges sacratissimæ, C. de legib. ergo fructus ei sunt restituendi.

Ad primum argumentum, nego maritus fructus lucrari eius anni, qui ad dotis restitutionem indulgentur. Neque id leges in argumento allatæ dicunt.

Ad secundum respondeo, glossam in d. §. exactio, non ita dicere, sed ita, si mulier aliundè non habeat vnde se alat, alendam esse apud hæredes mariti, qui dotem habent, quod summam habet æquitatem.

Ex fructibus ergo alenda erit, vel ei dos restituenda, si quid præter alimenta ex fructibus superent, id ad ipsam, non autem ad hęredes mariti pertinebit.

Ad tertium nego consequentiam, dum enim vidua est mulier, videtur quo ad aliquid esse in eodem matrimonio, & tamen absurdum esset affirmare toto viduitatis tempore eam esse priuandam fructibus rerum dotalium & hæredum lucro cedere.

CAPVT XLVIII.

Vtrum maritus expellere uxorem possit, si non soluatur dos promissa.

VXorē expelli posse a marito, si non ei dos promissa præstetur, censuerunt Abbas, in c. per vestras, de donat. inter vi. & vxor. & ibidem Io. Lup. in 3. notab. Paulus Castr. & Alex. in l. in insulam, §. vsuras, ff. solut. matr. Sal. in l. quod in vxorem, C. de negot. gest.

Fundamentum est in d. cap. per vestras in illis verbis: *Ne occasione dotis detenta, vxor a viro dimissa, seu vir, qui dimisit vxorem, adulterij reatum incurrat.* Et in l. vlt. C. ad Velleian. in illis uerbis: *Neque enim ferendū est, quasi.*

fortius-

fortuito casu interueniente, mulierem fieri indotatam; & sic à viro forsan repelli, & distrahi matrimonium, &c. A

Sed contrariam sententiam habuit Couar. quam & ipse sequor ac probo, in epitome de sponsalib. in secunda parte c.7. n.2. *Si Christus,* inquit, *summus humani generis redemptor, prohibet vxorem dimitti, excepta fornicationis causa, & tunc iudicio Ecclesiæ dimittenda vxor est, cur doctores ita liberè ob non solutam dotem maritis dimittere propria authoritate vxores permittunt? quod lege diuina prohibitum est. Rursus lege quidem naturali, & diuina vir tenetur cohabitare cũ vxore, cur ergo ab hac obligatione eximitur dote non soluta?*

Ad textum in c. per vestras, respondetur, Pontificem eo in loco id nõ permittere, vt vir expellat vxorem propter dotem non solutam, sed tãtum dicit, periculum esse, ne vir eam expellat, intellige de facto, & inde adulterij committendi oriatur occasio.

Et hæc responsio valet ad l. vlt. C. ad Velleian. potius enim ibi periculum Imperator iudicat, ne matrimoniũ distrahatur, quam distrahi permittat. B

CAPVT XLIX.

Verum pater duodecim liberorum, immunis existat ab oneribus patrimonialibus.

PAtrem duodecim liberorum ab oneribus patrimonialibus immunem esse docuerunt. Bart. Ioan. de Platea, & Lucas de Penna, in l. si quis Decurio, C. de decurion. lib. 10. Guido Papæ, quæstio. 301. Aret. in instit. de excusatio. tutor. in princ. num. 4. Ioan. de Anania, in cons. vlt. col. 1. & 2. Viuius, communium opinionum, verbo, Pater habens duodecim liberos. Rolandus à Valle, in cons. 52. lib. 2.

Fundamentum est in d. l. si quis Decurio, C. de decurionibus. lib. 10. vbi text. ita dicit: *Si quis Decurio pater sit duodecim liberorum, honestissima munerũ quiete donetur.* C

Sed contrariam sentẽtiam amplexi fuere Bald. & Rebuff. ad dictam l. si quis Decurio, & alij, quos refert & sequitur Couar. in epitome de sponsalib. in 2. par. c. 8. non procul à principio.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Probatur enim primò ex l. 2. ff. de vacat. muner. *Quæ patrimoniorũ* (ait text.) *onera sunt, numero liberorum non excusantur.*

Secundò ex l. sunt munera, ff. eo. tit. *Sunt munera* (inquit text.) *quæ rei propriæ cohærent, de quibus neque liberi, neque ætas, neque merita militiæ, neque vllum aliud priuilegium iuuerè tribuit excusationem.*

Tertiò ex l. rescripto, §. quæ munera, ff. de muneribus & honor. *Quæ munera* (inquit text.) *patrimonijs iniunguntur, &c. talia sunt, vt neque ætas ea excuset, nec numerus liberorum, nec alia prærogatiua.*

Quartò ex l. 5. C. de munerib. patrim. lib. 10. *Neque tempore ætatis,* inquit, *neque numero liberorum à munerib. quæ patrimoniorum sunt, excusationem quis habere potest.* D

Quintò ex l. 1. C. de his, qui numero liberorũ, &c. lib. 10. *Numerus liberorũ* (ait Imperator) *ab onerib. nõ excusat.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, has leges accipiendas esse de numero quinque liberorum, non autem duodecim, ne pugnent cum d. l. si quis Decurio. Nõ rectè, quia absolutè loquuntur de numero liberorum. Deinde, quod ineptum esset dicere: Numerum liberorum non excusare, si excusaret numerus duodecim liberorum; deberet enim excipi in ipsis legibus dictus numerus duodecim liberorum.

Tertiò, quia nulla est repugnantia inter dictas leges, & l. si quis Decurio, nam ad l. si quis Decurio, respondetur primum, eam loqui de decurionib. deinde non loqui de muneribus patrimonialibus, id patet: nam in Codice Theodosiano sic legitur. *Qui pater sit duodecim liberorũ, non modò ad Curiam non vocetur, verum etiam, si sit Decurio, honoratissima quiete donetur.* Illa verba *honoratissima*

A *quiete* conueniunt oneribus personalibus, & sensus est, vt Decurio & pater duodecim liberorum quiescant ab oneribus, quæ personæ iniunguntur, vt liberorum educationi operam dare valeant, vt non solum non vocetur, sed etsi vocetur, non teneatur ire, si sit simul Decurio & pater duodecim liberorũ. Neq; enim rectè dicitur, eũ quiescere, quia è solutione iniunctæ patrimonio est immunis.

Confirmatur hæc interpretatio ex loco simili Iurisconsulti in l. semper, §. demonstratur, ff. de iure immun. vbi, loquẽs de patre sexdecim liberorum, ait, talem numerũ filiorum ad excusationem municipalium munerum prodesse, vt filiorũ educationi vacare possit. Verba sunt ista: *Etsi non ab omnibus muneribus dimittit patrem natorũ numerus, tamen quia sexdecim pueros habere te per libellum notificasti, non est irrationabile, vt concedamus filiorum educationi remitti tibi munera.* Ex quibus patet, sexdecim liberorum numerum excusare à muneribus generaliter; non autem duodecim. Videas hac de re Ferdinan. Paez. B in tract. de excusatione parentis à muneribus ob numerum liberorum, & Anton. Tessaurum nouissimè in decisio. Pedemont. 267.

CAPVT L.

De legitimatione filiorum per subsequens matrimonium controuersia, an sit necesse, vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò sufficiat, si natiuitatis tempore poterat contrahi.

T*Anta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur, si autem vir viuente vxore sua aliam cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius,* &c. vt in c. tanta, qui filij sint legitimi.

Ex hoc loco conclusio desumitur, per subsequens ma- C trimonium filios antea natos, legitimos fieri, vbi matrimoniũ inter virum & vxoré cõtrahi poterat, aliàs secus.

Controuersia est in eo, an sit necesse, vt conceptionis tempore matrimonium cõtrahi possit, an verò sufficiat, si tempore natiuitatis filiorum contrahi potuisset.

Et quidem istud præcisè requiri, vt matrimonium cõceptionis tempore contrahi potuerit, responderunt Salicet. in l. filium, C. de suis & legit. hered. & Anton. Rosellus de legitimatione, col. 8. & 9.

Argumenta sunt ista; primum ex l. Paulus, ff. de statu hom. vbi tempus conceptionis filiorum inspicitur, quo ad eorum statum, licet eis non sit vtile. Paulus enim respondit: *Eum, qui viuente patre, & ignorante de conceptione filia, conceptus est, licet post mortem eius natus sit, iustum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.*

Secundum est ex l. etsi contra, & ibi glos. C. de nupt. Nam cum textus dicat matrimonium, quod erat inualidum, nouo consensu confirmari. Ideoq; liberos postea D susceptos legitimos esse, quærit glos. quid si ante liberi essent suscepti, & respondet non esse legitimos, argumento d. l. Paulus, ff. de statu homin.

Tertium est ex l. ex libera, C. de suis & legit. hære. vbi dicitur, natum ex seruo & libera, esse spurium, quamuis postea patri libertas superueniat, & natalium restitutio, quod non alia ratione fieri potest, nisi quia primum tempus est inspiciendum.

Contrariam sententiam secuti sunt Hostiens. Io. And. Ant. Butr. & Cardin. in d. c. tanta, Couar. in epitome de sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 2. nu. 3. quib. & ipse assentior.

Probatur hæc sententia: quia ita iure constitutum est, vt natiuitatis vel conceptionis tempus inspiciatur, quatenus filiorũ legitimitati magis expedit. Quod patet primum ex l. qui in vtero, ff. de statu homin. *Qui in vtero est* (inquit text.) *perinde est, ac si in rebus humanis esset, custoditur, quandiu de commodis eius agitur.* Si ergo de incommodis eius agatur, secus erit, & sic eo casu habendus erit

pro

pro non nato, & natiuitatis eius tempus inspicietur.

Secundò ex l.5.ff.eo.tit.vbi textus ita dicit: *Ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt. Sufficiet autem liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci.* Idem habetur in §.sufficit, in in tit.de ingenuis.

Tertiò id patet ex l.nuper, C.de natur.lib.in illis verbis: *Et generaliter definimus & quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, vt semper in huiusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est disputatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur. Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis ijs tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis vtilitas expostulat.*

Ad primum argumentum respondeo; non inspici tēpus conceptionis in specie d.l.Paulus, quia nec eo tempore inspecto, filij legitimi esse poterant. Nam matrimoniū fuerat contractum à filiaf.am. sine consensu patris, quo casu erat inualidū, nec patre mortuo validū efficiebatur.

Ad secundum respondeo, glos.in d.l.etsi contra, nihil amplius probare, quàm l.Paulus, ff.de statu hom. ad quā legem se refert, cui iam responsum est.

Ad tertium: nil pertinere ad rem nostram textum in d.l.ex libera, quia nostra disputatio est, an tempus conceptionis sit inspiciendum vel natiuitatis, eo iam supposito, quòd per matrimonium filij legitimentur, vt in d.c. tanta, at in specie d.legis statuitur, filios iam natos non effici legitimos, ex eo, quod pater libertatē & natalium restitutionem consequatur.

Sed post hæc scripta vidi Franciscum Sarmientum lib.1.select.interpret. c.5.aduersus hanc sententiam multa afferentem.

Imprimis textum in d.l.Paulus. Nec obstat quod dicitur ibi nullo tempore matrimonium constitisse. Nam constitit post mortem patris filiæ nuptæ, licet enim contra legum præscripta sit contractum matrimonium, si tamen in eadem voluntate perseuerent coniuges, validum efficitur. l.etsi contra, C.de nupt.l.si quis Senatorio, ff.de ritu nupt.

Confirmatur, quia si matrimonium validum effici nō potuisset, frustra ibi quæreretur de filijs, an essent iusti & legitimi.

Et cum delictum committatur in coitu, & sic conceptionis tēpore, ridiculum esse videtur inspicere tempus natiuit. Leges verò, quæ dicunt tēpus vel natiuit. vel cōceptionis esse inspiciendum, prout filijs est magis commodum, loquuntur, quantum ad libertatem & securitatem, non autem ad effectum legitimitatis.

Istis nil morantibus à priori sententia, non recedo. Nā quod attinet ad d.l.Paulus, ita respondet Couar.loco annotato. Non obstat l.Paulus, quia in eo casu nec tempore natiuitatis matrimonium erat legitimum. Nam etsi potuit tunc contrahi, tamen contractum prius eo tempore, quo minimè licebat, non fuit nouo consensu legitimè confirmatum. Itaque ad Sarmientum pertinet onus probandi matrimonium in ea specie fuisse nouo consensu confirmatum, neque enim id constat.

Nec valet illa ratio, alioqui frustra quæri, an filij essent iusti & legitimi. Nam ratio dubitādi fuit, quia post mortem patris contrahi matrimonium potuit, seu contractū nouo consensu confirmari, qua ratione non obstante, contrarium decidit ibi Iurisconsultus, nimirum, filium natum legitimum nō esse, quia matrimonium validum non fuit. Quid autem iuris, si nouo consensu celebratū & confirmatum fuisset, non decidit eo loco Iurisconsulr.

Et licet peccatum commissum sit in coitu, tamē inspiciēdum esse natiuitatis tempus, quoad filiorum statum, probat l.nuper, C.de natural.lib. vbi Imperator id expressè statuit, & loquitur nominatim quoad effectum, de quo agitur, nempe, legitimitatis filiorum. Idem docet

A Nouella 89.§.reliquum est, vers.multoq; magis. Vt meritò refellatur id, quod postremo loco Sarmientus dicit, leges se restringere ad statum seruitutis & libertatis.

CAPVT LI.

Vtrum legitimentur filij per matrimonium subsequens etiam absque dotalibus instrumentis.

IVre canonico filios per subsequens matrimonium legitimari cōstat ex c.tanta, qui filij sint legit. Sed quoniam iure ciuili ad hoc instrumenta dotalia requirūtur, l.cum quis, C.de naturalibus lib.§.vlt.in inst. de nuptijs; controuersia est, an tales filij pro legitimis habeantur etiam in foro Cæsareo, vbi dotalia instrumenta non interuenerunt ad hoc, vt in hęreditate paterna succedere possint.

Negant Ang.in cons.29.Bald. in l.si qua illustris, C.ad Orficia. Luc.de Pen. in l.4.C.de his, qui sponte munera

B subeunt.lib.10. Socin.iun.in cons.52.lib.1. Curt.iun.in cons.136.col.2. & ante hos Præpositus, in d.c.tāta, col.15

Fundamentum est; quia nemo succedere potest in locis Imperio subiectis, nisi Imperiali seu ciuili lege vocetur ad successionem, l.Lege obuenire, ff.de verb.sig.1010 ut.de hæred.ab intest.veniēt. Sed tales filij à lege non vocantur ad successionem, intellige absolutè, tanquam legitimi, ergo nullo modo succedunt.

Si dicatur, sunt legitimi, ergo succedunt, nego consequentiam, quia fieri potest, vt filius sit legitimus, & tamen non succedat. Id patet in filio deportato, & exhæredato, & similibus.

Contrariam sententiam habuerūt Alex.in l.ex facto, §.si quis rogatus, nu.19.ff.ad Trebel.Ias.in l.generaliter, §.cum autē, col.pen.C.de instit.& substit. Ruyn.in consil.211.col.2.lib.1.Parisius in cons.13.num.49.lib.2. Couar. in Epit. de sponsalib. in 2.par. c.8.§.2.nu.8.nouissimè alios citans Anton. Tessaurus decis. pedem.83.

C Fundamentum est: quia secundum canones, (quibus in hac materia parendum est etiam in foro Cæsaris) filij sunt legitimi, nec requiruntur dotalia instrumenta. Latè Decius, in cons.155. ergo absolutè tanquā legitimi succedere debent; est enim matrimonium Sacramentum, & ideò res spiritualis, vnde quoad ipsum, & effectus eius, sacrorum canonum est disponere ac statuere, quos nō dedignabitur Imperator sequi, atque eis se subijcere.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior; nam filij sic legitimati, à lege vocantur ad successionem, non directè, sed per remotionem obstaculi, in hunc modum; iure ciuili matrimonium non consistit sine dotalibus instrumentis hoc in casu. Iure canonico consistit, quod præualet etiam in foro Cæsareo, quia agitur de re spirituali, ergo filij sunt legitimi, etiam sine dotalibus instrumentis. Si sunt legitimi, ergo ad successionem vocātur. Nihil enim aliud extrinsecus obstat, sicut ingratis & deportatis liberis, & id genus: Quare, si filius, ergo hęres.

D

CAPVT LII.

Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimentur, si eorum parens fuerint clericus in minoribus ordinibus constitutus Ecclesiastica beneficia habens.

AFfirmant Io.Andr.in reg. Sine culpa, de reg. iur. lib.6. Bald. in cap.1.§.naturalis, si de feudo fuerit controuersia inter dom. & agna. Præpositus in d.c.tanta, col.9. Couar. de sponsalib. in 2.parte, c.8.§.2. num.5.

Fundamentum est: quia talis clericus potest vxorem ducere. Neque enim voto castitatis est adstrictus aut aliter impeditus, consequenter videtur inter eum, & mulierem quam cognouit, matrimonium contrahi potuisse quo casu filios legitimari constat, ex c.tanta, qui filij sint legitimi.

Cæterum, negant Barto.in l.penult.ff.de concubinis.

Ludouic.

Ludouicus.de Surdis de legit.in 2. par. §. de legitimatione per ſubſequens matrimonium, q.3. Anton. Roſellus lib.1.de legit.col.4.Io.Lup.in c.per ueſtras, §. 21. nu.21. de donat.inter vir.& vxor. Franciſcus Sarmientus lib.1. ſelect.interpret.c.5.nu.7. A

Fundamentum eſt: quoniam inſpecto præſenti ſtatu, inter Clericũ & mulierem matrimoniũ eſſe nõ poterat, Conſequenter, filij non ſunt legitimi, vt in d.c. tãta. Nec habetur ratio, q̃ alio tẽpore eſſe potuerit, quia huius futuri euentus ratio haberetur, etiamſi quis vxorem haberet, & mulierem cognoſceret, ex eaq; liberos ſuſciperet, illi eſſent legitimi per ſubſequens matrimonium, quia vxore mortua, poterat eſſe matrimonium inter illum & mulierem, quod tamen eſt contra textum in dicto cap. tanta.

Sed priori ſententiæ vt accedam, magis animus inclinat, quia etiam inſpecto præſenti ſtatu, Clericus in minoribus ordinibus conſtitutus, infra videlicet Subdiaconatum matrimonium poteſt contrahere, licet beneficio Ec- B clefiaſtico priuetur, vt in c.1.& in cap. quod a te, de Clericis coniugatis.

CAPVT LIII.

Quid ſi matrimonium honeſtè contrahi non poterat inter uirum & mulierem, quia uidelicet erat illa minus digna, & uir nobilis; utrum filij per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur.

NEgant Angelus in §. ſed & aliud in authen. quib. mod.natur.effi.leg.& ſui. Cur iun.in conſi. 136. num.9.10. Ruin.in conſ.211.num.5. lib.1.& Paulus Picus in l. Titia cum teſtamento, §. Titio cum nuberet, nu.52.de leg.2.

Fundamentum eſt in d.§.ſed & aliud, ibi: *Neque dignam eam exiſtimauit legitimo quodam nomine.*

Cæterum affirmant Nicolaus de Vbaldis, de ſucceſſ. C ab inteſt.num.51.Iaſ.in conſi 234.lib.2. Couar. alios citans, de ſponſalib.2.parte, c.8.§.2.nu.9. Et huic adhæreo ſententiæ, quia matrimonium inter has perſonas ualet, licet altera ſit vilis & indigna, c.inter opera, de ſponſalib. toto tit.de coniugio ſeruorum. Si conſiſtit matrimoniũ, ſequitur filium legitimari ex eo, ut in c.tãta, qui filii ſint legitimi.

Quod vero in cõtrarium affertur, ex d. §. ſed & aliud, non magna indiget confutatione, quia canones hac in re ſunt præferendi legibus, quoniam ſpiritualis eſt, & ex matrimonio, quod eſt Sacramentum, pendet.

CAPVT LIIII.

Vtrum requiratur conſenſus ipſorum filiorum, ut per matrimonium ſubſequens efficiantur legitimi.

NOn requiri conſenſum filiorum, vt per matrimonium ſequens legitimi efficiantur, authores ſunt Angelus, in conſi.17.col.2. Salic.10 diſputatione, incipiente. Mediolanenſis quidã, in 2.dub.art.3. Præpoſitus, in c.tãta, q.12. qui filij ſint legit. Io. Lupus, in c. per veſtras tertio not. § 21. nu.17. de donat. inter vir & vxor. Couar.de ſponſalib.par.2.c.8 §.2.nu.13. Fran. Sarmient. lib.1. ſelect. interpr.c.2.poſt principium.

Argumenta ſunt duo præcipua Primum. Nam publicè intereſt filios legitimari per ſubſequens matrimoniũ, c.inter cætera, 22.q.4. Ergo non poſſunt iuri ſuo renunciare, argumento c.ſi diligenti, de foro compe.

Secundum eſt argumentum: quoniam non patris voluntas, ſed lex facit, vt per ſequens matrimonium filij legitimentur, vt in d.c.tanta, qui filij ſint legitimi, ergo filij nequeunt ſuo diſſenſu hanc legis voluntatẽ impedire l.nemo poteſt, de leg.1.

Contrarium docent Alberic. Bald.& Caſtr. in l. Scire leges, ff de legib. Boerius deciſ.160.& alij, quos Antonius Gabrielius commemorat communium concl. ti. de legitimatione, Concl.1.nu.16.uerſic.contrarium. Et his ego aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex §. generaliter, in authen. Quib.mod.nat.eff.ſui. Cuius hęc ſunt verba: *Generaliter autem in omnibus, qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum ius, tunc id uolumus obtinere, cum & filij hoc ratum habuerint. Nam ſi ſoluere ius patriæ poteſtatis inuitis filijs nõ permiſſum eſſe, Patribus multo magis ſub poteſtatem redigere inuitum filium & nolentem. ſiue per oblationem ad Curiam ſiue per inſtrumentorum celebrationem. ſiue per aliam quamlibet machinationem, tanquam ſortem metuentem paternam, iuſtum non eſt, neque Imperij legiſlatoris ponimus proprium.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illum textum locum habere ſecundum ius ciuile, quo inſtrumenta dotalia requiruntur, quæ ex facto & conſenſu patris fiunt, non ex legis præſcripto. Sed nihil valet hæc reſponſio: Licet enim inſtrumenta dotalia requirantur, & ea pendeant a facto patris, legis tamen diſpoſitio & voluntas facit filios legitimos; & matrimonium cõtrahere, ex voluntate & facto patris pendet, & tamen ſtatim intrat legis illa definitio, quia filij legitimi efficiuntur.

Et eum iure ciuili text. ſatis clarum habeamus, nec contrarium iure canonico ſit ſancitum, tacitè vel expreſſe, huic inhærendum puto, ſicut enim leges non dedignãtur ſacros canones imitari, ita & ſacrorum ſtatuta canonum Principum conſtitutionibus adiuuantur, vt in c.1. de oper.no.nunc.

Ad primum argumentum reſpondeo; negando publicè intereſſe, & quidẽ principaliter, vt filij per ſubſequens matrimonium legitimentur: neque id dicit text. qui allegatur in d.c.inter cætera, 22.q.4.

Ad ſecundum reſpondeo, ex legis quidem uoluntate legitimationem filiorum oriri, ſed nego conſequentiam Nam quod in mei commodum lex ſtatuit, ego repudiare poſſum ſecundum antiquam iuris regulam, omnibus licere iis, quæ pro ſe introducta & conſtituta ſunt, renunciare, l.pen. C. de pactis.

CAPVT LV.

Vtrum filij per matrimonium ſequens legitimentur, ſi nati ſint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex ſoluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide exiſtente.

AFfirmant gloſſ. in ca. tanta, qui filii ſint legitimi in ver. Aliã. Præpoſitus, in c.q̃ nobis, col.5 eo.ti. Ant. Roſell.de legitimatione, par.1.cap.1. Hoſti. in d.c.tanta, Dominicus in con.66. Lud. de ſurdis, de legitimatione, ſol 9.col.2. Curt.iun.in conſ.27.nu.8. Rota D Romana apud Caſſiodorũ, deciſ. unica, tit. de ſponſalib.

Fundamentum eſt in c. ex tenore, qui filii ſint legitimi, vbi dicitur: filium natum ex cõiugato & ſoluta, altero ignorante, & in bona fide exiſtente, legitimum eſſe.

Contrariam ſententiam habuerunt Io. And. & Anto. Butr.in d.c.tanta, & ibid.etiam Panor. Henric. Bocc.in d.c.ex tenore. Soc.iun.in conſ.31. nu. 41.l.2. Couar. de ſponſalib.in 2 par.c.8.§.2.nu.17.& Franciſcus Sarmientus alios citãs, Selectar. interpretationũ li.1.c.6.

Quia iſtã videtur mihi probabilior. Primum, ex d.c. tanta, vbi ſummus Pontifex inter bonã & malam fidem non diſtinguit, ſic.n.ait. *Si autem uir uiuente vxore ſua aliam cognouerit, & ex ea prolem ſuſceperit, licet poſt mortẽ uxoris eandem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius, &c.*

Deinde hac ratione. Cum quis operam dat rei illicitæ, non inſpicitur eius opinio, ſed rei ueritas, l.eum qui nocentem §. ſi iniuria, ff. de iniur. l. aut qui aliter, §. ſi quis dum putat, ff. quod vi aut clam, c.inebriauerunt. 15. q. 1.

Sed

A Sed mulier ſoluta dum patitur ſe cognoſci, dat operā rei illicitę, vt patet, ergo eius opinio & exiſtimatio inſpicienda non eſt, ſed rei veritas, quod ſcilicet inter eam & illū, a quo fuit cognita, matrimonium eſſe non poterat.

Non obſt. text. in c. ex tenore, qui in contrarium affertur, quoniam in ea ſpecie matrimonium præceſſit bona de ex parte mulieris contractum, quamobrem illa putabat ſe vxorem eſſe, & conſequenter ſe cognoſci poſſe a viro: At in quæſtione noſtra mulier nouerat ſe peccare dū cognoſceretur, & ſic operam dabat rei ei illicite, licet putaret virum eſſe ſolutum, vnde latum eſt diſcrimen.

Facit pro confirmatione ſententiæ noſtræ text. in c. cū inhibitio, §. ſi quis vero, de clandeſtina deſpōſatione vbi dicitur filios natos ex clandeſtino matrimonio in gradu prohibito contracto, licet ignoranter; legitimos nō eſſe. *De parentum ignorantia* (inquit text.) *nullum habitura ſubſidium* (Proles) *cum illi taliter contrahendo nō expertes ſciētiæ, uel ſaltem affectatores ignorantiæ eſſe uideantur.* Hactenus textus ubi uides, quia coniuges ſunt in culpa, etiam B matrimonium contrahendo, quod eſt iure prohibitum, eorum ignorantiam nō inſpici, ſic & in caſu noſtro, quoniam mulier ſe cognoſci permittit contra canones, eius ignorantiæ ratio habenda non eſt.

CAPVT LVI.

Virum filio mortuo ante matrimonium ſecutum, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium poſtea contractum.

NEgant Alb. Bal. in l. benign. ff. de legib. Caſtr. in l. ſcire leges, ff. eo. & in l. 1. §. cęterū, ff. de acq. hær. Alex. in l. Gallus, §. ſi eius, ff. de li. & poſth. Iaſ. in. l. ſi is qui pro tpe, num. 121. ff. de vſuc. Matſi. ſingu. 121.

Fundamentum eſt, ꝙ ex perſona filiorum legitimatio in nepotes deſcendat. Si ergo filius ſit ſpurius, non poſſunt ex eius perſona nepotes eſſe legitimi, quia videlicet C medium eſt inhabile. l. 1. § cæterum, ff. de acq.

Huc accedat tex. in l. ſi is qui, ff. de adopt. vbi dicitur, non poſſe quempiam adoptari ex filio iam mortuo, quia ſcilicet deficit habilitas extremi a quo, quo in caſu fictio non procedit, ex traditis in d. l. ſi is qui pro emptore.

Contrariam ſententiam habuerunt Bartho. Soc. in l. Gallus, §. ſi eius, ff. de lib. & poſtu. Alc. in 1. par. præſum. in fine, & lib. 3. Paradoxor. cap. 16. Guliel. de Benedictis, in c. Raynut. de teſtamentis, verſ. & vxorem nume. 181. Bald. in c. innotuit. col. pen. de elect. Couar. de ſponſalib. par. 2. c. 8. §. 2. n. 19.

Et hæc ſententia mihi videtur probabilior. Primum, ex l. ſi filii, ff. de gradibus vbi dicitur. *Si filio meo mortuo Titium adoptauero, uideri eum defuncti fratrem fuiſſe, ſi adoptatus* filius cenſetur frater filij iā mortui. Igitur & filij nati ex eo, qui iam eſt mortuus, legitimi eſſe videntur.

Probo conſequentiam. Nam ſicut in ſpecie iſta deficit D habilitas extremi a quo, quia. ſ. filius eſt mortuus ante matrimonium contractum, ita etiam deficit in d. l. ſi filium Et ſicut ibi adoptatus pro fratre habetur, quia, ſi tunc alter filius viueret, eius frater eſſet, ita ēt hi nepotes pro legitimis habendi ſunt, quia ſi tunc viueret eorum parens, eſſet ipſe legitimus, & conſequenter ex eo nati.

Secundo probatur hæc ſententia. Nam icirco filius per ſubſequens matrimonium legitimatur, quia lex fingit matrimonium cō tractum fuiſſe antequam filij naſcerentur, & ſic matrimonium ipſum in fauorem filiorum retrotrahit, ſed ſi initio matrimonium contractum eſſet, filius mortuus iam legitimus eſſet, & nati ex eo, ergo, etſi poſtea contractum fuerit, erit idem iudicium.

Ad primum argum. reſpondeo: dato ꝙ nepotes ſuam ex filio conſequantur legitimitatem, non tamen ſequitur filio mortuo medium eſſe inhabile.

Primo, quia licet filius ſit mortuus, non eſt tamen inhabilis, iuxta l. ſi filium, ff. de gradib.

Scdo, quia ſufficit habilitatem extare reſpectu matrimonij, quod eſt principale, ex quo deſcēdit filiorum legitimatio, & nepotū. Illud aūt extremum eſt habile, quia matrimonium fingitur ab initio eſſe cōtractum, vt dixi.

Ad l. ſi is qui, ff. de adopt. reſpōdeo, nō dicere id quod in argumento habetur, ſed hoc dicit, non poſſe aliquem vt nepotem ex filio adoptari, niſi nominatim dicatur ex quo filio, puta eſt Luc. Tit. vt patet in text.

CAPVT LVII.

Filius ex coitu dānato, & nephario natus, ſi reſcripto Principis legitimetur: an abſolutè ac per omnia legitimus efficiatur, & ſic utrum ſit diſpēſatio, an autem vera legitimatio.

DIſpenſationem eſſe, non autem legitimationem reſponderūt Bal. in l. 1. C. de natu. li. Caſtr. in cōſ. 30. li. 1. Cur. Ian. in conſi. 73. in 4. dubio Sylua. in conſ. 45. nu. 43. Barbatia in conſ. 58. n. 5. li. 2. Dec. in cōſ. 264. nū. 3. & 610. Soc. iun. in conſ. 120. n. 19. lib. 2. Pariſius in conſ. 2. nu. 22. Gozadinus in conſ. 85. nu. 6.

Fundamentum eſt; quia filius hoc in caſu natus eſt ex iis perſonis, inter quas matrimonium eſſe nō poteſt, vnde ex legitimatione imago eſſe non poteſt matrimonij.

Huc accedat tales filios ſpurios eſſe, & nulla Principis clementia dignos, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. nat. effi ſui, ſiue iuxta Holoandri translationem in Nouella 74. circa fin. *Eos enim*, inquit, *qui ſemel ex odibilibus nobis, & propterea quoque prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales uocari neque participanda eis ulla clementia eſt.* Et ſecū dum verſionem Iuliani. *Primum quidem*, inquit, *omnes qui ex complexibus aut nepharijs, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, iſte neq; naturalis nominatur, neq; alendus eſt a parētib. neque hēbit quoddam ad præſentē lege participium.*

Adde quod appellatur, diſpenſatio in c. per uenerabilem, qui filij ſint legitimi.

Contrariam ſniam habuerunt Alber. in rub. de decretis ab ordin. facien. nu. 20 Soc. ad l Gallus, §. ſi eius, col. 3. ff. de lib. & poſthum. Iaſ. in conſ. 1 1. col. pen. & cōſ. 40. col. 2. li. 3 Ruyn. in conſ. 87. nu. 12. lib. 3. Alc. ad Rub. de lib. & poſthum. nu. 21. Couar. in Epit. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 8.

Fundamentum eſt, quia hæc ſunt ex iure poſitiuo, vt vocant; Hæc enim differentia inter legitimum & ſpuriū ex iure procedit, Natura enim omnes filij ſunt legitimi. Princeps igitur ius illud poteſt auferre, §. ſed naturali, in Inſt. de iure natur. gent. & Ciu.

Quod vero non poſſit eſſe matrimonium inter eos, ex quibus filius eſt procreatus, nil referre videtur, neque enim legitimus efficitur, quaſi fingatur ex legitimo natus matrimonio, ſed ex Principis clementia & gratia.

Et licet Imperator dicat tales filios eius clementia dignos non eſſe, non tamen eos legitimari poſſe negat, ex ſpeciali quadam ipſius Principis voluntate & beneficio.

Porro ꝙ diſpenſatio appelletur in c. per venerabilem, nil mirum, cum legitimatio ſit quædam diſpenſatio, quatenus videlicet is, qui eſt alioqui ſpurius & illegitimus, efficitur legitimus & ad ſuccedendum idoneus.

Ego poſteriorem hanc ſententiam veriorem eſſe opinor; quia cum ſpurius talis a Principe ſcienter legitimatur, & natalibus reſtituitur, in conſequentiam legibus derogatur, quæ eum indignum eſſe omni clementia dicunt. Ita enim Princeps vult & verè poteſt, ex quibus duobus medijs omnis actio noſtra perfectionem ſuſcipit. Principem velle, patet ex reſcripto. Poſſe uero patet ex eo, quod hæc iuris ciuilis & poſitiui eſſe conſtat. Argumenta in contrarium iam ſunt refutata.

CA-

A

CAPVT LVIII.

Vtrum Princeps legitimare possit alterius subditum, ita ut succedat etiam in ijs bonis, quæ sunt in alterius territorio, si legitimati pater consentiat, & alij quorum interest.

AFfirmant Bald. in proœmio Cod. col. pen. Nicolaus de Vbaldis de success. ab intest. parte 1. num. 106. Dec. in cons. 55. nu. 7. Rosel. de legitimatione lib. 2. c. 2. Ang. in cons. 350. nu. 9. Crotus ad l. Gallus, §. & quid si tantum, col. vlt. de lib. & posthum.

Fundamētum est: quia actus legitimationis pertinet ad voluntariam iurisdictionem. §. generaliter, in Auth. quib. mod. nat. eff. sui. Consequenter coram quocunque iudice, & omni in loco fieri potest, l. 2. ff. de off. procons. l. 2. C. de emancipatis liberis. Præsertim, quia nemini fit præiudicium hoc in casu, cum pater consentiat, is enim B bona sua vel in mare, vt dicitur, proiicere posset, & sic multo magis cōsentire, vt filius legitimetur, & successionis eius capax efficiatur.

Confirmatur hæc sententia. Nam vel à Pontifice maximo quis legitimatur, vel ab Imperatore. Si à Summo Pontifice, valere debet legitimatio, quia is habere dicitur casualiter iurisdictionem in omnibus locis, vt habetur in c. per venerabilem. Qui filij sint legitimi. Si vero ab Imperatore, idem, quia si non actu, at saltem habitu is dicitur esse dominus mundi, l. deprecatio, ff. ad l. Rhod. de iactu.

Negant autem magis communiter doctores Petrus Ancharan. in cons. 140. Abb. in d. c. per venerabilem, nu. 23. & ibi. But. col. 4. Alex. in cons. 67. lib. 1. Couar. de sponsalibus secunda parte, cap. 8. §. 8. num. 14. Syluester Aldobrandinus, inter consil. Iacobini Riminal. consil. 717. nu. 12. lib. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, duobus C potissimum argumentis. Primum ex l. vlt. ff. de iurisdict. omnium iudicum. *Extra territorium nulla est iurisdictio.* Secundum est ex dicto capit. per venerabilem; qui filij sint legitimi, vbi Summus Pontifex ait, legitimare se filios Regis Franciæ, quoniam id facit absq; alterius iniuria, cum Rex Franciæ nemini sit subiectus, ergo si legitimetur aliquis, qui sit alicui Principi subiectus, absque talis Principis consensu, iniuria illi videtur fieri, & sic de iure non licet.

Ad primum argumentum, concedo legitimationem voluntariæ iurisdictionis esse, neque enim aliquis inuitus legitimari potest. Sed nego eam coram quocunque iudice fieri posse. Ad probationem; dico illas leges loqui, quando is, qui consensit, iurisdictionem illam prorogare potest, vt quia is, cuius prorogatur iurisdictio, est sub eodem Principe, & de bonis agitur, quæ sunt in territorio eius, cuius prorogatur iurisdictio.

Ad alterum argumentū respondeo, licet nemini fiat D præiudicium, non tamen infertur iurisdictionem acquiri in eos, qui non sunt subditi. Neque enim priuatorum consensus iudicem facit, l. priuatorum, C. de iurisdict. omn. iud.

Ad tertium respondeo, legitimatum à summo Pontifice succedere posse in bonis positis in eius ditione temporali. Licet enim iurisdictionem vbique, etiam temporalem habere dicatur casualiter, eam tamen ipse profitetur, se nolle exercere cum alterius iniuria, vt habetur in d. c. per venerabilem.

Et quod attinet ad Imperatorem, ille dicitur esse mundi dominus, quoad protectionem, actu vero multi alij sunt Principes, qui eum in suis ditionibus, vt superiorem, non agnoscunt, vt notum est.

CAPVT LIX.

Vtrum filius clerici legitimari possit a Principe laico, vt in bonis patris succedat.

FIlium clerici à laico Principe legitimari non posse respondit Dominicus à S. Geminiano, in c. vlt. de iudic. in 6. & Parisius in cons. 2. num. 23. lib. 2. atque ita in Senatu Parisiensi anno 1562. cōstitutum fuit, filium Sacerdotis Regijs Codicillis legitimum fieri non posse, teste Gregorio Tholosano lib. 10. syntag. cap. 4. in fine.

Fundamentum est illud, quia ad legitimationem filij patris consensus requiritur, vt in Auth. quib. modis naturales eff. sui. & declarat optimè Decius, in consil. 338. nu. 9. clericus autem in laicum consentire non potest, c. si diligenti, de foro compet.

Præterea clericorum bona à laicorum iurisdictione sunt exempta, c. Ecclesia S. Mariæ, & ibidem Abbas, col. pen. de constit. Ergo Princeps laicus aliquem ita legitimare non potest, vt in eis succedat.

Contrariam sententiam habuerunt Socinus senior, in cons. 47. lib. 4. Calderin. in cons. 3. tit. qui filij sint legitimi. Cæsar Lamberitnus de iure patronatus, lib. 1. in 2. parte, q. 2. art. 29 nu. 17. & alij, ut per Couar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 8 nu. 10. Isti docent filium Sacerdotis posse legitimari à Principe laico, ad effectum vt succedat in bonis patris sui, scilicet temporalibus seu patrimonialibus, non autem Ecclesiasticis.

Et mihi videtur sanè probabilior sententia. Primum ex §. illud, in Auth. quib. modis natur. eff. sui. in illis verbis: *Quid enim, si ad Sacerdotium alter eorū ascendat*, &c. His enim verbis indicat Imperator, Sacerdotis filium à se posse legitimari.

Deinde hac ratione. Nam nullum subest hic impedimentum: Non ex parte personæ, quia laicus est qui legitimatur. Non ex parte bonorum, patrimonialium quia sunt temporalia, non Ecclesiastica, vide Stephanum Aufrerium de potestate Principis sæcularis circa bona Ecclesiastica & personas Ecclesiast. & quæ tradit Andreas Geyll, lib. 1. Obseru. 37. nu. 4.

Ad primum argumentum. Respondeo, nō hic vllam prorogari iurisdictionem à clerico. Nam consentit duntaxat, vt filius legitimetur, quod absque Principis præsentia facere potest, non ideo consentit, vt Principis iurisdictionem proroget, quā ipse Princeps iam habet in filium eius laicum, & bona eius, sed consentit pro suo iure & præiudicio, ne scilicet inuitus hæredem & successorem habeat.

Ad alterum argumentum. Respondeo, bona quidem Ecclesiastica exempta esse à iurisdictione laicorum, non autem temporalia, nisi quo ad hoc, vt tributis, seu collectis sint obnoxia. Neque enim clericorum bona, laicorum collectis sunt obnoxia, vt bene declarat Cardinal. Robertus Bellarminus de controuersijs fidei, in 5. controuer. lib. 1. cap. 28. Propo. 4. In alijs nulla lex inuenitur, quæ illa eximat. Vide Geyll. & Aufrerū locis annotatis.

CAPVT LX.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu, controuersia vna.

LEgitimationem filij ex adulterino coitu suscepti, quando vterque, vir & mulier vinculo matrimoniali tenentur, non valere, si Principi legitimanti simpliciter narretur, eum, qui legitimandus est, ex adulterino concubitu susceptum esse, sed præterea illud exponendum, nempe, duplex peccatum adulterij fuisse cōmissum, tam videlicet à patre, quam à matre, eo quod ambo essent vinculo matrimonij obstricti, rńdit Oldrad. in cons. 247. Alberic. ad rubr. C. de natur. lib. Præpos. in c. per venerabilem, qui filij sint legit. Dec. in cōs. 55. nu. 4. & 338. nu. 7. Couar. de sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 9. nu. 3.

A Fundamentum est: quia rescriptum gratiæ videtur subreptitium, & ideo non valet, cum ea non narrantur Principi, quę enim ad gratiam cócedendam reddere possunt difficiliorem, c. dudum, de elect. c. super litteris, cap. postulasti, de rescript. Sed videtur reddi difficilior, si intelligat adulterium tam ex parte viri, quam ex parte mulieris admissum fuisse, longè inquam difficilius videtur concessurus gratiam, quam si simpliciter intelligat, filiū ex adulterio natum esse, quia existimare potest ex parte tantum vnius e parentibus admissum fuisse, ergo talis legitimatio, vt subreptitia, non valet.

Contrariū respondit Angelus in cons. 204. Cuius sententia videtur mihi probabilior: Nam certum est adulterium ex parte mulieris nuptæ, maius esse delictū, quá ex parte viri, Grauius est enim crimen, *vbi celebrati coniugij iura violantur, & vxoris pudor soluitur*, inquit text. in c. nemo, 32. quæst. 4. Princeps igitur intelligere potest ex eo, quod narratur filium ex adulterio natum esse, adulterium à muliere nupta, commissum esse, consequenter B etsi nesciat virum, qui eam cognouit, similiter vxorem habuisse, & sic iura coniugij sui quoque violasse, parum referre videtur, neque enim ex parte viri propriè adulterium dicitur, nec tanquam adulter punitur, vt notatur in l. 1. C. de adult. Guid. Papæ, in cons. 153. & alij, vt per Rolandum à Valle, in cons. 74. nu. 12. lib. 1.

Vnde ad argumentum contrariæ sententiæ responsum patet: quia non est verisimile Principem difficilius consensurum, etsi intellexisset, virum fuisse coniugatū. Cum iam id, quod grauius erat, intellexerit: Nempe mulierem adulterium admisisse, & ex tali adulterino coitu filium procreatum.

CAPVT LXI.

Vtrum valeat filii spurij legitimatio, vbi ipsa species spurietatis nominatim Principi exposita non sit.

C Filij spurij legitimationem factam valere, licet Principi legitimanti ipsa species spurietatis nominatim exposita non fuerit, authores sunt Bald. in l. si qua illustris, C. ad Orfi. tan. & in c. 1. § naturales, si de feudo fuerit cõtrouers. inter dom. & agnat. Præpositus, in cap. per venerabilem, in 4. quæst. qui filii sint legitimi. Dec. in cons. 35. Io. And. in c. vlt. de filiis presbyter.

Fundamentum est in regula vulgari, & planè brocardica, cogitatum in genere sufficit. l. qui iure militari, ff. de testam. milit.

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Anto. Butr. in d. c. per venerabilem, col. 15. Dec. in cõs. 579. Cagnol. in d. l. si qua illustris, num. 25. C. ad Orfician. Couar. de sponsalib. in 2. par. c. 8. § 9. nu. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia quanto magis turpis & damnatus est coitus, ex quo filius est D procreatus, tanto maius est crimen, & filius magis odibilis, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. natur. effi. sui. Ergo qualitas & species ipsius spurietatis exponenda est Principi.

Probatur hæc collectio, quia Principi exponéda sunt omnia, quæ ad gratiam concedendam ipsum retrahere aut reddere difficiliorem possunt, c. postulasti, de rescrip. Illa vero qualitas spurietatis potest esse tã mala, vt Princeps à gratia concedenda retardetur. Igitur exponenda esse videtur ea qualitas spurietatis.

Nec ad rem facit, quod est in d. l. qui iure militari, ff. de militari testam. Ibi enim, siue in genere, siue in specie, vt loquuntur nostri, de filio posthumo fuerit à milite cogitatum, idem est effectus, vt scilicet testamentum non rumpatur.

A

CAPVT LXII.

Quis sit sensus regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere sine præiudicio venientium ab intestato.

Duplex est doctorum sententia hac de re. Altera, hunc esse sensum dictorum verborum vt legitimatus non ab intestato succedat, si liberi extent, vel collaterales, vel alii coniuncti vsque ad quartum gradum, immo etiam alij in infinitum. Ita Baldus inter cõsilia Angeli, in cons. 265. Aretinus ad l. Gallus, §. & quid si tantum, nu. 26. ff. de lib. & postum. Corneus in cons. 3. lib. 1. & 93. lib. 2. Socin. in d. §. & quid si tantum, nu. 8. & in cons. 95. nu. 39. & 41. lib. 4. Capra in cons. 157. Cępolla in cons. 66. nu. 23. Curtius sen. in cõs. 74. nu. 27. Vbaldus de success. ab intest. nu. 117. Io. Dilectus, de arte testandi, B lib. 3. cautela 18. Decius, in cons. 338. & 610. Ruynus, in consil. 19. num. 4. lib. 3. Socin. iun. in cons. 120. num. 26, lib. 2. Couar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 10. Vasquius, lib. 3. de successio. progress. §. 2. nu. 92.

Fundamentum est in eo, quod hæc sit dictorum verborum sententia: *Sine præiudicio venientium ab intestato*, vt nullum prorsus præiudicium venientibus ab intestato inferatur. Ab intestato autem veniūt non solum filij, sed etiam fratres & cæteri cognati, vt patet ex toto tit. de hæred. ab intesta. venien.

Altera est sentẽtia sensum esse, vt filijs duntaxat non præiudicetur; cæterum, si alii extent proximiores, cum iis legitimatus succedat. Ita responderunt Angelus *in cõsil.* 264. Anchara. in consil. 153. Alexand. in consil. 187. & 188. lib. 5. Socinus senior, in cons. 41. num. 6. lib. 3. Iason in cons. 110. col. vlt. lib. 4. Alciatus, ad rub. ff. de liber. & posthum, & alij, quos refert & sequitur Franciscus Sarmiẽtus, lib. 1. Selectarum Interpr. c. 8. nu. 7.

C Fundamentum est, quia nisi hæc interpretatio valeret nihil ipsa legitimatio prodesset quo ad successionem: Nā semper aliqui extarent proximiores, & omnibus deficiētibus, ad fiscum pertinet successio.

Vt autem nil prodesse debeat legitimatio, vix concedi posse videtur, quoniam legitimati nihil à legitimis differunt, & vna cum alijs succedunt, vt in §. sit igitur licentia. in Auth. quib. mod. natur. effi. legit. & in §. sit igitur, in Auth. quib. mod. natur. efficiantur sui.

Ego vero priorem sententiam magis probabilem existimo tum ex verbis regulę, tum ex ratione eius. Verba sic se habent. *Voluit quod in dispensationibus super defectu natalium, quod possint succedere in bonis temporalibus, ponatur clausula, quod non præiudicetur illis, ad quos successio bonorum ab intestato pertinere debeat.*

Hæc sanè verba non solum de filiis accipienda sunt, ad quos successio bonorum ab intestato pertinet, verum etiam de aliis, quia sunt generalia, & omnes compre- D hendunt.

Ratio vero legis est: quia gratiæ & fauores Principum aliis pręiudicium inferre non debent, l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco pub.

Quod vero dicitur hac interpretatione recepta, nullum emolumentum allaturam esse legitimationem, nihil mouet; Primum, quia multum afferret emolumēti, eam ob causam, quod filius erit successionis & aliorum bonorum capax ex testamento. Deinde, quia nullis proximioribus extantibus, non fiscus, sed ipse ad successionem vocabitur, neque enim est credēdum ea reseruatione Principis, habitam fuisse fisci rationem, argumento l. primæ. C. de secundis nuptiis.

CA-

CAPVT LXIII.

Vtrum mater, quæ ad secunda vota transiuit, legitimæ supplementum petere possit in bonis filij ex primo matrimonio suscepti, qui minus legitima portione ei reliquit.

SI filius primi matrimonij matri suæ secūdò nubenti testamento condito certam relinquat quantitatē, quæ pro legitima non sufficiat, eam supplementum petere non posse responderunt Soc.iun.in cons.97.lib.4. & Augustinus Berous in cons.34.lib.2.

Mouentur authoritate text. in §. hic nos, in Auth. de nuptiis, in illis verbis: *Si igitur legitimè filius testatus fuerit, & reliquit matri substātiam, siue partem eius aliquam, hanc illa accipiat per scripturam, quia vbique custodire morientium volumus voluntates, & habeat, quod dimissum est aut datum, & secundum proprietatem, & secundum vsum,* &c. Quibus uerbis Imperator significat: matrem contentam esse debere eo, quod ei est relictum à filio. Nam si repletionem legitimæ petere posset, non utique uoluntas testantis filii custodiretur, uti noluit Imperator.

His adstipulatur eorum sententia, qui docēt matri secundò nubenti legitimam non deberi ex bonis filiorum primi matrimonij; ita docuit Bald. in Auth. ex testamento, C. de secun. nupt. Menoch in cōs.237.lib.3. authoritate text. in eodem §. hinc nos, in illis uerbis. *Si autem intestatus filius moriatur, iam ad secundas veniente matre nuptias, aut postea veniente, vocetur quidem & ipsa cum fi'ijs aut filia fratribus secundum nostram constitutionem ab intestato ad eius successionem, sed quanta quidem, quæ ex paterna substantia ad filium peruenerunt, eorum solummodo habeat vsum, ad secūdas omnino siue antea, siue postea, perueniens nuptias,* &c. Si enim usumfructum habet tantum ergo legitimam non habet, quia illa in solo usufructu nō consistit, sed est tertia pars bonorū, ut in Auth. de Triente & Semisse.

Quibus nō obstantibus, contrariam sententiam amplector, pro qua respondit Hippolytus Riminald. in consil.305.lib.3. Mouetur eo argumento, quod certum sit regulariter matri legitimam deberi ex bonis filii integrā ideoq; supplementum ab ea peti posse, vt in §.cæterum, in Auth. ut cum de appell. cognosc. Quare in hac generali regula satis est intentio fundata matris binubæ, ut nil aliud sit necesse, præterquam duo argumenta refutare, quæ superius allata sunt.

Ad primum ex § hinc nos, in Auth. de nupt. in uers. si igitur. Respondeo, non eam esse illius text. sententiā, ut mater quæcunque relicta cōtenta esse debeat, nec possit legitimæ supplementum petere, sed sensus est; matrem secundò nubentem pleno iure, hoc est, tam quo ad proprietatē, quam quoad usumfructum acquirere id, quod sibi à filio testamento est relictū, licet alioqui ab intestato non succedat, nisi quoad usum, seu usumfructū. Hāc expositionem uerba text. suadent, alteram uero dissuadent, primum, illa uerba textus, quibus in fine dicitur, *Aliis omnibus, quæ de successionibus dicta sunt, parentum in filijs, aut filiorum in parentibus intactis manentibus.* Deinde illa quæ in principio habentur, nempe: *Si igitur filius legitimè testatus fuerit,* &c. Videtur enim legitimè testari, cum in legitima saltem, uti iure constitutum est, matrem suam instituit.

Ad alterum argumentū. Respondeo, nec etiam id cōsistere, quod in eo dicitur, matri secundò nubenti legitimam non deberi, ut meritò contrariam sententiam amplexi fuerint Bald. in cons.314.lib.4. & Hippol. Rimin. dicto cons.305.nu.22.lib.3. quibus omnes alii adstipulātur, qui docuerunt, matrem secundo nubentē, relinquere debere omnia bona, quæ consecuta est ex successione filiorum primi matrimonii, ipsis filiis primi matrimonii, comprehensa etiam ipsius matris legitima. Nam & ij uidetur tacitè fateri, matri legitimam deberi. Ita uerò do-

A cuerunt Bald. in cōs.5.lib.4. & 340.eo.lib. & alii a Gabrielio citati commu. concl. tit. de secun. nupt. concl.3. nu.8.

Non obstat tex. in d. §. hinc nos in uers. si autem intestatus filius. Neque enim hoc vult, matrem in solo vsufructu succedere, quasi usufructus duntaxat matri deferatur. Immo uerò succedit pleno iure, sed quia tenetur ipsa bona relinquere filiis primi matrimonii, nec alienādi potestatem habet, ideo dicitur vsumfructū habere, quia scilicet in dies vitæ suæ bonis frui potest. Latum vero est discrimen, vtrum absolutè vsumfructum tantum consequatur, an vero plenum ius, cum ea tamen cōditione relinquendi filiis primi matrimonii. Nam si nulli extēt filii ex primo matrimonio, ipsa mater domina erit bonorum absolutè, nisi ex filiis præmortuis extent nepotes, l. in quibus, C. de secund. nupt. ita docet text. in d. l. fœminæ, in fine, ibi: *Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionē, vel natus natiue decesserint,* &c. Si uero simpliciter usufructuaria esset, ea mortua, semper extin-

B gueretur. §. finitur, in instit. de usufructu.

CAPVT LXIV.

Vtrum, sicut mater secundò nubens, quæ ex successione filiorum primi matrimonij reseruare tenetur filiis primi matrimonij, ita etiam & pater, ad interpretationem l. fœminæ, C. de secun. nupt. & aliarum legum.

COntrouersiam ipse habeo cum aliis doctoribus, quorum placita & sententias, nunquam soleo cōtemnere, quòd plerunque sunt iuri consentanea. Nam existimo id, quod in muliere secundò nubente cōstitutum est in l. fœminæ, C. de secund. nupt. eam relinquere debere filiis primi matrimonii, quæ ex filiorum successione eiusdem matrimonii consecuta est, ad uirum secundò nubentem nequaquam pertinere.

C Et moueor authoritate text. in §. cum igitur, in Auth. de non eligendo secundò nubentes, &c. in illis verbis. *Sicut enim patres, si ad secundas veniunt nuptias, non fraudamus filiorum suorum successione, nec aliqua est lex tale aliquid dicens,* &c. Et infra: *Colligentes igitur huius legis partes, Sancimus. quoniam matrem secundum quod iam dudū diximus, assimilamus patri in antenuptiali donatione & ipsam sustinere quidem pœnas, sicut sustinet pater in dote. In hæreditatem autem filiorum sine tergiuersatione veniāt, & pater & mater secundum subiectas vtriq; casus quæstiones.* Et quamuis quo ad matrem secus sit statutum in §. hinc nos, in Auth. de nuptiis, tamen in patre nihil est innouatum à Iustiniano.

Nec ab hac sententia me deterrent, quæ pro communi afferuntur, patrem & matrem hac in re æquiparante, vt videre licet ex Gabrielio commu. concl. ti. de secund. nupt. concl.3. nu.3. & Andr. Geyll, lib.2. obseru.98.

Nam primò affertur text. in §. quia uerò, in Auth. de

D non eligendo secundò nubentes, ubi dicitur pœnas contra binubos, communes esse uiri & mulieris. Respondeo textum loqui quoad lucra nuptialia, nempe dotis, & donationis propter nuptias. Verba sunt ista. *Quia vero contra binubos pœnæ communes sunt viri & mulieris; ille quidē in dote ad secundas veniens nuptias, periculum sustinebit; hæc autem in antenuptiali, seu propter nuptias donatione.* Hactenus Imperator.

Secundò affertur textus in l. generaliter, C. de secun. nupt. Respondeo, in eo loco non agi de iis bonis, quæ pater consecutus est ex successione filiorū primi matrimonii, sed ex successione vxoris. Verba sic habent. *Generaliter censemus quocunque casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus morte mariti, matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta sunt, seruare sanxerunt, ijsdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis reseruare,* &c.

CAPVT LXV.

Virum, quod est constitutum in l. fœminæ, C. de secundis nuptijs, locum habeat in muliere nubente cum consensu filiorum, vel cum consensu viri sui, vel ex permissu Principis & in minore 25. annis.

Qvod constitutum est in l. fœminæ, C. de sec. nupt. haudquaquàm sibi locũ vindicare, vbi mater consentientibus filijs prioris matrimonij nubit, cõmunis est doctorum sententia, sed quoniam varia sunt responsa eorum, secundum varias ac diuersas factorum circumstantias, adhibenda est distinctio quædam, quam propositis aliquot conclusionibus explicabo, tum quid mihi videatur, subiungam.

Prima conclusio. Si filij prioris matrimonij expressim consentiant, vt ad secundas nuptias mater transeat, & simul remittant ius, quod habent, inter omnes conuenit omninò cessare, quod constitutum est in d. l. fœminæ, quoniam vnusquisq; renunciare potest iuri suo, l. penul. C. de pactis ita respondit Angelus in cons. 296. & Dec. in cons. 309. nu. 7.

Secunda conclusio. Si filij, vt supra, secundis nuptijs consentiant, licet ius suum non remittant, cessat nihilominus l. fœminæ. Nam volenti & consentienti non dicitur fieri iniuria, l. 1. §. vsque adeo, ff. de iniur. incidit autẽ mater in eam constitutionem ob iniuriam, quam videtur inferre filijs primi matrimonij, ut in §. prospeximus, in Auth. de non elig. secundò nub. ita respondit Rom. in cons. 219. Dec. in cons. 206. 317. 396. 604. Boer. decis. 185. num. 20.

Tertia conclusio. Si minores 25. annis existant filij, vt supra, consentientes secund. nupt. matris suæ, consentiant vero propter iustas causas, idem est statuendum quod in præcedenti conclusione. ita Angelus, in consil. 396. nu. 4. Menoc. in cons. 237. nu. 21. lib. 3.

Quarta conclusio. Si filij minores, vt supra, cõsensum præbeant, nulla iusta causa ad id eos impellẽte, secus est dicendum. Neque. n. cessabit dicta constitutio, ita Bal. in cons. 22. lib. 5. Bald. Nouel. de dote, par. 6. priuil. 27.

Quinta conclusio. Si filij ætate maiores tacitè consentiant, vt quia non conquerantur, matremq; & vitricum diligant, eisq; cohabitent, cessat constitutio dictæ legis. ita Bald. in Auth. ex testamento, C. de secun. nupt. Dec. in cons. 206. Boerius deci. 185. nu. 20. Gratus in cons. 83. lib. 2. hactenus distinctio.

Iam quid mihi videatur, dicam. Ego priorem conclusionem probo, & quartam quoque, cæteras non probo. Nam sic statuo: Filios prioris matrimonij secund. nupt. matris suæ consentientes, nullum sibi inferre præiudicium, ideoq; excludendos non esse à beneficio d. l. fœminæ, & aliarum legum, sicuti præclarè docet Sarmientus, lib. 1. selectarum interpretationum, c. 4. Nam inprimis nulla est lex tale aliquid dicens. Deinde nulla ratio id suadet, quid enim filius peccat matri consentiendo, vt secundas amplectatur nuptias, quas etsi vellet impedire, non debet, neque potest?

Ita vero iure constitutum est, ut qui contradicendo actum impedire nequit, nullum consentiendo sibi pariat præiudicium l. Caius, ff. de pign. act. l. quæ dotis, ff. solu. matr. latè Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 1. glos. 9. num. 146.

Neq; enim ijs assentior, qui existimant ita constitutũ esse aduersus secundo nubentes mulieres propter iniuriam dũtaxat filijs primi matrimonij illatam. Nã mater quidem & defuncti memoriam, & filiorum charitatem, cum ad secundas transit nuptias, negligere videtur, vt Imperator dicit in §. fin autem tutelam. in Auth. de nuptijs, sed non ob eam causam tantum, atque adeo in pœnã & vindictã id constitutum fuit aduersus eam. *Res enim est* (inquit Imperator in Auth. Neq; virum quod ex do-

A te est, & c. ad finem) *& castitate plena, & bonis moribus cõgrua, & paterno, maternoq; affectu plena, ut quod eis parentes sponte non seruant, hoc post Deum, qui est communis omnibus pater, dicimus autem qui Imperium habet, per legem ijs quos à parentibus læsi sunt, seruet.*

Quare ut maximè filij matris nuptijs consentientes iniuriam sibi factam remittere videantur, non tamen legibus renunciare censentur, quæ summa rõne & æquitate, in eos ita læsos beneficia cõferunt & lucra. Eiusdem rõnibus inductus, nec probo eorum snia qui docent mulierem secundo nubentem cum consensu prioris uiri à dictis constitutionibus alienam fore, uti Bald. in d. l. fœminæ, Ro. in cons. 219. Dec. in cons. 610. And Geyll. li. 2. Obseru. 98. Etenim, quid peccat vir consentiens, ut mulier nubat, quæ liberã nubendi potestatem habet à Deo? aut quo pacto parens iniuriam filijs, non nisi post ipsius mortem irrogandam, quæ quidem mors patriã soluit potestatẽ, remittere poterit? l. sed si unius, §. si hoc, ff. de

B iniurijs. Quare merito an vera sit sententia, de qua supra dixi, dubitauit Coras. lib. 3. Miscellan. c. 1. & Ripa in d. l. fœminæ, & Dec. ad rubr. eiusdem tit. C. de secun. nupt.

Porrò, minimè omnium probari mihi eorum snia potest, qui constitutionibus dictis locum esse negant, ubi mater ex Principis permissu nubit, vel si minor sit 25. annis, vt apud Boerium decis. 185. Quæ enim est lex, quæ ratio huius snię? an l. vlt. ff. de senatorib. qua declaratur mulierem impetrare posse à Principe, vt licet ad secund. nupt. transeat, dignitate tamen prioris viri perfruatur? Nil sanè ad rẽ facit. An l. 2. C. aduersus delictũ, qua ita est constitutum, vt mater minor annis 25. ad secundas transiẽs nuptias, filiorũ successione non priuetur, quib. de tutore non prospexit? Sed hæc lex planè aliena ac *diuersa* est à nostra specie, quare nec magna indiget cõfutatione.

CAPVT LXVI.

C *An interpretationem l. hac edictali, C. de secundis nupt. vtrũ mulier secundo marito vltra modum in ea lege expressum donare possit, si non suo, sed nomine filiorum stipulatus fuerit.*

SI mulier secundo viro stipulanti pro filijs suis *plus* donauerit, quam filijs primi matrimonij, *vtrum reuocari* possit iuxta constitutionem l. hac edictali, C. de secun. nupt. non est eadem omnium sententia.

Bald. inter consilia Pauli Castr. lib. 1. respondit reuocari non posse, & idem respondit in cõs. 22. lib. 5. Cur. iun. in cons. 79. Cast. in Auth. vnde et si parẽs, C. de inoff. test. Dec. in Auth. Præterea, col. 4. C. vnde vir & vxor, & alij à Gabrielio citati, cõm. conclu. tit. de sec. nup. cõcl. 4. n. 58.

Sed contrariũ respondit Io. de Lignano, in cons. 263. Vnum est supponendum, inter Pauli Cast. cons. lib. necnon Ricard. de Salic. ibidem, in cons. 261. Præclarissimi, & ipsemet Bald. in cons. 261. Quedam nobilis Domina

D Agnesina, lib. 1. Corn. in cons. 81. lib. 3. Ruy. in cons. 112. lib. 1. & alij à Gabrielio citato loco annotato.

Cæterum Crauetta in cons. 193. nu. 11. horum sententijs relatis distinctionem adhibet, in hunc modum. Vt si filij non nascatur, pro quibus pater stipulatus est, aut nati viuente matre non ratificent pattis stipulationẽ, tunc sit locus constitutioni d. l. hac edictali, si vero ratificent, secus; qua quidem repudiata distinctione, posteriorẽ sententiam Io. de Lignano, & sequacium amplectitur Siaca in additionibus ipsius Crauet. in d. cons. 193.

Fundamentum prioris snia illud est, quoniam mulier secundo nubens plus donare potest filijs secundi matrimonij, quàm filijs primi matrimonij, dummodo ipsis legitimã portionẽ relinquat, ut habetur in §. illud quoque, in Auth. de nuptijs, vbi Iustinianus hortatur quidẽ parentes, ut inter liberos primi & secundi matrimonij æqualitatem seruent, non tamen eos cogit, sed mandat ut legitimam eis portionem relinquant, ut patet ibi,

Hanc

Hanc itaque partem de aequitate filiorum,&c. Consequenter cessat constitutio d.l. hac edictali, vbi mulier non vitrico, sed ipsis filijs secundi matrimonij plus relinquit, vel donat. Sed in specie, de qua agitur, mulier non vitrico, sed filijs donat. Est enim vitricus hac in re nudus minister, dum stipulatur filiis; ergo donatio, seu relictum valet, nec reuocari potest, argumento textus in l. Sulpitius, ff. de donatio. inter virum & vxorem. vbi Iurisconsultus in simili specie perpendit ministerium patris, ibi. *Alioquin si solo eius ministerio vsa est*,&c.

Fundamentum verò contrariae sententiae in eo est positum, quòd in d.l. hac edictali, nō solum directè mulier prohibetur plus donare vitrico, quàm filijs primi matrimonij, verùm etiam indirectè, vt patet ex illis verbis. *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante*,&c. Videtur autem in proposita specie quaedam excogitata circumscriptio, vt videlicet vitrico donetur. Tum, quia eius contemplatione donatum filiis videtur, tum, quia dum pater stipulatur filio, videtur ei donare, l. 2. & 3. C. si quis alteri vel sibi,&c. Et sic prius patri seu vitrico donatum, & ab eo profectum in filios.

Ego verò id respondendum prorsus censeo in hac specie, quod Iurisconsultus respondit in d.l. Sulpitius, ff. de donat. inter vir. & vxorē, cuius elegantissima verba placet etiam adscribere. *Sulpitius Marcello. Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum peruenire, eum patri tradidit, vt post mortem restituatur filio. an donatio tibi videatur, vt nihil agatur, an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si voluerit, eum repetere. Respondit, si color, vel titulus, vt sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit traditio, id est, si hoc egit vxor, vt aliquid ex ea re interim commodo sentiret maritus, alioquin si solo eius ministerio vsa est, & id egit, vt vel reuocare sibi liceret, vel vt res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negocium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset?*

Sic & ipse statuo in hac nostra specie, si color sit quaesitus donationi, & id actum tacitè, vel expressè, vt vitricus emolumenti aliquid sentiret, id, veluti factū in fraudem legis, ratum non esse, circumscriptionemq; videri lege prohibitam. Si verò filiis duntaxat commodum quaeratur, nihil eis nocere puto, quod patris ministerio vsa mater fuerit, cum & extraneis vti potuisset.

Ex variis porrò causarum figuris circumstantiisque vtrum sit quaesitus color, & circumscriptio subsit, cognoscendum ac diiudicandum erit. Neque enim certis id iam regulis constitutis demonstrari potest.

CAPVT LXVII.

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum à matre secundo nubente, quo casu supplementum petere potest; vtrum vitrico tantum relinqui possit, etiam habita ratione dicti supplementi, ad interpretationem d.l. hac edictali.

CVm mulier ad secunda vota migrans nihil amplius secundo viro relinquere possit ac donare, quàm vni ex filiis primi matrimonii, cui minus reliquit ac donauit: incidere possumus in hanc speciem, donauit mulier vni ex filiis decem, quę tamen ad legitimam eius portionem non sufficiunt, quā ob rem & supplementum rectè petet filius, vt in §. caeterum, in Auth. vt cum de appell. cognosc. l. omnimodo, C. de inoff. testam. Vtrum & secundo viro decem duntaxat relinquere, ac donare possit, an verò amplius, nempe tm̄, quantū ipse filius pro legitimae suae repletione consequi poterit.

Duae sunt contrariae doctorum sententiae. Altera est Saliceti, in commentariis d.l. hac edictali, in 7. quaest. is negat vitrico donari posse amplius, quàm in filiū est col-

A latum, nulla ratione habita, quòd possit supplementum legitimae petere & consequi. Idem & Ruynus respondit in cons. 58. lib. 5. & alii à Gabr. citati commu. concl. ti. de secundis nuptiis, concl. 4. nu. 34.

Fundamentū est in d.l. hac edictali, quę decernit tantum posse relinqui ac donari vitrico, quantum relictum vel donatū est vni ex filiis primi matrimonii, cui minus est relictum; quod enim ex supplemento filius habet, nō dicitur ei relictum à parente, vt patet.

Altera vero est sententia Baldi in commentariis d.l. hac edictali, rationem habendam talis supplementi, atq; adeo vitrico tantum posse relinqui ac donari, quantum ad filium effectu peruenerit.

Idem respondit Io. de Anania, in cons. 67. & ibi Ludouicus Bologn. in additionibus, & alii à Crauetta citati in cons. 193. nu. 12. vers. Et hic considerandum est, & alii à Gabr. citati loco superius annotato.

Fundamentum est in d.l. hac edictali, in illis verbis:
B *Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus, minime plus, quam ad vnumquemque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum, nouercamve transferri*, &c. Illud verbum, (*Peruenerit*) maximè iuuat hanc sententiam, quoniam ad filium, cui minus est relictum legitima portione, supplementum eius perueniet, cum ei debeatur.

Rursus in sequentibus verbis. *Sin autem non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum nouerca*,&c. *quàm filius vel filia habet*,&c. Atqui filius habet hoc in casu non id solum, quod relictum est, verum etiam id, quod deest ad legitimam portionem, ergo & tantundem vitrico relinqui poterit.

Confirmatur argumentū hoc ex l. quoniam, C. eo. tit. ibi: *His ampliora, quae vni filio, vel filiae ex anteriori matrimonio progenitis, danda, vel relinquenda sunt.* Quibus verbis indicatur, habendam esse rationem eius, quod filio
C dandum & relinquendum est, & sic legitimę portionis.

Respondit Salic. illa verba tex. intelligenda esse secundum subiectam materiam, nempe, de eo, quod relinquēdum & dandum est liberis in comparatione vitrici, vt sic tantum filius consequatur, quantum vitricus.

Non rectè, quia non est portio mensuranda filiorum ex portione uitrici, sed contra: neque enim prohibentur coniuges plus donare filiis primi matrimonii, quàm uitrico, uel nouercę: Sed contra plus uitrico & nouercae donare, quàm filiis, lege prohibitum est.

At contra Salic. & cum eo Ruynus. Si locum haberet posterior hęc sententia, nunquam uitricus haberet minus legitima filio debita, quod est falsum.

Petitio principij, ut uocant, hęc est. Nam cur falsum est? Id enim est in controuersia. Dicimus enim, si plus relinquatur uitrico, uel nouercę, quàm filiis, non posse eos consequi plus, quàm filii consecuteri sint, ratione ha-
D bita etiam supplementi legitimę, & hoc in casu uitricus habebit usque ad legitimam filii, sed in aliis casibus quin minus quandoque habiturus, nil prohibet, puta si minus relinquatur ei, quàm filiis.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector, ac pro eius confirmatione perpendo alia uerba d.l. hac edictali, nempe illa: *Ita tamen, vt quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex iis causis, quae de inofficioso excludunt querelam.* Sententia legis est: uitrico & nouercę non amplius relinqui posse, quam filiis primi matrimonii, ita tamē, ut quarta ex legibus debita non minuatur, hoc est, ut ipsa quarta integra relinquatur ipsis liberis. Ergo si nō relinquatur filiis integra legitima portio, non prohibentur uitricus & nouerca plus consequi, quàm filiis sit relictum. Quia uerò nec plus consequi possunt, quam ad filios peruenturum sit, & habiturus sit filius, ille, cui minus est relictum, rectè concluditur, id consecuturum uitricum, nouercamque, quod filius ex supplemento debito consecuturus est.

-lictum est vitrico, vel nouercæ. Prioribus autem verbis necessitas illa designatur, legitimæ portionis relinquendæ, ex quo efficitur vtrunque posse filios obtinere, & portionem legitimam, (neque enim auferri eis absque causa pōt) & illud plus, quod relictum est vitrico vel nouercæ.

Confirmatur hac ratione: Nam diuerso iure hæc debentur filiis prioris matrimonij, legitima quidem, cum sint filij, quod autem auocatur à vitrico, vel nouerca, illud habent filij ea lege ita disponente propter trāsitum parentis ad secundas nuptias.

Et hæc sententia uidetur mihi verissima; etenim ea non imputantur in legitimam, quę licet ex substantia patris procedant, aduentitio tamen quodam iure acquiruntur, veluti ex iure accrescendi, ex substitutione, & similibus, vt in l. scimus, §. repletionem, C. de inoff. testa. Hoc autem lucrum aduenire filijs videtur extrinsecus, nempe ex eo, quod parens ad secundas nuptias transierit, & vitrico, vel nouercæ plus reliquerit, neque enim directe illud ex parente habent, immo verò contra parentis voluntatem, vt patet.

Vnde, non obstat id, quod dicitur; In legitimam imputari, quæ ex patris substantia proueniunt, quia ita debet intelligi, si parens ea relinquat, det, vel donet, vt patet in dote, donatione propter nuptias, & similibus, de quibus loquitur textus in l. quoniam nouella, secus vero, si aliunde, quam ex patris volūtate habeat filius, nempe, ex lege ita disponente aduersus patris volūtatem, tunc enim habet illud filius à lege potius, quam a parente, & sic aduentitium magis est, quam profectitium. Vnde, non imputatur, vt in d. §. repletionem, ibi: *Non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex iure accrescendi, vt puta vsus fructus. Humanitatis enim gratia sancimus, ea quidem oīa quasi aduentitio iure eum lucrari, &c.*

CAPVT LXXI.

Dos à patre profecta, vtrum ad patrem reuerti debeat matrimonio filia; liberis superstitibus.

CElebris & sæpe agitata quæstio est, non solum apud veteres & recentiores interpretes, ad l. dos à patre profecta, C. sol. matr. verum etiam apud doctores passim consulentes.

Eorum catalogum hic adscribendum nō putauimus, quoniam eo nos, atque alios labore leuauit, Antonius Tessaurus decis. Pedem. 190. Omisit tamen, nisi fallor, Anton. Fabr. lib. 1. coniectur. iuris, c. 16.

Ego (quod à nemine factitatum hactenus scio) argumenta vtriusque sententiæ fideliter & accurate referam, tum quid ipse sentiam, breuiter explanabo.

Qui igitur existimant dotem ad patrem redire filia in matrimonio defuncta, superstitibus liberis, tribus potissimum argumentis in hanc sententiam adducuntur.

Primum ex l. iure succursum, ff. de iure dotium. *Iure succursum est patri* (ait textus) *vt filia amissa, solatij loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret*. Sunt & aliæ decem leges, quæ idem dicunt, & citantur à glos. in d. l. dos à patre, quæ quidem leges cum simpliciter loquantur, nec distinguant, vtrum liberi adsint, nec ne, simpliciter etiam intelligendæ sunt; præsertim, quia si nulli extent liberi, nulla est ratio dubitandi, quin ad patrem dos reuertatur; certum enim est, patrem in successione filiæ omnibus esse præferendum, præcipue marito ipsius filiæ, quare vt aliqua sit ratio dubitandi, sic videntur generaliter accipiendæ, vt dictum est, scilicet etiam liberis extantibus.

Alterum argumētum est ex eo, quod Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, tit. de dotibus scribit, mortua in matrimonio filia, dotem reuerti ad patrē, seruatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis. Hæc vero quintarum retētio, propter liberos sublata est à Iustiniano, in l. vnica, §. sileat. C. de rei vxor. act. Ex quo efficitur iam nouo iure libere dotem ad patrem reuerti, etiam filiis existentibus.

A Tertium, quia dotis actio cōis est patri & filiæ, l. 2. §. quod si in patris, ff. sol. matr. ergo mortua filia consolidatur in patrem, vt notat Bar. & alii in d. §. quod si in patris.

At eorum, quibus contra videtur; dotem apud maritum & liberos remanere debere, nec patri restituēdam, argumenta hæc sunt.

Primum ex l. vlt. §. 1. ff. vt legator. nomi. caueat. Verba textus sunt ista: *Idem quæsiit testatricem apud maritum suum, ex quo filium reliquerat, res deposuisse non exacta cautione depositionis, an ea res patri heredi restitui debeat: an vero, quoniam emolumentum totius hereditatis ad filiū defunctæ reuersi deberet, apud maritum remaneret, apud quē dos remansisset. Respondit, quod mulieris mansisset, nec in dote fuisset, restituendum esse heredi.* Illa verba textus. *Apud quem dos remansisset*, manifeste probant, dotem apud maritum remansuram liberis extantibus. & verba illa: *Nec in dote fuisset*, indicant dotē patri non esse restituendam.

B Secundum est ex l. illam, C. de collatio. quatenus ibi nepotibus necessitas imponitur conferendi dotem, tum succedunt auo, qui post filiam decessit. Nam si ad auum (patrem scilicet matris eorum) dos reuerteretur non esset in ea specie de collatione tractādum inter ipsos nepotes, quia dos apud eos non esset, sed apud auum.

Tertium est ex l. post dotem, ff. sol. matr. vbi Papinianus scribit, patrem qui sine voluntate filiæ (ita enim restituēdum esse locum illum recte sensit Cuiacius lib. 4. obseru. c. 21.) stipulatus est, diuortio facto dotē dari, si post impletam stipulationis cōditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere, sed non aliter, quam si filia sine liberis decesserit.

Quartum argumētum est ex l. si filiusfa. ff. ad Maced. vbi dicitur, mortua in matrimonio puella, patri repetitionem dotis dari. Puellam enim interpretari debemus illam, quæ nullos liberos suscepit, ex l. vxorem, §. testamento, de leg. 3.

C Postremum est ab æquitate. Nam cum dos sit propriū ipsius filię patrimonium, vt in l. 3. § sed vtrū, ff. de minorib. æquum esse videtur, vt in ea succedant liberi ipsius.

Rursus cum dos marito detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dot. ęquum est, vt liberis existentibus, in quibus educandis onus est maximum, dos apud virum remaneat.

Denique, cum ob matris mortē maximus sit dolor filiorum, vt etiam ad eosdem successionis emolumentum perueniat, æquitatis & rationis est. Idque erit ex voluntate filiæ, quæ liberos suos magis, quam patrem dilexit, vt liberis, quam patri dos restituatur.

Ego hac in re sic statuo: si agatur de filia in potestate patris existente, priorem sententiam nō solum esse probabiliorem, sed etiam certissimam; si vero agatur de filia emancipata, posteriorem esse verissimam.

Ratio mea est: quia in bonis profectitiis, sicut est dos à patre profecta, filius in potestate existens nō habet hæ-
D redem, nec quidem filium, quoniam illa patri pleno iure acquiruntur, cum nihil sit immutatum à Iustiniano in profectitiis. textus in §. 1. in Auth. de hęred. ab intestato. ibi: *Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamē eius filij, cuiuslibet sexus sint, aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quæ secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in vsu harum rerum quæ debent acquiri, aut seruari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus.*

Si ergo in his bonis profectitiis, quia patri acquiruntur, hæredes non habet filiusfamilias, etiam filios suos, sequitur dicendum dotem profectitiam ad patrem pertinere filia defuncta, non autem ad liberos, vel maritum, neque enim maritus hæres esse potest, vt nec filii ipsi, sed pater bona profecta occupat iure profectitii peculii.

Quod si de filia emancipata sit quæstio, hęc omnia cessant, quia pro matrefamilias habetur, & de bonis quibuscun-

CAPVT LXXIII.

Donatio inter patrem & filium, & inter virum, & vxorem, utrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donata dominium. & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo donatio facta est.

ACcursius in l.donationes quas parētes, C.de donatio inter virum & vxor. sic statuit de quæstione t donationem ex die, quo celebrato est valere quā tum ad hunc effectum, vt donatarius fructus rei donatæ consequatur, non autem dominium rei donatæ.

Idem respondit Castrensis, in l.talis scriptura, de leg. 1. vbi Alex. testatur hanc esse communem sententiam.

Idem docet Bart. ad l.si is qui pro emptore, nu.3. ff.de vsucap. Couar. in rub. de testam. in 3.pat.nu.3. Clarus, in §.donatio, q.6. Ant.Gomesius Variar.resol. tomo.2.c. 3.tit.de donatione, nu.23.

B Huius sententiæ argumenta quatuor sunt potissimū. Primum quia retrotractio non habet locum, nisi extremum ad quod sit habile, vt declarat Bar. in d. l. si is qui pro emptore, sed extremum ad quod habile non est in proposita quæstione, quia illud extremum est tempus factæ donationis: Est autem tale tempus inhabile, quia tunc filius est in potestate, & matrimonium constat, ergo retrotrahi donatio nequit.

Secundum argumentum est ex l.2.C.de inoff. donat. vbi lex loquens de donatione patris inofficiosa in vnum ex filijs collata, dicit mortuo patre familiæ hercíscundæ iudicium locum habere inter filios. Iudicium autem familiæ hercíscundæ locum non habet, nisi super rebus hæreditarijs, l.1.& 2. ff. famil. hercis. ergo illa lex significat res a patre donatas filio remanere in bonis patris defuncti, & sic in hæreditate. Si sic est, igitur earum rerum dominium filius non est consecutus ex eo die, quo facta est donatio.

C Tertium est ex l.in donationibus, C. ad l. Falcid. vbi textus dicit, In donationibus inter virum, & uxorem legem Falcidiam locum habere, quia fideicommissi partibus funguntur. Ergo dominium rerum in donatarium non transfertur, nisi ex die mortis donantis, quasi videlicet ex fideicommisso. Neque enim lex Falcidia locum habet in bonis aliter quæsitis, quam per vltimam voluntatem, l.in ratione, 2.vlt.ff.ad l. Falcid.

Quartum argumentum est ex.l.1.§.si pater, ff. pro donato. Ait textus: *Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.* Ex hac lege sic argumentari licet. Si donatio patris eius morte confirmatur, & ad tempus, quo facta est, refertur, ita vt ex eo tempore filius dominium consequatur, cur non ibi vsucapiendi facultatem ex eo die, quo donatio, rei alienæ facta fuit, habebit?

D Cæterum, contrariam sententiam habuerunt gloss. in l. sequens quæstio de leg. 2. in l. si sub conditione, ff. de solutio. Aretin. in d.l. talis scriptura, de leg.1. Imola, Angelus, Iason. & Crotus in d.l. si is, qui pro emptore, & ibidem Ruynus, & Sebastianus Massa. Isti omnes docent rei donatæ dominium acquiri ex die, quo donatio facta est & consequenter etiam fructus ex eo tempore ad donatarium pertinere.

Et in hanc sententiam ipse quoque descendo, authoritate d.l.donationes quas parentes, in illis uerbis: *Si uero uel non amplior sit donatio, uel cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc & silentium donatoris uel donatricis, & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut & alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quib. contracta sunt.*

Illa verba possunt vrgeri dupliciter, Primum: quia simpliciter & absolutè disponunt donationem referri ad illud tempus, quo conscripta est. Hic est autem effectus donationis, vt dominium rei donatæ transferatur in donatarium, quia donatio est doni datio, l. Senatus, §. dona-

A tio, ff. de donat. Et qui dominium habet, fructus etiam consequitur, l.& ex diuerso, §.ubi autem, ff. de rei vend. l.1 & 2.C.de pignor.act.

Secundo vrgeri possunt, quia textus utitur exemplo ratihabitionis. Constat antē ratihabitiones ita retrotrahi, vt dominium retro fingatur acquisitum, l.si hac mente, 25.ff de neg.gestis.

Ad primum argumentum respondeo, extremum ad quod, nō esse prorsus inhabile, quia donatio valet à principio iure naturali inspecto, licet secus iure ciuili.

Ad secundum respondeo, textū in d.l. 2. C. de inof. donat. non absolute hoc dicere, locum esse iudicio familiæ hercíscūdæ mortuo patre, qui donauit, qua si res donatæ videātur in hæreditate patris remanere; Sed textus dicit *Arbitri familia hercíscunda officio congruere, ut alteri filio debitum legitima portionem, incolumem seruet*, quia donatio erat inofficiosa, & ideo eatenus erant rescindenda.

B Ad tertium, ex l.in donationibus, C.ad l. Falcid. ita respondeo. Lex Falcidia locum habet in donationibus inter virum, & vxorem, quia vicem obtinet fideicommissi, quia videlicet fidei committatur hęredis, vt rem donatam tradat donatario. Sed hoc non faciat quò minus donatio referri debeat ad tempus, quo conscripta est, neque enim talis fictio Falcidiam impedire potest.

Ad postremum respondeo, donationem patris donantis morte confirmari, & retrotrahi, vbi pater rem propriam donat, secus si rem alienam; tunc enim agitur de alterius nempe domini rei præiudicio, ideo æquitas cessare dicitur, ac proinde fictio seu retrotractio cessat, l. sciendum.& seq.ff.ex quibus causis maior.

Cum igitur in specie, de qua loquitur Iurisconsultus in d.l.1.§.si pater, ff. pro donato, agatur de re aliena donata vsucapienda in præiudicium domini, merito cessat fictio, cessat enim æquitas, nec donatio quo ad vsucapiendi conditionem, retrotrahitur, seu refertur ad tempus, quo conscripta est, ne domino rei pręiudiciū inferatur.

C

CAPVT LXXIV.

Donatio remuneratoria inter patrem, & filium utrum ualeat.

COmmunis est sententia donationem, quam vocant remuneratoriam, inter patrem, & filium valere, Decius & Alexander in l.si donatione, C.de colla. Clarus, §.donatio, q.8. Tiraquel.ad l.si unquam, in verbo donatione largitur, nu.20.C.de reuoc.donat. And.Geyll. li.2. Pract. Obseru.c.38.

Fundamentum est; quia cur donatio simplex regulariter non valeat, illa est causa, quòd rei donatæ dominium ad patrem reuertitur. Omnia enim à patre profecta illa acquiruntur secundum leges veteres, quæ correctæ non sunt, in l.cum oportet, C.de bonis quæ lib.

D Hęc ratio cessat, quando filius eam donationem propter beneficia in parentem collata, est promeritus; Videtur enim eo casu, non tam ex substantia patris, quam ex propria industria rem donatam adeptus.

Cęterum aduersus hanc sententiam duo pugnare uidentur argumenta. Alterum, quia non videtur fieri posse, ut filius ita gerat erga patrem, vt eum beneficio collato ad remunerandum obliget. Scribit enim Aristoteles, lib.9. Ethicor. c. 1. dijs atque parentibus parem gratiam rependi non posse.

Alterum argumentum sumi potest ex l.tutor, §. quæ tutoribus, ff.de accusatione tutor. in illis uerbis: *Cum iudicium patris, ut filius, non tutor, promeruit.*

Primum argumentum effecit, ut Lancellotus Politus, polintissimæ uir literaturæ, Tiraquello teste loco iam citato, de communi sententia dubitauerit, & post eum D.Menochius de præsumpt.lib.3.c.29.nu.4. qui plura in eam sententiam testimonia affert.

Alterum verò, vt ab ea recesserint Bald.in Auth. Ex

testa-

Sed hæc ſententia valde infirmo nititur fundamẽto, illo uidelicet, ꝙ cum pater filio donanti conſenſum præſtat, videatur illum emancipare, quo ad talem actum donationis, argum. l. ſi permittente, C. ad Macedon.

Hoc inquam fundamentum infirmum eſt; quia ſi cõſiſteret, multo magis haberet locum, vbi pater ipſe filio in poteſtate donaret, vt ſcilicet eum emancipare uideretur, quo ad illum actũ, vt eſſet donationis capax, aut certe nulla eſt diuerſitatis ratio inter hunc poſteriorem & priorem caſum. Quare meritiſſimo iure Oldradi ſententiam repudiarunt Aret. ad l. placet. ff. de acq. hæred. Iaſ. in l. frater à fratre, nu. 44. ff. de cond. indeb. in ſ. lect. quibus me ſocium libenter adſcribo.

Porro nihil mouet quod habetur in d. l. ſi permittẽte, quia non hoc dicit ibi lex, filium emancipari poſſe, aut emancipatum uideri in ea ſpecie, quo ad vnum actũ, ſed agitur ibi de pecunia filiofamilias mutuata cum conſenſu patris, & reſpondetur ceſſare tunc Senatuſc. Macedoniani poteſtatem; & recte, quia uidetur creditor ſecutus fidem patrisfamil. & propter paternum conſenſum mutuaſſe filio, quo in caſu & rationé omnem Senatuſconſulti plane ceſſare in dubio eſt,

CAPVT LXXIX.

Si pater filio in poteſtate donet bona pro ſua legitima, vtrum ſtatim donatio valeat, an vero ſit expectanda mors patris vt ex ea donatio confirmetur. Et quid ſi ſtudiorum gratia filio donauerit.

1

SI pater filio ſuo in poteſtate conſtituto pro legitima portione aliquid donauerit, valere ſtatim donationé Angelus docuit, in l. ſi nó mortis, ff. de inoff. teſtam. cuius ſententia confirmari poteſt ex d. l. ſi non mortis, & ex l. ſi quando, §. & generaliter, C. eod. tit. & præterea hoc argumento, quod cum pater filio legitimá relinquere teneatur, ſi aliquid in eá cauſam ipſi donauerit, videatur potius debitum ante diem ſoluere, quam donare, & ideo donatio valeat: nam etſi prohibita ſit inter virum & vxorem donatio, non tamẽ alter alteri, quod in diem debet, ſtatim ſoluere ac præſtare prohibetur, quamuis eó modum temporis retẽta pecunia ſentire potuerit, vt ait Iuriſc. in l. ſed ſi vir, §. quod vir vxori, ff. de donatio. inter vir. & vxorem.

Sed contrarium reſpondit Aret. in conſ. 17. & in l. placet, ff. de acq. hæred. & alii à Petro Duena citati, regula 223. ſequitur D. Menoc. de præſumpt. li. 3. c. 29. nu. 109.

Iaſ. autem diſtinguit in l. frater à fratre, num. 44. ff. de condict. indeb. vt ſcilicet donatio quidem valeat, ſed tamen reuocari poſſit.

Sed Aretini ſententia mihi magis probatur. Primo moueor ex regula generali, quæ ſtatuit donationem inter patrem & filium non valere.

Deinde authoritate l. cum de bonis, C. de donat. *Cum de bonis tuis* (inquit tex) *partem quidem penes te retinuiſſe partem vero in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores, non eſt incerti iuris, in eum, qui in ſacris familiæ tuæ remanet, deſtinationem magis paternæ voluntatis factam, quam perfectam donationem perueniſſe.*

Hic Imperator loquitur de patre donãte filio in poteſtate bonorum ſuorum partem, & reſpondit non valere donationé. Si donatio valeret pro legitima, debuiſſet id explicare, alioqui minus ſufficienter reſpondiſſet.

Huc accedat quod Vlpianus ſcribit in l. ſi filia, §. ſi pater, ff. fam. herciſc. Papinianum ſcilicet reſpondiſſe, cum pater inter filios bona ſua diuiſit, non videri donationẽ illam, ſed potius ſupremi iudicii diuiſionem. Et tamẽ ualere deberet ſaltem quo ad legitimam filiis debitam, quaſi videretur eam ante tempus aſſignare.

Nec contrarium probant leges allegatæ in argumento contrariæ opinionis. Id enim tantum volunt, filium

A agere de inofficioſo teſtamento non poſſe, cui pater viuens debitam portionem donauerit. Recte: quia portionem illam debitá iam habet ex bonis donatis. Sed utrũ ſtatim illa donatio valeat, ipſo patre uiuente, vt regulariter donatio valet, extra perſonas prohibitas, non habetur in dictis legibus.

Quòd vero dicebatur, patrem uideri ante tempus ſoluere, & ideo valere donationem, ſicut eum uxori ſoluitur ante diem, nihil obſtat, quia non eſt certum legitimá filio deberi: Nam vt ipſe ante patrem moriatur, accidere poteſt. Lex autem loquens de coniugibus ante diem ſoluentibus, de certo debito loquitur, nó de incerto, vt hic.

Quod uero attinet ad donationem ſtudiorum cauſa factam, illam valere communis eſt ſententia. Vide Iaſonem ad l. 1. num. 23. ff. ſolu. matrim. Clarum, in §. donatio, quæſtio. 8.

Sed quoniam vix firmum habet aliquod fundamentũ ab ea multi diſſentiunt, vt videre eſt ex allegatis.

B Ego vero ſtudioſorum cauſam maxime adiuuari puto ex l. 3. §. ſed ſi in Caſtra, ff de donat. inter vir. & vxor, *Si mater filio, qui in patris poteſtate eſt, donet* (inquit tex.) *donatio non valet, quia patri quæritur, ſed ſi in caſtra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quæritur, & eſt Caſtrenſis peculii.* Ergo & id quod filio ſtudiorum cauſa donatur, videtur eſſe quaſi Caſtrenſe peculium, ſi armata militia togatæ comparetur, l. Aduocati, C. de aduoc. diuerſ. iudic. conſequenter patri non quæritur, & valet donatio.

CAPVT LXXX.

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt vocant, iure conſiſtat.

SI uir ſenex vxorem ducat ætate florentem, & remunerationis ergo, donet ei quidquam, eam donationem iure ſubſiſtere, & efficacem eſſe ſtatim, vt aliæ

C donationes valent inter viuos, communis eſt ſententia. Vide Bart. in l. 2. C. de dotis promiſſ. Bald. Nouellum, de dote, in 10. par. nu. 8. & ſeq. Clarum, in §. donatio, q. 9. Couar. in titu. de ſponſalib. in 2. par. c. 3. §. 3. nu. 2.

Fundamentum vero poſitum eſt in l. quod autem, §. ſi uir, ff. de donat. inter uir. & uxor.

Sed contrarium reſponderunt Cran. in conſ. 51. & Pinellus ad l. 1. in 3. parte C. de bonis mater. quibus & ipſe me lubens ſocium adiungo, eo argumento adductus, ꝙ multi iure noſtro caſus ſpeciales exprimantur, quibus donatio inter uirum & uxorem conſiſtit, & tamen hic, de quo agitur, eorum numero non recenſetur, ut uériſimile ſit eum nec iure enumerandum eſſe.

Nec ſane immerito, ſic enim fieret remunerationis huiuſmodi prætextu, ut ſæpe eluderentur leges tales donationes prohibentes, ne mutuo ſe coniuges amore ſpolient, ne matrimonia ſint uenalia, ne liberorum curam deſerant, ut in l. 1. 2. & 3. ff. de don. inter uir. & uxor.

D Nec quicquam obſtat tex. in d. §. ſi uir, quia loquitur de reciproca donatione, non autem de remuneratoria iſta, de qua agimus. Ceſſat enim omnis prohibitionis ratio, ubi hinc inde tantum accipitur, quantum donatur.

Verba tex. dicti §. hæc ſunt: *Si vir & vxor quina ſibi inuicem donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, recte placuit, compenſationem fieri donationum, & hoc diuus Adrianus conſtituit.*

Porrò (ut obiter id etiam dicam) dictorum uerborum ſenſus eliditur ex l. cum hic ſtatus, §. quod ait oratio, ff. eo. ti. ubi Vlp. *Quod ait oratio conſumpſiſſe, ſic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus ſit. Cæterum, ſi factus ſit, orationis beneficium locum habebit. Sed etſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quãtitatem, eaq; extet, dicendum eſt, ſi is deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit. nec compenſare id, quod conſumpſit. Quamuis diuortio ſecuto hæc compenſatio locum habeat.*

Verba

Verba obscuriora esse uidetur, sed rectè declarat Crauet. in d. consi. 51. Si vir vxori donet, & illa tantundem viro, amboque res donatas retineant, & non consumant, donatio valet, quia uterque factus est locupletior. Hic est sensus illorum uerborum. *Si factus sit locupletior, orationis beneficium locum habebit*. Si uero alter donatas res consumat, tunc si matrimonium diuortio fuerit solutū, retractari donatio nequit. Hoc vult textus illis uerbis. *Quamuis diuortio facto, hac compensatio locum habeat*. Si vero morte dissoluatur matrimonium, tunc illa distinctio adhibetur, vt si præmoriatur is, qui consumpsit, donatio valeat, tanquam eius morte confirmata, nec retractari ab hærede possit. Si uero præmoriatur is, qui locupletior effectus est, hoc est, qui non consumpsit, sed retinuit res donatas, tunc donatio non valeat, quia morte confirmata non est, morte inquam illius, qui cōsumpsit, ideoque reuocari potest.

Hæc est sententia illorum verborum: *Sed si non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaq; extet, dicendum est, si decesserit, qui factus est locupletior, posse repetere id, quod dedit, nec compensare id, quod consumpsit*, &c.

CAPVT LXXXI.

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur.

TRiplex est Doctorum sententia. Alij. n. docent confirmari, ita Bart. in l. Seius & Augerius, ff. de ver. oblig. Soc. sen. in cons. 77. li. 1. & alij quamplurimi apud Gabr. commun. concl. tit. de donationib. concl. 3. Clarum, §. donatio, q. 9. Andr. Geyll, lib. 2. c. 11.

Alij negāt valere seu confirmari iureiurando, ita Barto. in l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. Socin. sen. ad l. 1. ff. sol. matr. & in cons. 66. lib. 1. & alij a Gabr. commemorati loco annotato.

Alij denique responderunt, donationem quidem iuramento firmari, sed tamen efficacem non esse, nisi donator prædecedat. Præmoriente vero donatario, nullā habere iuris firmitatem.

Celebre hoc est illud Decij responsum, in consil. 240. & 536. quod latè Crau. impugnauit in consi. 102. Rol. in consi. 77. lib. 1. Sed latè defenditur a D. Menoch. in cons. 84. libr. 1. ego breuiter istarum opinionum fundamenta referam, tum quid mihi videatur, paucis declarabo.

Prioris sententiæ fundamentum est in Iuris Canonici regula, quæ habet: contractus & cæteras pactiones iure ciuili infirmas & inefficaces, iuramento accedente, confirmari, & robur accipere, quia iuramentum est seruandum, si absque salutis æternæ dispendio seruari possit, nec in alterius vergat detrimentum, ut in c. si vero, & in c. cum contingat, de iureiur. & in cap. quamuis de pactis lib. 6.

Fundamentum autem negantis sententiæ illud est: Quod iure prohibita sit ea donatio, vt in toto tit. ff. de donat. inter uir. & vxo. & in c. donatio, eo. tit. Idq; iustissimas ob causas, ne scilicet coniuges mutuo se amore inuicem exhaurirent, ne liberorum curam deferant, & ne matrimonia sint uenalia. Quare contra bonos mores uidetur esse talis donatio. Iuramentum vero contra bonos mores præstitum non obligat, c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertiæ opinionis fundamentum est: quia iuramentū sequitur naturam actus, cui adijcitur l. ult. C. de non numer. pec. Hęc autem est donationis huius natura, ut morte donantis confirmetur, l. cum hic status, ff. eo. ti. l. si marito, C. eo. ti. Neque enim ea uidetur mens donantis fuisse, vt hæredi ac successori daret. Quare nec iuramentum quicquam valet contra ipsius mentem iurantis, vt declarat Ias. ad l. sciendum, nu. 33. ff. de verb. oblig.

Postremæ denique sententiæ fundamentum est illud

A præcipuum; quod iuramentum reddat ipsam donationē ualidam & efficacem, ex causis iā allatis, ac proinde cum donatio statim efficax sit, ad hæredem donatarij transmittatur cum cætera hæreditate, l. hæreditas, ff. de verborum signific.

Hæc postrema sententia uidetur mihi omnibus alijs probabilior. Monet me iuramēti potestas ac religio, quæ hoc facit, vt cætera pactiones alioqui iure ciuili improbatæ, conualescant, ne scilicet contingat periurijs viam aperiri, vt inquit S. Pont. in d. c. cum cōtingat, de iureiur.

Nec rectè dicitur eam donationē esse cōtra bonos mores: quia moribus receptum est, ne ualeat donatio, vt inquit Vlp. in l. 1. ff. de donat. inter uir. & vxor. non autem dicit bonis moribus repugnare, vt & Soc. iun. adnotauit, in cons. 44. nu. 34. lib. 2.

Quod uero dicitur iuramentum sequi solere naturam actus, cui interponitur, minimè locum habet in his, quæ pertinent ad actus efficaciam & confirmationem. Nam actum statim corroborat, & efficacem reddit, ut optimè deducit Ias. in l. si conuenerit, nu. 8. ff. de iurisd. om. iud. etiam patet ex locis supra commemoratis.

Denique non obstat id, quod subiungitur, iuramentū non operari contra iurantis intentionem. Nam hic non repugnat iurantis intentio. Nam si eum, cui donauit, rē donatam habere uoluit, atque ita iurauit, uidetur etiam in consequentiam uoluisse, vt donatario defuncto, res transiret ad eius hæredem, sicut alia transeunt. Alioqui si ualeat hoc argumentum, nulla ad hæredem donatio transmitti poterit, quod absurdum est.

CAPVT LXXXII.

Vtrum donatio reciproca uel remuneratoria, uel ob causam, excedens summam quingentorum aureorum, insinuationem requirat.

C COmmunis est illa reciprocam donationem & remuneratoriam, vt vocāt item donationem ob causam, insinuationem nō requirere, licet quingentorum aureorum summam excedat. Vide Tiraq. ad l. si vnquam, in uerbo, donatione largitus, nu. 127. & nu. 143. & Gabr. commun. concl. ti. de donationibus, concl. 2.

Eius vero fundamentum est in l. 1. & in l. ...
mur. §. vlt. ff. de donat. in l. Atilius, ff. eo. ti. & in l. sed etsi lege, §. consuluit, ff. de petit. hæred.

Cæterum, quod ad reciprocam attinet, Homodeus dissentit in cons. 181. quantum vero ad donationem remuneratoriam, Pinellus in commentariis l. 1. C. de bonis matern. in 3. parte.

Fundamentum eius est, quia donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, l. donari, ff. de reg. iur. licet natura si quadam iustitia is, qui donat, teneatur ad ... ta, ut no. gloss. in d. l. donati. mouetur etiam plerumque donantes res amicis, qui aliquid beneficium contulerunt. Quare

D si remuneratoria donationis insinuationem legibus subiecta non sint, vix ulla erit donatio, quæ opus habeat insinuatione.

Ad d. l. Atilius, respondet illam loqui de remuneratione Magistri, cui merces debebatur, ut patet ex illis verbis: *Dixi posse defendi, non meram donationem esse, verum officii Magistri quadam mercede remunerari regulum*.

Ad d. l. sed etsi lege, §. consuluit, respondet, contrariū potius probare, nempe donationem verè dici, quæ remunerationis gratia fit, ex illis verbis quibus dicitur: *Locupletiorem eum dici, cui remunerationis gratia donatum est*.

Ego sic statuo, donationē remuneratoriā, & alias superius expressas, propriè donationes non esse, licet & cōis sententia doceat, sed tamen eas insinuationem exigere.

Priorem assertionem probo ex l. 1. ff. de donat. ubi tex. *Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, vt statim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat. Hæc pro*

prie

priè donatio appellatur. Dat aliquis vt tum demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit ea non propriè donatio appellabitur

Secundo ex l. hoc iure, §. vlt. ff. eo. ti. *Sed & hæ stipulationes* (inquit text.) *quæ ob causam fiunt, non habent donationem.*

Tertio ex eadem l. in § Labeo. *Labeo ait. Extra causam donationem esse talium officiorum mercedem, vt puta, si tibi affuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera, vel gratia mea vsus fueris.*

Postremò (quod ad reciprocam donationem attinet) illud est manifestum, propriè donationem non esse, quia non fit exercendæ liberalitatis gratia, vt in l. 1. ff. de donatio. Quare videtur potius esse genus quoddam permutationis, l. sed etsi lege, §. consuluit, ff. de petitio. hæred.

Secundam verò assertionẽ probo authoritate l. Sancimus, C. de donat. *Sancimus* inquit, *omnem donationem siue communem, siue ante nuptias factam, vsque ad trecentos solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed communem formam habere, &c. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, & hoc quod superfluum est, tantummodo non valere, &c.*

Hic Imperator docet omnem donationem supra summam definitam, insinuationem requirere (summa porrò ad quingentos aureos extenditur ex l. pen. C. eo. tit.) Qui dicit, omne, nihil excludit, l. Iulianus. de leg. 3. ergo omnis donatio sub hac lege continetur. Sed reciproca donatio, & ob causam, & remuneratoria dicuntur esse donationes, l. quod autem, §. si uir, ff. de dona. inter vir. & vxo. l. 1. l. affectionis, ff. de donat. Igitur & hæ donationes indigent insinuatione.

Secundò assertionem probo ex ratione legis: Etenim ad euitandas fraudes, requiritur insinuatio, l. lata, C. de donat. & declarat optimè Connanus, lib. 5. comment. iuris, c. 9. Fraudes autem excogitati & adhiberi possunt et in ijs donationibus, de quibus agitur, vt patet, ergo requirunt & hæ donationes insinuationem.

Ex his patet responsio ad argumenta communis sententiæ, nihil enim aliud probant, quàm donationes huiusmodi non propriè donationes esse. Quod & ipse fateor, sed quia saltem impropriè donationes sunt, assero insinuatione eas indigere, quia omnis donatio excedens summam, &c. insinuationem exigit, vt dixi.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum donatio summam excedens quingentorum aureorum, iuramento firmata, requirat insinuationem.

TRes sunt doctorum sententiæ hac de re. Vna affirmans. Altera negans. Tertia distinguens: aut iuramento renunciatum est insinuationi & valet donatio, aut renunciatum non est, & non valet. Vide Clarum in § donatio, q. 18. Ant. Gabr. comm. concl. tit. de donationib. concl. 1. And. Geyll. lib. 2. obseru. 39. Eugenium in cons. 7. Anton. Gomesium variar. resol. tit. de donation. b. c. 3. nu. 6. Seraphinum Senensem de priuil. iuramenti, priuileg. 73. Petrum Duenam reg. 224. nu. 5.

Ego necexistimo, veriorem esse ac iuri nostro magis consentaneam eorum sententiam, qui donationem valere putarunt etiam absque vlla insinuatione, vbi iuramento confirmata est. Moueor hoc argumento, quòd iure ciuili ita sit constitutum, vt talis donatio minimè valeat absque insinuatione, iustas quidem ob causas, sed non tamen tanti faciendas, quanti religio Dei, iurisiurandi vinculum, peccatum periurii æstimari debent.

Quare alterum ex duobus dicendum est, vel seruandas esse leges ciuiles, & violandum iuramentum Deo præstitum, vel iuramentum obseruandum, & eas leges negligendas. At quis non videt iustius esse leges negligi, quàm Deum periurio offendi?

A Adstipulantur huic sententiæ canones in similib. speciebus conscripti, vt c. si uero, c. cum contingat, de iureiur. c. quamuis, de pact. lib. 6.

Contrariæ sententiæ arg. sunt ista hæc. Primum fauore publico, ne quis profusa nimis liberalitate suum exhauriat patrimonium, vt donationes insinuentur, lege constitutum est. Expedit enim Reipub. ne homines male rebus suis vtantur, vt ait Imperator in §. sed & maior. in instit. de his qui sui vel alieni iuris sunt. At nemo potest iuri publico, iuramento etiam adhibito, derogare, vt in c. si diligenti, de foro compet. ergo nec iuramento adhibito valere potest absque insinuatione donatio.

Respondeo, tex. in d. c. si diligenti, o qui de clerico cõsentiente in iurisdictionem laici iuramento etiam præstito. Ait tex. nullius esse momẽti consensum, & rectè, quia ius publicum repugnat, quod in sacris Sacerdotibus, & magistratibus consistit, l. 1. § 1. ff. de iust. & iure, & iustas ob causas statuit, vt clerici à secularibus non iudicentur.

B At hic agitur de iure priuato, licet. n. ob publicam vtilitatẽ insinuatio requiratur, non tñ est vtilitas publica principaliter, sed secũdario, quare iure accedẽte valet actus.

Id patet in alienatione rerum dotalium, in alienatione rerum minorum 25. annis, & in alijs multis casibus, in quibus iuramentum actum ipsum confirmat, licet repugnet secundario publicæ vtilitati, vt in d. c. si vero, & in d. c. cum contingat, de iureiur. in l. 1. & in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduer. vend.

Secũdum arg. insinuatio necessaria est, ut fraudes euitentur, l. lata, C. de donatio. Si ergo donatio confirmetur iure, etiam non adhibita insinuatione, via fraudibus aperitur. Hoc aũt est absurdum, l. cõuenire, ff. de pact. dotal.

Respondeo, viam fraudibus non aperiri, quia nemo præsumitur iurare falsum, ac delinquere, & vbi iuramentum intercedit, res præsumitur acta cum consilio & deliberatione, c. ex rescripto, de iureiur. & tradit optimè Alexand. in consi. 52. nu. 2. & 17. lib. 1.

C Tertium argumentum. Lex præsumit fraudes intercessisse, si donatio careat insinuatione, ergo iuramentum nihil operatur, c. cum contingat de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo, præstita, &c.*

Respondeo, nego antecedens, neque enim leges dicũt fraudes præsumi, si donatio careat insinuatione, sed ut fraudes euitentur, insinuationem requiri.

CAPVT LXXXIV.

An renunciari possit constitutioni l. si vnquam, C. de reuoc. donat.

CElebris est controuersia, vtrum l. si unquam, C. de reuoc. don. possit renuntiari. Sunt enim qui affirmant, sunt qui negant. vide Oldr. in cõs. 173. Rip. in commẽtariis ipsius legis, q. 51. Tiraquellum latissime, in præfatione, nume. 88. Nattam, in consi. 125. & alios, quos citat Alphanus Collectaneo 264 & Mynsingerum cent 5. obseru. 63.

D Affirmantis sententiæ fundamentũ est, quia unusquisque iuri suo renũciare potest, l. pen. C. de pact. cũ igitur in ipsius donãtis fauorẽ constitutũ sit, vt si liberos susceperit, donationem reuocare possit, nihil proponi posse videtur, cur non possit suo iuri & fauori renunciare.

Fundamentum vero negantis sententiæ illud est præcipuum, quod ea constitutio edita fuerit nõ in fauorem tantum donatis, sed etiam eius liberorum. Quamobrem illud ius liberis quæsitum ac delatum, nõ debet, nec potest et pater auferre, l. quod de bonis, §. vlt. ff. ad leg. Falcid. l. pen. C. vt in possess. legato. l. id quod nostrum, de reg. iuris, l. cum non solum, C. de bonis, quæ liberis.

Pendet igitur hæc disputatio ab hoc articulo, an uidelicet fauore duntaxat donatoris, an uero etiam liberorũ scripta sit illa constitutio; & cum textus velit bona donata reuerti ad ipsum donatorem, nec ullam faciat liberorum mentionem, oritur coniectura, non fuisse habitam rationem iuris ipsorum liberorum, sed patris duntaxat.

Q Huc

Huc accedat, quod si iam nati sint liberi, cum pater donat, ipsis nullum competit ius reuocandę donationis, nisi vsque ad debitum bonorum subsidium, querela scilicet inofficiosæ donationis proposita, vt in l.1. in l.si totas & toto tit. C.de inoffi. donat. Cur ergo possint postea nati reuocare ipsam donationē ope d.l.si vnquam, vbi pater ei legi renunciauit, ac proinde declarauit, se ratam habere velle donationem etiam liberis postea susceptis?

Deniq; vera ratio legis est ex coniectura pietatis, quoniam is, qui donauit liberos non habens, minimè donaturus fuisset, si de liberis cogitasset nascituris, ne scilicet propriæ soboli extraneos anteponeret, l.cum acutissimi, C.de fideicommissis, l.cum auus, ff.de cond.& demonst. l.6.§. cum autem, C.de instit.& substit. Cum ergo constat euidenter eum donare voluisse, etiamsi liberos suscepturus esset, cessat illa pietatis cōiectura. Constat autem vbi is, qui donat, beneficio legis renunciat. Hæc enim est donationis sententia, vt non velit bona donata ad se reuerti, etiamsi liberos postea susceperit.

Itaque ex his concludo affirmantem sententiam iuri nostro magis consentaneam videri, cui sententiæ adstipulantem habeo nouissime doctissimum virum Iacobū Cuiacium lib 20. Obseruat. cap.5. & Rotæ Romanę decisionem præclaram, in 2. parte decisionum nouissime editarum, decis.124.

CAPVT LXXXV.

Vtrum d.l.si vnquam, C.de reuocan. donatio. locum habeat extra illam speciem patroni donantis liberto.

VErba legis hęc sunt: *Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquā facultatum, fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in eiusdē donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Hoc in loco controuertitur, an si alius præter patronū libertis donantem, bona sua extraneis donauerit. & postea liberos susceperit, idem sit respondendum. Controuersiam latissime tractat Tiraquel. in commentariis d.l. in verbo, libertis, & Ripa, in q.1. Isti authores citant tum affirmantis tum negantis sententiæ, vt minime opus sit à me referri.

Ego sane eorum sententiam magis probo, qui legem extendunt ad alias personas, quam in ea lego sint expressę, quam quidem sententiam probat etiam Cuiacius, lib. 20. Obseruat. cap.5. eo s. argumento, ꝙ in aliis personis & casibus ratio legis valet, quæ posita est in coniectura pietatis, quia scilicet verisimile est, eum extraneo donaturum nō fuisse, si de liberis cogitasset, l.cum auus, ff.de condit.& demonstr. l.generaliter, §.cum autem, C.de institut. & substitut.

Nec contrariæ sententiæ mouent argumenta, inde enim petuntur, ꝙ verba legis de patrono loquantur, non de aliis, ac proinde in aliis obtinere debeant aliæ leges, quibus sancitum est, donationes reuocari non posse, cum perfectæ sunt. Præsertim quia videtur in liberto aliqua specialis ratio suadere, vt bona donata non obtineat, si patrono donanti liberi nascantur, propter summum libertatis collatæ beneficium, quo patrono & eius liberis libertus est obstrictus, & quia facilius reuocatur donatio liberto facta, vt in l.1. C.eod. tit.

Respondeo, rationem legis inspiciendam, non verba. Neque enim possunt omnes articuli legibus nostris comprehendi, l.non possunt, ff.de legibus. Ratio autem legis locum habet in omnibus casibus & personis. Nec illa ratio beneficii collatæ libertatis liberto, quicquam valet, quia non ea nititur legis decisio, sed coniectura paternæ pietatis, ne suam videatur sobolem alienæ prætulisse, & quia verisimile non est eum, si de liberis cogitasset, donaturum fuisse.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum l.si vnquam. C.de reuocan. donat. locum habeat, vbi Ecclesiæ donatio facta est.

DIsputat fusè Tiraquellus in commentariis d. l. si vnquam, in verbo, libertis, nu.79. atque ibidem Ripa, q.49. an illa lex procedat etiam si donatio facta sit Ecclesiæ, vt scilicet reuocetur natiuitate liberorum. Authores affirmantis & negantis sententiæ commemorant, & argumenta.

Decidit hanc controuersiam text. in c.vlt.17. q.4. vbi canon ex D.Augustino (si locus eius est, neque enim inter Augustini opera reperitur) ita dicit. *Quam laudabile factum S. Aurelij Carthaginensis Episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec speraret, res suas omnes (retenta sibi vsufructu) donauit Ecclesiæ: nati sunt ei filij, nec opinanti: reddidit Episcopus ea, quæ donauerat; In potestate habebat Episcopus non reddere: sed iure fori, non iure poli.*

Sententia canonis est, si iuris rigorem spectes, non reuocatur donatio Ecclesiæ facta. Primo quia Constantini Imperat. lex, non ligat Ecclesiam.

Secundò, quia Ecclesiæ qui donat, videtur pro salute animæ donare, Deo enim donat, salus autem animæ filijs præferenda est. Sed quoniā Ecclesia cultrix est iustitiæ & æquitatis, ratione quadam naturali ac diuina edocta, non debet cum aliena iactura locupletari: non tam ergo donationem factam ponderat, quam donantis mētem, qui cum filios non haberet, nec speraret, donauit, nati verò postmodum ei sunt filii nec opinanti, cur igitur ea bona filiis afferat, quæ forsan parens auferre noluisset, si eos habuisset, vel se habiturum sperasset? Valeat rigor omnis, præualeat ratio, æquitas, commiseratio.

CAPVT LXXXVII.

An d.l.si vnquam, C.de reuoc.donat. locum habeat, cum donans tempore donationis liberos habebat, si deinde alios suscepit.

COntrouertitur quoque: an si quis liberos habuerit, puta vnicum filium, vel filiam, & bona *sua*, vel partem eorum extraneo donauerit, deinde alios susceperit filios, an reuocetur donatio. Et multi responderunt reuocari; multi secus docuerunt. Aliqui distinctionem adhibendam censuerunt, vtrum filii iam nati odiosi essent, vel chari. Vide Tiraquellum in commentariis d.l.si vnquam, in uerbo, filios non habens. Ripam, q.6. Iacobum Cuiacium, lib.20. Obserua. cap.5.

Qui affirmant, ea vtuntur coniectura, quòd sit eadem ratio hoc in casu, quæ est, vbi donans nullos habuit filios donationis tempore. Nam donatio tunc eam ob causam reuocatur, quòd non speraret se liberos habiturum, nec verisimile foret, eum donaturum, si se habiturum sperasset. Hæc ratio locum habet, etiam quando vnicum habet filium, vel filiam. Nam extraneis non donaret, si se alios habiturum speraret.

Cæterum, qui negant, eo nituntur argumento, quod verisimile sit donantem hoc casu de liberis cogitasse, & eis tamen voluisse extraneum præferre: Si enim plus, quàm natum filium, dilexit donatarium, uerisimile etiā est eum præ nascituris dilexisse.

Sed & distinctiones suis nituntur rationibus.

Verum in re clara, & legibus nostris planè decisa, tot coniecturis minimè opus esse existimo. Audiamus legē de hac specie ipsa; pater filios habet natos, donat ipsis filiis (eadem est ratio si extraneis donauerit) postea nascūtur alii; quid iuris? An non tota reuocatur donatio, an verò vsque ad legitimam tantum portionem? Diocletianus & Maximianus in l.5.C.de inof.donat. *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios*

filios contulisti; id, quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam, non ingratis liberis relinqui necesse est; ex factis donationibus detractum, vt filij vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum reuertetur.

Igitur cum quis donat nullos habens liberos, si postea nascantur liberi, reuocatur donatio, ex coniectura pietatis, quia scilicet verisimile non est, eum donaturum fuisse, si de liberis cogitasset: Hæc est decisio l. si vnquam, si vero liberos habens, donauerit, reuocatur donatio non in totũ, sed pro legitima portione, nõ ex coniectura pietatis, sed ex eo, quod inofficiosa sit donatio, & contra officium pietatis paternæ. Hęc est decisio d. l. 5. C. de inoff. donat. atque adeo propositæ huius controuersiæ.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum d. l. si vnquam, C. de reuocan. donat. locum sibi vendicet in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata.

CVm lex dicat, *Omnia bona, vel partem aliquam*, oritur controuersia an de qualibet minima parte id accipiendum sit, & de re etiam aliqua singulari donata. Tractant hanc quæstionem Tiraquell. in comment. d. l. si vnquam, in verbo, omnia, vel partem aliquã, & Ripa, q. 7. & 8.

Qui accipienda esse illa verba negant de qualibet parte, & de re particulari eo vtuntur argumento, quòd appellatione partis, dimidia intelligatur, l. nomẽ filiarum, §. portionis, ff de verb. sig. & quod si de qualibet parte, vel minima re Imper. loqui voluisset, non dixisset *bona omnia vel partem aliquam*, sed simpliciter ac vno verbo dixisset, aliquam rem.

Qui autem contrarię sententiæ sunt authores, perpendunt illud varbum, *aliquam*, quod vel in minima parte verificari potest, ea sententia glos. in clem. 1. vers. Et earum parte, de foro compet. & præterea textum in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. ad finem.

Ego sanè eorum sententiã magis probo, qui hanc quęstionem arbitrio iudicis definiendam putant, vt scilicet omnibus circumstantijs perpensis, is existimet, an verisimile sit donaturum fuisse rem, vel partem donatam, si de liberis cogitasset; cui sententię etiam adstipulatur D. Menochius de arbitr. iud. casu 133.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum l. si vnquam, C. de reuoc. donat. locum habeat in donatione remuneratoria.

COmmunis est sententia doctorum, si remunerandi gratia donatum sit, vel ob aliam causam, quæ commodum respiciat donatoris, non esse locum constitutioni l. si vnquam, C. de reuo. dona. Vide Tiraquell. in comment. d. l. in verbo, donatione largitus, in principio, & Ripam ibid. q. 13. & 14.

Fundamentum vero est, quod hæc non sit proprie donatio ex liberalitate procedens, iuxta l. 1. ff. de donat. Sed potius mercedis præstatio, iuxta l. Attilius, ff. eod. tit. & genus quoddam permutationis, iuxta l. sed etsi lege, §. consuluit, ff. de petitio. hæred. Ideò & irreuocabilis esse dicitur, l. si pater, §. 1. ff. eod. tit.

Cæterum Cuiac. lib. 20. Obseruat. c. 5. contrarium docet post Nicolaum Vallam, de reb. dub. cap. a. aitque se ab hac lege non excipere donationem remunerandi gratia factam, quod & Nicol. Val. probare videtur.

Nullum argumentum vidi, quo isti moueantur, sed tamen eorum sententiam verissimam esse puto, quia plerunq; donationes in eos conferuntur, qui beneficia contulerunt, vt si hanc eximas ab ea constitutione donationem, quam certe Imper. non ademit, multum sanè illi detrahas.

A Deinde quia donatio dicitur & illa, quæ remunerandi causa fit. Nam donari dicitur, quod nullo iure cogẽte datur, l. donari, ff. de reg. iur. & de donatio. Nullo vero iure cogente datur ab eo, qui remunerandi gratia donat, licet enim ad antidora esset obligatus naturali quadam ratione, cogi tamen iure non poterat, ideo videtur aliquam exercere liberalitatem, sicuti optime declarat Decius, in d. l. donari, de reg. iur.

Tertio, quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quæ remunerandi causa fit, etsi enim benefacientibus benefacere teneamur, & hominẽ ab homine beneficio affici, plurimum intersit, maximumque sit ingratitudinis peccatum, tamen ea res modũ habet, occasionem expectat, nec statim exigit, vt bene merenti omnia bona donentur, vel magna pars eorum, quare neque etiam verisimile est, donaturum fuisse, qui beneficium accepit, omnia bona, vel maiorem partem, si de liberis cogitasset, quoniam non hæc paterna pietas & amor suadent. B

Quòd si modici momenti donata res proponatur, & omnino id, quod verisimiliter donatum fuisset, etsi liberos donans habuisset, vel de eis cogitasset, tunc sententiam communem amplectendam putarem.

Alioqui eius me parum mouerent argumenta; Quod enim dicitur hanc non esse vere ac proprie donationem, nihil obstat. Nam satis est donationẽ esse aliquo modo, verba mentemque legis eidem conuenire.

Quòd verò dicitur irreuocabilẽ esse, ea l. si pater, §. 1. transeat. Est enim ęquum, vt qui liberatus fuit ab hostibus, & ob eam causam aliquid donauit, illam donationẽ non reuocet. Nam etsi liberos habuisset, donasset, ac similiter etsi de liberis cogitasset.

Alia est ratio eius, q beneficio aliquo affectus, omnia sua bona, vel eorum partem, liberos nõ habens, donauerit, quæ sanè verisimiliter non erat donaturus, si de liberis cogitasset.

C Atque ita perpendo in proposita specie non ipsorum meritorum, ob quæ donatur, æstimationem, sed donantis mentem, & id quod verisimile est. Nam etsi quis maximum beneficium acceperit, quod nec omnia bona sua donando æquaret, non tamen eum puto sua omnia bona, vel maiorem partem donaturum, si liberos habeat, vel de liberis cogitauerit, quia hæc à nobis non requirũt antidoralis obligationis & gratitudinis leges, dura enim nimis, ne dicam iniusta præciperent.

CAPVT XC.

Vtrum l. si vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, si nati sint liberi, & ante parentem vita functi.

DOnationem factam reuocari susceptis postea liberis, ait lex. Sed quid si liberi postea suscepti viuo adhuc parente donatore moriantur, vtrum donatio conualescat?

D Non est eadem omnium sententia, vide Ripam in commentariis d. l. si vnquam, quæst. 38. & Tiraquellum in varbo, susceperit, nu. 161.

Affirmantium hoc in casu donationem conualescere, duo sunt potissimum argumẽta. Vnum, quod si moriantur filii, fit perinde, ac si nati non essent, argumento sumpto ex l. posthumus prӕteritus, ff. de iniusto rup. & irr. testam. *Posthumus præteritus viuo testatore natus decessit, licet iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere hæres scriptus potest.* Hactenus ibi Iurisconsultus.

Alterum est argumẽtum, quod cum nati filii moriuntur ante donatorem, cessare omnis ratio videatur, ob quã alias donatio reuocatur, illa nempe, quod nequaquã sit verisimile donaturum fuisse, si de liberis cogitasset. Etenim si cogitasset liberos statim ante se morituros, à donando verisimiliter non abstinuisset.

Negantis autem sententiæ illud est primum argumentum, quod illa donatio vt valeat, videtur habere quandam tacitam conditionem, si liberos donans non susceperit, vt paret, atqui hæc conditio, natis liberis confestim deficit, licet filii postea moriantur, l. filiusfamilias, §. cũ quis, de leg. 1. l. hæredibus, ff. ad Treb.

Alterum est argumentum, quod res semel extincta, amplius non reuiuiscat, l. qui res, §. aream, ff. de solutio. sed natis liberis extincta est donatio, quia dicit tex. *Si postea susceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in ipsius donatoris arbitrio, ac ditione mansurum.*

Cæterum, ut hanc posteriorem sententiam amplectar inclinat animus. Nam si natis liberis donatio effectum non habet, & res donatæ ad ipsum donantem reuertuntur, iã sunt ipsius donationis propriæ effectæ; ergo requiritur noua donatio, ut ad donatarium rursus deueniant, neque enim in suspenso esse potest rei donatæ dominiũ, atque adeo ipsa donatio, pendereq; a uita, vel morte liberorum suscepturum potest.

Lex dicit bona reuerti ad ipsum donatorem liberis susceptis, iis ergo mortuis liberis, liberam rursus donandi potestatem habet, nobis vero nõ est liberum, subtili quadam interpretatione, donationes nouas inducere.

Argumenta non obstant, quia illud facit æquitas prętoria contra iuris rationem, vt testamentum sustineatur, l. 2. & 3. C. de posthumis hæredib. instit. quæ quidem prætoris æquitas hic non militat, neque enim illam nobis suppeditãt aliquæ leges, aut rei similitudo, affinitasq.

Alterum autem argumentum valet ad persuadendũ, ut mortuis liberis iterum donaturum credamus parentem, non ut ei liberam suarum rerum potestatem auferamus: is scilicet iam dominus effectus pœnitere potest, & vel aliis bona donare, vel in pauperes erogare, vel ab intestato venientibus relinquere.

CAPVT XCI.

Ad materiam & interpretationem l. ult. C. de nouation. vtrum in casibus, in quibus olim fiebat ipso iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat.

ETsi diserte Iustinianus statuit, nouationem non fieri, nisi exprimatur, & id agatur, ut fiat nouatio, l. ult. C. de nouatio. tamen glo. in expositione illius legis, & in l. 2. ff. eo. tit. & alibi ope exceptionis induci existimauit, ita uidelicet, ut non amplius ipso iure ex mutatione personæ, & ex aliis causis, sicut olim, inducatur, atque idipsum Imperator constituerit in d. l. vlt. Veruntamen exceptionis ope fiat & inducatur.

Accursium secuti sunt multi, quos commemorant Gabriel. commu. concl. tit. de nouationib. concl. 1. nu. 53. Mascardus de probationib. uol. 2. cõcl. 1111. nu. 6. & D. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. nu. 46.

Fundamentum uero est in l. penult. ff. de prætoriis stipul. Vlp. *Si Præses, qui ante intra triennium caueri iusserat, postea in longum tempus caueri præceperit, quia à prima stipulatione prorsus discedi voluerit, exceptionem primæ stipulationis obligatis peperisse videtur.*

Verum illis nil motantibus, contraria sentẽtia uerior est, quam amplexi fuere alii quàplurimi à Gabrielio, Maschardo & D. Menochio citati, locis proxime allatis, quibus addo Andræam Geyll. lib. 2. Obseru. 30.

Probatur euidenter ex verbis ipsius legis ultimæ, C. de nouatio. Sic enim ait Iustinianus: *Nouationem nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendã, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionẽ minorem.* (Cuiacius legit iuniorem lib. 19. Obseruat. c. 36.) *acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint,* &c.

Quis iam dicere audeat ope exceptionis nouationem induci? Si recipiatur illa expositio, quis affirmare audeat, nocentia nouationum volumina esse correcta, & difficultates sublatas? Effectu enim nouatio, vt olim, inducetur, aduersus edictum Iustiniani, quia nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. nihil interest, de reg. iur.

Illud autem argumentum ex l. pen. ff. de prætoriis stipulat. infirmius est, quàm vt confutatione indigeat. Nã ex iure veteri desumitur, quod iam sublatum est. Et secunda stipulatio non poterat in ea specie consistere simul cum prima, cum maiorem dilationem concederet, quàm prima, vt declarat ibid. Castrens. nu. 2.

CAPVT XCII.

Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur.

COntrouertitur etiam inter doctores: vtrũ ex probabilibus argumentis & coniecturis nouatio inducatur, licet partes contrahentes non expresserint, vt videre est ex Gabr. commun. concl. tit. de nouat. concl. 1. num. 57. & 58. Mascardo de probationib. vol. 2. concl. 1111. nu. 19. & D. Menoch. de præsumpt. lib. 3. c. 134 nu. 34.

Et negantium fundamẽtum est in illis verbis d. l. vlt. C. de nouatio. *Nihil penitus prioris cautela innouari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint,* &c. Et paulo post. *Etsi non verbis exprimatur, vt sine nouatione causa procedat.*

Quibus tamen nil motantibus, contrariam sententiã communiorem & veriorem esse iudico, eam secuti sunt quamplurimi à Gabrielio, Maschardo & Menochio citati locis annotatis, & præterea Andr. Geyll, qui testatur in camera Imperiali ita seruari, lib. 2. obseru. 30. & Rota Romana nouissime decis. 562. in prima nouissimarum decisionum.

Fundamentum est solidum, quia licet hoc velit Iustinianus in d. l. vlt. vt nouatio non inducatur, nisi expressè dixerint contrahentes se nouare, tamen subdit textus: *Et generaliter definimus, voluntate solùm esse, & non lege nouandam,* voluntas autem ex certis & probabilibus coniecturis elicitur, vt si dicam, loco decem aureorũ, quos mihi debes, promittis viginti? Certè posterius hoc pactũ priori derogat, aliàs repugnantia induceretur, quis ergo dixerit nouationem hac in specie non induci, licet aliud non fuerit expressum? Si centum mihi debeat ex causa depositi, & conueniat, vt ex causa mutui promittat, quis non dixerit esse nouationem? Fierine potest vt simul debeas ex deposito & mutuo? Planè si tales species proponantur, in quibus planè voluntatis coniectura nouatio inducatur, non dubitauerim affirmare eam induci.

His responsum patet ad priora verba l. vlt. Quid enim refert verbis ipsa voluntas declaretur, an verò re ipsa & factis? l. de quib. ff. de legib. l. Paul. ff. rem ratam haberi.

CAPVT XCIII.

Vtrum principalis stipulatio nouetur ex subsequente stipulatione pœnali.

PErtinet ad interpretationem eiusdem l. vlt. C. de nouatio. illa controuersia; an in casibus, in quibus olim ex pœnali stipulatione nouatio fiebat, vt in l. obligationum, 43. in fine, ff. de actio. & oblig. in l. ita stipulatus, 15. ff. de verb. oblig. & alibi, etiam hodie fiat.

Et

Et asserunt multi, multi negant. Vide Gabriel. commu. concl. tit. de nouationibus concl. 1. nu. 67.

Asserentes, ita legem Iustiniani interpretantur, vt accipienda sit de stipulatione rei principalis, nulla enim fit mentio pœnalis stipulationis, itaque sententia legis erit, principalem ipsam obligationẽ, nisi expreſsè id agatur, nequaquam nouari.

Sed repugnant, nisi fallor, verba illa generalia l. vlt. C. de nouatio. *Vel aliquid feceris, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes*, &c. Ex pœnali autem stipulatione in certis casibus nouationes introducebant veteris iuris conditores, vt patet ex legibus citatis, igitur & illas leges Imperator correxit, atque omninò statuit, vt non inducatur nouatio, nisi expreſsè id agatur.

Quare negantium sententiæ me lubens socium adscripserim.

CAPVT XCIV.

Vtrum is, qui cessit creditori suo actiones aduersus debitorem, possit ipsum debitorem cessum liberare, si debitor ipse cessionem factam non ignoret, non tamen aliquod ex tribus interuenerit, de quib. in l. 3. C. de nouat.

IMperator Gordianus in l. 3. C. de nouatio. ita scribit. *Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamuis creditori tuo aduersus eum, solutionis causa mandaueris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitā quantitatem non vetaris*, &c.

Animaduerti controuersiam inter Consilium Neapolitanum apud Afflictum decis. 335. & Senatum Pedemontanum apud Osascum decis. 4. Afflictus enim refert decisionem, qua conclusum & definitum est, cedentem actiones cōtra debitorem suum, posse cum ipso debitore transigere, & eum etiā alij cedere, licet ipse debitor cessus non ignoret cessionem factam, si vnum ex tribus non interuenerit, de quibus in lege supra recitata.

Et fundamentum est in illis verbis legis. *Tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris.*

Sed contrarium decidit Senatus Pedemontanus, cuius fundamentum est in l. vlt. ff. de transact. *Venditor hæreditatis* (inquit Papinianus) *emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario, qui ignorabat venditam esse hæreditatem, transegit; Si emptor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negocij debitori propter ignorantiam suam accommodanda est*, &c.

Hic ignorantia facit, vt exceptio detur, ergo scientia contrarium efficiet.

Et sanè hæc sentētia longè æquior & probabilior est. Iuuatur enim regula illa iuris notissima, eum, qui certus est, vlterius certiorari non oportet, c. eum qui certus, de reg. iur. lib. 6. l. 1. ff. de act. empt. Si ergo debitor cessus nō ignoret cessionem factam, in mala fide versatur, si vel concedente transigat, vel ei soluat, aut alii cessionario.

Certum est, si fuisset ei denunciata cessio, non potuisse transigere, nec soluere, vt in text. Est igitur perinde iudicandum, cum ipse iam sciat cessionem factam, quia certus non est certiorandus.

CAPVT XCV.

Vtrum iuramentum constituat debitorem in mora absque interpellatione.

IVramentum in mora constituere debitorem absque interpellatione, authores sunt Imola, Io. Andr. Abbas, & Butr. in c. breui, de iureiur. Specul. tit. de aduocatis, §. 1. vers. sed nūquid is, qui iurauit, & alii à Gabrie-A lio citati commun. conclus. tit. de iureiur. concl. 2. Adde Seraphinum Senensem de priuil. iuramenti, priuil. 37.

Fundamentum est in ipso iuramenti vinculo, quod sane ita iurantem obligare videtur, vt illud seruet, & creditori suo omnino satisfaciat, cum primum nouerit illum indigere sua pecunia.

Contrariū docuerunt Alex. in l. quod te, col. 4. ff. si cer. pet. & ibid. Bolog. nu. 61. Aret. in l. si seruus communis, in fine, ff. de vulg. Soc. sen. in l. 2. §. vlt. nu. 21. ff. sol. matr. Bauerius in tract. de mora, in 2. parte, versic. duodecimo fallit, num. 21.

Fundamentum est: quia nullo iure ciuili vel canonico id cautum reperitur, & iuramētum solet alioqui eam interpretationem suscipere, quā principalis actus, super quo interponitur. l. vlt. C. de non numerata pec. Quamobrem, cum legibus ita sit cōstitutum, vt mora committatur, si debitor fuerit ad soluēdum interpellatus, l. mora, ff. de vsuris, sequitur idem esse statuendū, licet obligatio-B ni iuramentum accesserit.

Et hanc sententiam sequor. Ad argumentum respondeo, eum, qui iurauit, peccare, si nō seruet iuramentum, arctiorique vinculo teneri, quam si simpliciter promisisset; sed non infertur eum ita teneri, vt contra iuris regulas morā incurrere dicatur, licet interpellatus nō fuerit.

CAPVT XCVI.

Si ex lege municipali instrumenta contra debitores executionem habeant, quid aduersus eum debitorem statuendum sit, qui factum promisit, nec illud præstat, vtrum pro eo, quod creditoris interest, executioni sit locus.

EXecutionem esse concedendam respondit Ludouicus Romanus ad l. certi cōdict. ff. si cert. pet. refert & sequitur Alciatus, ibid. nu. 11.

Fundamentum est: quia sicut executio datur pro eo, C quod in instrumento expressum est, ita etiam concedenda videtur pro eo, quod interest, quia iuris interpretatione videtur esse cōprehensum in instrumento, cum enim factum non præstatur, oritur obligatio ad id, quod actoris interest.

Sed contraria sententia communior est & verior, quā amplexi fuere Antonius Buttrius, & Imolens. in c. trāslato, de constit. & Decius, in d. l. certi condictio, nu. 9. Ratio est: quia obligatio ad id, quod interest, in instrumento non continetur, lex vero municipalis executionem concedit iis, quæ in instrumento continentur.

Nec obstat id, quod dicitur ex iuris interpretatione oriri ad id, quod interest, obligationem, quia concedi potest, sed non inde sequitur, ipsam obligationem ad id, quod interest, iuris interpretatione videri comprehensam in instrumento.

Igitur quod in instrumēto comprehensum est, executionem habebit ex lege municipali. Quod vero extra in-D strumentum est, oriens ex legum ipsarum præceptionib. secundum legum tenorem & formam adimplebitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum emphyteuta donare possit ius suum emphyteuticum consensu domini non requisito.

EMphyteutam consensu domini non requisito donare posse ius emphyteuticum quod habet, authores sunt multi ex antiquis doctorib. quos Iason citat, in l. 3. nu. 54. C. de iure emphyteut. Clarus, in §. emphyteuteusis, quæst. 15. Aurelius Corbulus, de iure emphyteutico, c. 14. limitatione 13.

Fundamentum est: quia cur domini consensus requiratur emphyteuta alienare volente, illa est ratio, quod dominus ipse ius emphyteutę potest emere eo pretio, quod ab alio offertur; hæc ratio cessat emphyteuta donare volente ius emphyteuticum, vt patet.

A Contrarium respõderunt Bartolus,& alij multi, quos Iason, Clarus,& Corbulus commemorant, quibus & ipse assẽtior, authoritate textus, in l. 3. C. de iure emphyt. in illis verbis: *Minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas alijs vendere, vel ius emphyteuticum transferre.*

Illud verbum, (*transferre,*) includit ẽt donationẽ, quia per eam ius emphyteuticum transfertur in donatarium.

Et licet in venditione ita sit constitutum, vt attestatio domino transmittatur, & prædicatur ei, quantum pretiũ ab alio offeratur, et si quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam ipse re vera emphyteuta ab alio recipere potest, ipse dominus emere possit, alioquin duorum mensium spatio elapso, si noluerit emere, licet emphyteutæ vendere, vt late habetur in d. l. 3. Tamen nõ hinc inferri potest, consensum domini requirẽdum non esse, si emphyteuta velit ius emphyteuticum donando transferre. Si enim vendatur ius emphyteuticum, lex concedit domino emere volenti prælationem, si vero aliter in alium transferatur, cõsensus domini requiritur ob alias causas, vt scilicet intelligat, quis B nouus sit emphyteuta, & antequam ei possessionem concedat, & eum inuestiat, de re emphyteutica prouidere possit, vt nõ solum laudemium, seu quinquagesima præstetur, sed etiam annuus ipse canon emphyteuticus. Si hæc non fuerint seruata, nulla est lex, nulla ratio, quę dominum compellat ad nouum emphyteutam suscipiendum ac inuestiẽdum. Sic enim ait textus in d. l. 3. *Necessitatem habere dominos, si alius melioratio secundum præfatum modum vendita sit, accipere emphyteutam*, ergo si nõ secundum pręfatum modum emphyteuta ius suum in alium transferat, dominus nõ tenetur suscipere nouum emphyteutam, modus vero est, vt domini consensus requiratur, vt in principio legis habetur.

CAPVT XCVIII.

Vtrum bona emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione.

BOna emphyteutica in generali bonorum obligatione nequaquam comprehendi, authores sunt Alexander in cons. 41. Augustinus Berous, in cons. 127. nu. 12. lib. 1. & alij à Gabrielio citati commun. concl. tit. de verbor. sig. concl. 12. num. 20.

Quorum fundamentum præcipuum animaduerti positũ esse in c. 1. §. in generali, tit. si de fendo defuncti fuerit contẽtio inter dominum & agnatos. Sed cum textus ille non loquatur de obligatione, uerum de alienatione, sic enim ait: *In generali alienatione vasalli, non continetur feudum, nisi nominatim dictum sit*, non video, illud satis firmitatis habere.

Quare in contrariam sententiam facilius descendo, quam secuti sunt Bart. in l. si cõstante, nu. 73. ff. sol. matr. Ripa, in l. 1. nu. 10. ff. de pign. Neguzan. de pignorib. in 2. membro, 2. partis, n. 28. alios citat Gabrielius loco supra annotato, nu. 17. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 25. nu. 6.

Et fundamentum est solidius: quia ius emphiteuticũ obligari potest, nemo id negat, nulla lex prohibet, neque enim obligatione in alium transfertur, sed remanet penes ipsum emphyteutam, imo lex permittit, argum. l. tutor, §. vlt. ff. de pig. act. l. lex vectigali, ff. eodem, ergo in obligatione generali continetur, quia illa cõprehendit omnia, ijs exceptis, quę quis verisimiliter non esset in specie obligaturus, l. obligatione generali, ff. de pignorib. vt puta supellex, vestis, item alia, de quibus ibi.

CAPVT XCIX.

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus expressam & anteriorem hypothecam habentibus.

VVlgaris controuersia est ab omnibus tractata interpretibus, qui commentaria scripserunt in l. 1. ff. solu. matr. Neguzan. de pignor. 4. membro, 2. partis, nu. 100. Andr. Geyll lib. 2. Obseru. 25. num. 10. & Mynsinger cent. 4. obseru. 13. & alij multi, quos consulto prætereo.

Omnis verò difficultas posita est in §. assiduis, C. qui potiores in pignoribus habeantur. Nam qui negant mulierem præferri creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus, illis nituntur verbis d. l. assiduis: *Sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus tam pro dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti* B *creditores*, &c. Videt enim Iustinianus loqui de muliere ex stipulatu agente, & tacitam hypothecã habẽre legalẽ, scilicet ab ipso introductã. Talis hypotheca mulieris tacita pfert anteriori hypothecę tacitę, similiter & legali.

Nec à ratione id alienum est. Licet enim prior tempore, iure potior esse debeat, secundum iuris regulas, tamẽ lex hypothecam introducens, tàm pro muliere, quàm pro alijs quibusdam creditoribus, ita eam moderari potuit, vt priuilegium prælationis doti concederet; eas ob causas, quæ explicantur in tex.

Cæterùm, non æquè iustum fuerit, expressam ex stipulatione creditoribus quæsitam hypothecam, nõ ipsius legis auxilio & tempore priorẽ, dotis hypothecæ posteriori postponere. Cætera, quæ afferuntur argu. leuiora sunt.

Veruntamen, si contextum ipsius legis inspiciamus, si verba perpendamus clara, generalia, aperta, si rationem legis spectemus, facilè in contrariam sententiam descendemus. *Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus* C (ait Imperator) *per quas suas dotes deperditas esse lugebãt, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei vxoriæ actionis, (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogatiuam præstantes, vt contra omnes pene personales actiones habeat priuilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cùm in personalibus statuerunt actionibus, si hypothecam respiciebant, illicò iustitiæ rigorem relaxabant; & senioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respiciẽtes, nec quòd & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fruatur: Cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta sit. Oportebat enim dispon. maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, nõ de dote mulieris q̃ ad suos victus, suasq; alimonias mulier possidet, vel à semetipsa datã vel pro ea ab alio.*

His verbis clarè detegitur Iustiniani sententia præferre volentis mulierem omnibus creditoribus hypothecã D anteriorem habentibus, licet secus olim esset constitutum. De hypothecis generaliter mentionem facit, non de tacitis duntaxat.

Rationem affert ex mulieris fragilitate petitam, & ex æquitate, vt scilicet dotẽ habeat, ex qua se alere possit. Hæc ratio locũ habet tàm in hypothecis tacitis, q̃ ẽt expressis.

Pergit Imperator. *Ad hæc omnia respicientes, & reminiscentes, quod & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subuenientes & hæc omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus tam pro dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati.*

His verbis non loquitur Imperator de tacita mulieris hypotheca, eam scilicet tacitis creditorũ hypothecis præferendo, sed de actione ex stipulatu, quam statuit præferendam oĩbus mariti creditoribus, illa enim verba (*Cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam*) apposi-

ta

ta sunt ad commemorandum illud beneficium hypo- A rhecę tacitæ, non vero ad ipsum prælationis beneficium ita restringendum, vt locum habeat in actione duntaxat ex stipulatu, quæ tacitam habent hypothecam, quasi secus, si expressam habeat, quia tunc ex stipulatu actio cũ expressa hypotheca, non esset præferenda creditoribus, quod est absurdum, & alienum prorsus à Iustiniani sñia.

Sequitur in textu. *Cum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali priuilegio utebatur res uxoria; quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium*, &c. Rationem subdit: *Quis enim earum non misereatur?* &c.

Concludit tandem: *Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non perduxit, nos pleno legis articulo consummauimus; & siue liberos habeat mulier, siue ab initio non habeat, siue progenitos amisit, hoc est beneficium indulgemus*,

Iam patet hypothecis mulieris hoc esse concessum beneficium, vt præferãtur alijs anterioribus. Non loquitur B Imperator de tacitis hypothecis tantum ipsius mulieris, sed de hypothecis generaliter; Quod si de tacitis id statuit, cur non etiam de expressis idem sit iudicium? Hic brocardicæ regulę decantantur. Non ex identitate rationis (ita enim loquimur) licet argumentari, cum exinde leges corriguntur,

Sed quæ sunt leges, quę hic corrigantur? Non corrigit antiquas leges, sed supplet Iustinianus. *Quod antiquitas*, inquit, *dare incepit, ad effectum autem non perduxit, nos pleno legis articulo consummauimus*.

Præterea dum loquitur de hypothecis creditorum, generaliter loquitur, & sic tam de tacitis, quam expressis.

Oportet igitur ita legẽ interpretari, vt velit mulierẽ tacitam hypothecam habentem, pręferendam esse creditorib. habentibus tacitam anteriorem, vel ẽt expressam, sed mulierem habentem expressam non præferri habentibus tacitam anteriorem, quod si nõ bona est interpretatio, vt patet, nec vera etiam illorum sentẽtia esse potest, C qui tacitam hypothecam ab expressa distinguentes, nouam potius, & contrariam legem condere nituntur,

CAPVT C.

Virum creditoribus, quibus bona sunt obligata, liceat offerre dotem in pecunia vxori, hypotheca nomine res possidenti, in casu, quo matrimonium dissolutum non est, sed vir vergit ad inopiam.

NObilis est controuersia, si res sibi pro dote obligatas mulier possidere velit, & detinere, marito iã ad inopiã vergẽte, creditores aũt posteriores offerant ei dotẽ, an teneatur pecunia accepta, bona ipsis creditoribus relinquere? Est inquam controuersia celebris, & pertractata à nostris doctoribus, & præsertim apud Osascum decis. Pedem. 135. Andr. Geyll. lib. 2. obser. 92.

Omnis aũt difficultas est in eo posita, quod secundum D iuris regulas creditor posterior auocare potest à priore pignus, si ei pecuniam debitam offerre paratus sit, l. potior, §. vlt. ff. qui potiores in pign. hab. l. 1. C. si antiquior cred. pignus vendiderit. Et quod magis vrget, ius offerẽdi competit creditoribus, ẽt si de dote sol. matr. repetenda agatur, velitque ipsa vxor bona retinere sibi pro dote obligata, vt habetur in l. cũ tibi, C. qui pot. in pign. hab.

His aũt repugnare videtur textus in l. vbi adhuc, C. de iure dotium, cuius hæc sunt verba: *Vbi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, & mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, & ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere: non tantum mariti res ei tenenti, & super his ad iudicium vocata, exceptionis præsidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem præstamus, sed etiam si ipsa contra detentatores*, &c. *non obesse ei matrimonium adhuc constitutũ sancimus, sed ita eam posse res easdem vendicare*, &c. *ut po-* A *tuisset*, &c. *Ita tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, uiuente marito, & matrimonio inter eos constituto: Sed fructibus earum ad sustentationem tã sui, quam mariti, filiorumque, si quos habet abutatur, creditoribus scilicet mariti contra eum, eiusque res, si quas postea forte acquisierit, integra sua iura habentibus.*

Hunc textum ita perpendunt multi Doctores, ut ex eo colligant interesse plurimum mulieris, ut bona viri retineat, quibus se, & filios sustentare possit, ac etiam virũ, quare illa non tenetur creditoribus relinquere, offerentibus dotem in quantitate, Neque uero marito ad inopiã vergente propriè locus est actioni de dote, sed in tuto potius collocatur, & ideo ius offerendi dotem creditoribus non competere, crebrior videtur esse sententia, præsertim, cum agatur de fauore dotis cuius causa semper, & ubique præcipua est, l. 1. ff. sol. matr.

Ego vero contrariam sñiam sequentib. me lubens socium adscripserim, quoniam magis mouet generalis re- B gula, q̃ posteriori creditori cõcedit pignoris auocationẽ.

Item, quod & in dote idem sit receptum, vbi sol. matrimonio dos repetitur. Et tamen idem propè fauor mulieris, & filiorum eo etiam in casu considerari potest, qui perpenditur in præsenti,

Sed ꝙ caput est ipsa æquitatis iustitiæque ratio me magis mouet. Nam cur liceat mulieri pro dote, exempli gratia, mille aureorum oĩa bona mariti detinere, æstimationis fortè maioris? Hic agitur de præiudicio creditorum, qui iure suo fraudantur. Vxor retinet plus debito, omnia .s. bona occupat prætextu suæ dotis, quod sane iniquũ vr̃.

Neque vero ab hac sñia me deterret, ꝙ constitutum est in d. l. vbi adhuc, C. de iure dotium. Etenim, non ibi negat Imperator ius offerendi creditoribus competere. Nullam eius rei facit prorsus mentionem. At dicit, licere mulieri bona retinere ad sui usum, & sustentationem: quidni? Nonne fieri põt, & sæpè accidit, cum ad inopiam quis vergit, & facultatib. incipit labi, vt non possideat bo- C na tanta, quæ sufficiant, & mulieri, & creditorib. sed vix vni mulieri. In ea specie nullus creditorum offerret. Et hanc speciem, vt ipse opinor, proponere Iustin. voluit.

Sed fac etiam omnem aliam speciem commemorare, in quo bona sint omnibus suffectura, Negatne locum esse iuri offerendi? Certè huius rei non meminit, ac proinde alijs legibus, ac regulis id definiendum est, quæ offerendi iuri eum faueant, mihi magis sequendæ uidentur, quam opiniones, & placita aliorum,

CAPVT CI.

Possitne uidua usuras dotis petere ab hæredibus uiri sui defuncti, moram committentibus in restituenda dote?

EXistimo viduã rectè usuras petere dotis ab hæredib. viri sui morã cõmittentib. in reddẽda dote.

D Primum, quia in bonæ fidei iudicijs vsuræ post moram veniunt, l. mora, §. in bonæ fidei, ff. de vsuris. Actio autem de dote est bonę fidei, l. vnica, §. sed & si, C. de rei vxor. actio.

Secundò, ex d. l. vnica, §. exactio, in illis verbis: *Sin autem persederit res mobiles*, &c. *restituere etiam usuras æstimationis omnium rerum*, &c. *maritus præstet.*

Eadem enim ratio est in hærede mariti soluto matrimonio morte eius, sicut cum per diuortium dissolutum est, de quo loquitur ibi Iustinianus.

Tertio, quia dos datur, vt deseruiat onerib. matrimonio, l. pro oneribus, C. de iure dotium, quare obligationi dotis tacita hæc conditio inesse videtur, ut ex ea tantum percipiatur emolumenti, quo matrimonij onera sustineri possint. Sicut ergo viro debentur vsuræ, si dos ei non soluatur, c. salubriter, de vsuris, ita & mulieri sol. matr. debentur, quod est argumentum grauissimi Doctoris Nauarri in comment. ad c. si fœnerauerit, 14. q. 13. num. 67.

Quar-

Quarto, quia sic constitutum est multis in locis statutis municipalibus, & consuetudine id receptum videtur, vt vsuræ dotis etiam viduis præstentur, quibus mora fit in dote ipsa reddenda.

Quinto, id maximè puto recipiendum in locis in quibus, si quis paratam pecuniam habeat, facile inuenire potest censuum venditores, uel aliam honestam opportunitatem pecuniæ collocandæ. Videtur enim tunc vsura solui ob lucrum cessans, & damnum emergens, quod omni iure permissum esse inter omnes constat.

Atque ita docuerunt Cynus, post Dynum, quem citat in d l. vnica, exactio. Nauarrus, loco proximè citato, Panorm. cons. 39. lib. 2. Grammaticus, decis. 103. nu. 93. Iason, cons. 92. lib. 1. alios citat Lupus, ad l. curabit, comment. 1 §. 4. nu. 84. licet ipse contrariam sententiam amplectatur. In eandem sententiam inclinat Ant. Tessaurus, decis. Pedem. 42.

Contrarium docuerunt Bart. in l. atqui natura, §. non tm̃, ff. de negot. gestis, in l. in insulam, §. usuras, ff. sol. matrim. Ales. ad l. diuortio, num. 23. ff. eod. & cons. 27. li. 4. Afflictus, decis. 284. Cagnolus, ad l. curabit, nu. 15. C. de act. empt. Crauetta, cons. 89. nu. 3. & 189. num. 7. Couar. lib. 1. Variar. resol. c. 1. vers. *Sexto hinc infertur.* Lupus, loco proximè citato, D. Menoch. cons. 703. n. 15. li. 8.

Argumenta sunt ista. Primum, quia vsuræ sunt prohibitæ iure Canonico, etiam pro redimendis captiuis, c. super eo, de vsuris. Ergo ẽt prohibitæ vsũr in fauorẽ dotis.

Secundum, quia in vidua cessat ratio, c. salubriter, de vsuris, quia s. non sustinet onera matrimonij.

Tertium, quia in potestate uiduæ est dotem repetere, & exigere, ergo vsuræ non debentur, ut dicebat Papinianus, in l. 1. §. 1. ff. de vsuris, 161. *Cum in potestate sit actoris iudicatum exigere.* Et ratio est; quia si non exigat dotem, cum possit, videtur pecuniam hæredibus viri mutuare, & ex ea fructus percipere, quod vsuram continet palliatam, vt vulgo, loquimur.

Respondeo ad primum, fateor usuras prohibitas esse iure canonico, s. lucratiuas, quas debitor soluit ex mutui stipulatione interueniente, sicut olim iure ciuili permissum erat, l. lecta, ff. si cert. pet. Sed vsuræ compensatiuæ damni emergentis, & lucri cessantis, iure Canonico prohibitæ non sunt. Hæ sunt compensatiuæ, quia si uidua dotem suam habuisset, potuisset ex eius fructibus se alere: pecuniam collocando in emptionem census, vel rerum frugiferarum.

Ad secundum respondeo, eandẽ rõnem militare in uidua quæ in marito. Nã & illa debet ex dote sua se sustentare, quæ ob hãc in cam ab initio data fuit marito. Imo sicut maritus potest vsuras exigere dotis non solutæ, ita & hæredes eius ea pendere tenentur, si dotem solu. matr. non restituant, quia ut dicebat Nauarrus in proposito, correlatiuorum eadem est disciplina, ubi eadem ratio est in vtrunque, l. 1. C. de cupressis, lib. 11.

Ad tertium respondeo, rõnem illam Papiniani reprehensam a Paulo fuisse, vt patet ex uerbis sequentib. quibus aliam rõnem ille affert: sic enim ait text. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis fructus?*

Quibus verbis alia rõ a Paulo affertur, magis idonea. Hæc enim fuit ratio Papiniani, actor habet actionem iudicati, ergo non est necessaria actio ex stipulatu, quæ per cautionem oritur, de soluendis usuris futuri temporis, si condemnatus tardius sententiæ paruerit. Non est idonea ratio; quia et si unam actionem habeam, possum tamen & altera mihi cauere. Vtile enim est fideiussorib. datis ei cauere, qui alias actionem habet.

Sed etsi hæc ita sint, negari tamen non potest, quin is qui sortem exigere potest rectè ab usuris petendis excludatur, sicuti argumento dicebatur; quam ob rem alia opus est responsione. Ea uero hæc est. Cum quis sortem exigere potest, quia scilicet debitor eam offert, uel certè nulla difficultas est in ea exigenda, tunc usuras non de-

A beri, quia videtur creditor pecuniam mutuare debitori sub vsuris lucratiuis.

Sed quæstio nostra non versatur in his terminis, quia loquimur de hæredibus, qui sunt in mora soluendi, id est, restituendi dotem viduæ. Illa vellet accipere, interpellat, rogat. Dies quoq; debitorem monet vt restituat, sed non fit restitutio. Certè hic nulla est voluntas viduæ fœnus exercendi. Nulla hic vsuræ species, nulla imago.

At dices, cur non vrget dotis exactionem in iudicio. Respondeo, hanc esse viduæ benignitatem, debitorem esse in culpa maiori qui non soluit. Non debere eum, qui in mora restituendi est, imputare culpam creditori cur non petierit, l. pen. ff. de vi, & vi arma.

Si hæc ratio bona esset, nec maritus posset usuras dotis non solutæ consequi, quoniam & ei obijci posset, *debuisse eum dotem exigere.*

Imo nullus creditor ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, vsuras petere posset ex mora debitoris, quia
B semper ei obstaret hæc rõ. Debuisse eum petere debitã quantitatẽ, eamque exigere, quæ cum sint absurda, cõsequens est, & illius rationis rõnem nullam habendã esse.

CAPVT CII.

An possit vidua vsuras siue interesse donationis propter nuptias petere, si hæredes in mora sint restituendi res donatas propter nuptias?

NOn deberi vsuras donationis propter nuptias vxori, ter decisum fuisse in Concilio Neapolitano testatur Afflictus, decis. 291. Sed contrarium decisum fuisse suis temporibus Grammaticus testatur, decis. 103. nu. 96. cuius rei facit mentionem etiam Vrsillus, in addit. ad decis. Afflict. dicta decis. 291. Et hanc sententiam posteriorem Senatus Pedementanus, re maturè perpensa, secutus est, teste Ant. Tessauro, decis. 45.

C Fundamentum Afflicti est; quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l. assiduis, ad finem, C. qui potior. in pign. habeant. Consequẽter, mulier vsuras haberet ex lucro, & sic vsuras vsurarũ, quod iure prohibitũ est, l. improbũ, C. ex quib. cau. inf. irrog.

Sed hoc fundamentum non est solidum, quia non agitur hic de vsuris vsurarum percipiẽdis, sed *de vsuris percipiendis* ex sorte, hoc est, ex quantitate debita ex donatione propter nuptias: licet enim ea lucro cedat mulieris non est tamen vsura, sed sors debita.

Fundamentũ posterioris s\u0303niæ est in Auth. de non elig. secũdo nub. §. si antè, vbi Iustin. disertè permittit eiusmodi vsuras donationis pp nuptias, sic dicens: *Si autẽ omnis fortè consistat in pecunijs, aut alijs mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiã vsurarũ partem percipientem matrem cum cautione iam definita, non exigere à filijs aurum, &c.* Idẽ probatur in l. hac edictali, §. his illud, C. de sec. nupt.

Hæc posterior s\u0303nia magis placet. Nam si ius canoni-
D cũ opponatur, quo vsuræ sunt prohibitæ, responderi põt, vsuras hic non peti lucratiuas, sed cõpensatiuas, rõne fructuũ, vel emolumẽtorũ, quæ ex reb. donatis pp nuptias perciperentur, aut rõne dãni emergentis, vel lucri cessãtis: Satis. n. constat, nostris præsertim tempor. eos qui pecunias habẽt paratas, plerũq; occasiones habere annuos census emendi, aut bona immobilia cõparandi, quib. casibus iure can. ultra sortẽ permissum est aliquid accipere.

CAPVT CIII.

An vsuræ dotis, longo tempore non exactæ, præsumantur remissæ?

TRes sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima, remissas videri, ita Dion. Perus. inter cõs. Bal. cõs. 474. lib. 3. Alex. cons. 74. n. 8. li. 5. Cor. cõs. 206. li. 2. Alcia. de præsum. reg. 1. præsum. 32. n. 4. Tiraq. de retract. §. 1. gl. 4. ver. *Octauo istis* Meno. de præsum. li. 3. præs. 25.

Fun-

Fundamentum est in l. cum quidam, §. Diuus, ff. de vsuris. *Diuus Pius ita rescripsit: Patrum iustè praeteritas vsuras petis, quas omisisse te longi temporis interuallum indicat qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.*

Item in l. vir vsuras, ff. de donat. inter vir. & vxor. Papinianus: *Vir vsuras promissae dotis in stipulatum deduxerat easque non petierat: Cum per omne tempus matrimonij sumptibus suis vxorem & eius familiam vir exhiberet: dote praelegata, sed & donationibus verbis fideicommissi confirmatis, legato quidem dotis vsuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas.*

Altera est sententia, remissas non videri, ita Romanus cons. 517. nu. 14. Ias. in l. quae dotis, nu. 19. ff. sol. matr. Alexan. cons. 56. nu. 6. & 63. nu. 16. lib. 4. & 208. nu. 11. lib. 7. Corn. cons. vlt. lib. 2. & 164. lib. 3. & 53. nu. 3. lib. 4. Dec. cons. 571. nu. 4. Balbus, de praescrip. in 2. par. 3. par. princ. q. 10. nu. 4. Grammat. decis. 70.

Fundamentum est in l. libertis, 18. §. 1. ff. de alimen. & cibar. legatis, vbi alimenta praeteriti temporis peti possunt, licet longo tempore petita non sint.

Item, quia actio non tollitur minori spatio quàm triginta annorum, l. sicut, C. de praescript. triginta vel quadraginta annor.

Tertia est sententia Octauiani Osaschi, decis. 123. distinguentis, an maritus mortuus sit, vel adhuc viuat, &

A vsuras petat temporis praeteriti. Priore casu, cum maritus mortuus est, & nunquam viuens vsuras petiit, praesumpsisse, vt in d. l. vir vsuras, ff. de donat. inter virum & vxor. Posteriore autem non praesumitur remisisse, quia apparet eum non habuisse animum donandi, cum iam vsuras petat.

Mihi nulla ex ijs sententijs placet. Neque enim puto rectè definiri posse maritum usuras dotis remisisse, uel non remisse, ex longi temporis silentio, quia hoc ex facto pendet, & circunstantijs eius: & ideo id committendum uidetur iudicis prudentię & arbitrio.

Non obstat l. cum quidam, §. Diuus, quia in illa facti specie, ideo longum tempus indicat usuras remissas fuisse: quoniam creditor eas petendas nō putauit, ut eo gratior esset debitori.

Debitori igitur gratior eam ob causam fuerat: & eius gratiam promeritus est, aliaque forsan obtinuerat, quae non obtinuisset: merito Iurisconsultus ait, parum rectè

B usuras praeteritas eum petere.

Non obstat l. uir usuras, quia & in illa facti specie multa concurrebant. Alimenta praestita fuere toto tempore quo matrimonium durauit, dos prælegata fuit, donationes quoque fideicommissi uerbis confirmatae. Ex his pręsumitur, uir usuras dotis remisisse, quia si eas consequendi animum habuisset, non talia fecisset, quę facere non tenebatur.



ANDREAE FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS. CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER QVARTVS.



CAPVT PRIMVM.

De testamento inter liberos: si confectum fuerit nullis testibus præsentibus, an sit seruandum.



COmmunis est sententia Iurisconsultorum, ex testamento imperfecto inter liberos seruandam, ac custodiendam parentum uoluntatem, ēt nullis testibus adhibitis, conscriptā seu comprehensam aliqua schedula: sicuti præclarè docet Iulius Clar. post alios, §. testamentum, quæst. 14. And. Geyll, li. 2. obser. 112. nu. 8. in principio. Quorum fundamentum est in trib. legib. positum: nempe Constantini, C. fam. hercis. Theodosij in l. hac consultissima, §. ex imperfecto. C. de testamentis, & Iustiniani Nouella de testam. imperfectis: ex qua sumitur authentica, quod sine, C. de testamentis. Adde text. in l. filij, & in l. si cogitatione, C. famil. hercisc. & Alex. cons. 76. lib. 6. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 7.

Cæterum Iacobus Cuiacius consultatione omnium primam contrarium respondit, nec testamentum scilicet dici posse eam uoluntatem, cui testes desint. Nec Theodosij lege, Constantini, & Iustiniani, se ostendit scribit: quandoquidem Theodosius illud testamentum imperfectum vocat, quod subscriptum a testibus, & subsignatum non est; cui rei consentaneum est Iurisconsulti responsum in l. 6. ff. ad l. Corneliam, de falsis.

Quod vero attinet ad Constantinum, quanquam is in testamento inter liberos qualiacumque verba, vel indicia sufficere dixerit, non tamen eo sermone testes excludi debent, veluti cum dicimus, fideicommissum nutu relinqui posse, non tamen dicimus absque relinqui posse, l. & in epistola, C. de fideicommissis.

Denique Iustiniani lege non existimat Cuiacius omne vitium in testamento inter liberos negligendum esse: Nec igitur illud, quod summum est, si videlicet nulli adhibeantur testes, a quibus nominis testamenti substantia deducitur.

Ego viri doctissimi sententiam minimè probo: Moueor inprimis authoritate dictæ legis Cōstantini, in illis
A uerbis: *Etiamsi solemnitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta.* Quæ quidem verba omnē complectuntur
solemnitatem, & consequenter ēt testium adhibendorū.

Deinde moueor authoritate d. Nouellæ Iustiniani de testamentis imperfectis, perpendoque illa verba. *Volumus, ut si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret: deinde quoq. filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias, in quibus scripsit eos heredes*, &c. Et paulo post *tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa*, &c. *Et hæc propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi & scripserunt,*
B *& nolunt ualere sint firma*, &c.

Ex his verbis animaduerto istud Imperatorem velle, vt testamentum inter liberos conscriptum absque testibus, seruandum sit, si modo patri formam obseruauerit præscriptam, nisi aliquid vxori, vel extraneis legauerit; tunc enim testes adhibendi sunt.

Igitur hæc Nouella magnum argumentum nobis suppeditat; Immovero testimonium firmissimum pro communis sententiæ confirmatione, eo saltem in casu, quo inter liberos duntaxat paterfamilias testatur, etiam absque testibus seruandam eius uoluntatem.

Porrò quod attinet ad Theodosij legem: etsi imperfe
C ctum testamentum illud esse Theodosio, existimari pōt,
quod testiū subscriptione, & subsignatione caret, ex his argumentis, quæ Cuiacio afferuntur, attamen generaliter puto imperfectum censeri testamentum etiam ipsi Theodosio, quod alijs solemnitatibus est destitutum.

Huius rei coniecturam habeo ex dicta nouella Iustiniani de testamentis imperfectis, in illis uerbis: *Insuper, & Theodosius decreuit non in patribus solum hoc disponens, sed etiam in matribus & ascendentib. utriusque naturæ. Hāc apprehendentes licentiam homines, in tantam ingressi sunt obscuritatem, ut diuinantibus magis, quam interpretantibus hæc egerent.* Et paulo ante Imperator dixit Constantinū

legem

legem scripsisse, de qua dictum est, atque idem subdit decreuisse Theodosium: ergo Theodosio testamentum erit imperfectum eo modo, quo & Constantino, Constantinus autem etiam omni solemnitate destitutũ testamentum vires habere noluit: igitur & idem Theodosius voluisse videtur.

Quod si testes adhibendi essent, nec omni solemnitate destitutum esse diceretur testamentum, & tali obscuritati locus non fuisset, ex lege Constantini, Theodosij, & qualem Iustinianus describit, dicens. *Homines ex his legibus in tantam ingressos fuisse obscuritatem, vt diuinantibus potius, quam interpretantibus egerent.*

CAPVT II.

Ad interpretationem d. Nouellæ de testamentis imperfectis: Et d.l. hac consultissima §. ex imperfecto, C. de testamentis, an locum habeant in testamento nuncupatiuo; & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes instituit.

MArtinus gl. antiquus, existimauit Theodosij, & Iustiniani legem, de qua agitur, ad testamentũ in scriptis duntaxat celebratum pertinere: de eo enim duntaxat, non autem de nuncupato loquitur.

Secuti sunt eandem sententiam Fulgosius, & Salicetus.

Petrus Philippus Corneus ita distinguit, vt si quidem testator literas nouerit, tunc imperfectum testamentum inter liberos ab eo conditum ita demum obtineat, si formam Nouellæ obseruauerit: si vero literas ignorauerit, simpliciter ualere existimat: quia de eo, qui literas ignorat, non loquitur Iustiniani nouella.

Sed, ut ego existimo, illa distinctio longè planior, & legibus conuenientior esse videtur: vt si quidem de testamento scripto quæratur, respondendum sit non aliter seruandum, quam si nouellæ constitutionis forma fuerit obseruata. De testamento enim scripto, & nouella loquitur, & lex Theodosij.

Cæterum, si de nuncupatiuo testamento agatur, quod sine scriptis appellatur, ita statuendum sit, vt nec forma nouellæ constitutionis opus habeat, & quoquo modo confectum custodiri debeat: dummodo ex indicijs, coniecturis, & alijs quibuscumque modis constare possit de patris inter liberos voluntate, licet vltima hæc uoluntas omni legũ solemnitate destituta sit. Quæ sententia Constantini lege vltima, C. familiæ hærciscundæ, manifestè probatur, vt merito, & a Doctoribus nostris recepta sit, & ab vsu forensi. Vide Corneum in cõs. 218. lib. 3. & Iulium Clarum, §. testamentum, q. 11.

Sed non vulgaris est controuersia: an hæc obtineant, si liberi inæqualiter fuerint hæredes instituti: etenim tres sunt Doctorum sententiæ. Prima, affirmans. Secunda, negans. Tertia, distinguendum esse; nam si magna fuerit inæqualitas, nullo modo obtinere; sin autem modica, obtinere. Vide Castrensem, Alexandrum, & alios, ad l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testamentis. Nattam in cons. 622. Couaruuiam ad cap. Raynutius, §. 1. num. 3. de testamentis. Manticam de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 6. tit. 2. nu. 16. Andream Geyll, lib. 2. obseru. 112. nu. 23.

Affirmantis sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex d. §. ex imperfecto. Nam Theodosius dicit: Ex imperfecto testamento voluntatem inter liberos valere, nec distinguit vtrum æqualiter, vel inæqualiter fuerint hæredes instituti: Ergo, neque nobis distinguere licet, l. de precio, ff. de Publiciana.

Secundum argumentum esse ex eo, quod ratio legis locum habeat, siue æqualiter, siue inæqualiter hæredes instituantur liberi: ergo & lex in vtraque specie locum habere debet: Illa enim est legis ratio, quam commemorat Iustinianus in d. nouella, de testamentis imperfectis:

A videlicet in tantum erga parentes lex verecũda sit, vt in eis inter liberos voluntatem suam declarantibus, tot solemnia non requirat. Hæc ratio locum habet, siue æqualiter, siue inæqualiter filij hæredes instituantur.

Tertium est ex l. vlt. C. familię hercìscundæ, vbi dicitur: *Seruato Senatusconsulti auxilio*, defuncti voluntatem custodiendam esse inter liberos. Si locus esse debet auxilio Senatusconsulti, scilicet Trabelliani: ergò fieri potest vt alter filiorum onere fideicõmissi prægrauetur, vt proinde quartam ex Trebelliano deducere possit, ex quo maximam oriri inæqualitatem posse perspicuum est.

Quartum argumentum sumitur ex Nouella de testamentis imperfectis, quatenus ibi Iustinianus statuit, vt pater in testamẽto, quod inter suos suos filios facit, inter cætera: *Vncias in quibus scripsit eos hæredes, declaret*, &c. Nam si ęquis portionibus hæredes instituendi essent filij, vt testamentum imperfectum ualeret, non esset necesse vncias declarare, in quibus filiorum quilibet hæres

B institutus esset: deberent enim omnes æqualiter institui, non autem certæ quædam vnciæ pro arbitrio patrisfamilias filijs attribui.

Argumenta vero negantis sententiæ hęc sunt. Primum ex l. vlt. C. familiæ hercìscundæ, in illis verbis: *Pares esse uidentur*. Hæc enim verba nonnulli sic interpretantur, ut æqualem inter filios hęreditatis diuisionem significent.

Secundum argum. est, quia ratio legis cessare videtur, quando inæqualiter liberi sunt hæredes instituti: Illa enim est ratio, cur testamentum imperfectũ seruandum sit inter liberos, quia cũ filij ab intestato successuri sint, nulla est fraudis suspicio; ideoq; cautionibus, & solemnibus tot, ac tantis ad euitandas fraudes inuentis, opus non est. Hæc ratio cessat, si liceat parenti liberos inæqualiter instituere. Alter enim fraudem, & dolum excogitare potest, atque etiam adhibere, vt maiorem consequatur hæreditatis portionem.

C Fundamentum denique snīæ distinguentis illud est vnum; quod ubi maxima est inæqualitas, minimè æquũ esse videatur, patris voluntatem ex imperfecto testamento valere, ne lites, simultates, & discordiæ oriantur inter fratres, quæ ex inuidia propter inæqualitatem oriri solent. Cæterum si modica sit inæqualitas, æquũ sit, patris voluntatem, quæ nullum ferè malũ paritura est, seruari.

Ego sanè in priorem sententiã longè sum procliuior, eo potissimum argumento, quod si in hac specie seruanda erat à parentibus æqualitas inter liberos testantibus, æquum sanè erat legis auctorem id exprimere, cum maximi sit momenti: Deinde illud me maximè mouet, quod alioqui hæc inuestigatio: an parentis testamentum imperfectum inter liberos seruandum sit, nullam afferret vtilitatem. Nam si liberi æqualiter sunt instituendi, nihil referre videtur, vtrum seruandum sit necne testamentum: si enim seruandum sit, ęqualiter succedent defuncto parenti: si uero non sit seruandum, similiter ab inte-

D stato ęquis portionibus vocantur.

Ad primũ argum. contrarię sententię respondeo, illa verba: *Pares esse videntur*, non eum sensum habere, de quo in argumento dr̃, sed hoc significare: inter oẽs hęredes suos, hoc est, liberos, qui ex quolibet venientes gradu tñ pares esse videntur, &c. idest, pares in succedendo, veluti filius, & nepos ex filio pręmortuo: isti. n. pares sunt in succedendo, licet non sint in eodem gradu. Inter omnes igitur hos, qui pariter succedunt ab intestato, patris vltima voluntas custodienda erit, licet solemni testamento non contineatur. Hic est sensus legis Cõstantini.

Ad secundum respondeo, paternam inter liberos dispositionem, non tam esse fraudibus expositam, vt sunt alias cęterę vltimæ voluntates, & testamenta, suspicionem allatam in argumento leuem esse, & quæ minimè filiorum erga patrem charitati præferenda sit, aut tanti facienda, ut idcirco scrupulosa omnis testamentorum solemnitas à personis huiusmodi exigenda sit. Nec puto

ratio-

A rationem esse habendam eius argumenti, quo nititur distinguens sententia, cum parentibus licere sit perspicuũ plus uni filiorum, quam alteri relinquere, si modo legitimam cuique portionem relinquant, l. parentibus, C. de inoffic. testam.

CAPVT III.

Vtrum, quod dictum est hactenus de testamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum cum liberi sunt naturales tantum: & quid si rescripto Principis sint legitimati: & an locũ habeat in testamento ad pias causas.

ETiam inter filios duntaxat naturales ex imperfecto testamento paternam dispositionem vires obtinere, docuit Speculator titulo de instrumentorum editione, §. compendiosè. Quem secutus est Paulus Castrens. in comment. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testamentis. Et fundamentum est in l. naturalibus, C. de confirmando tutore, in illis verbis: *Naturalibus liberis prouidentes, damus licentiam patribus eorum in ijs rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, & tutorem eis relinquere*, &c. His enim verbis patet, patrem posse quocunque modo filiis naturalibus relinquere, & consequenter etiam ex testamento minus perfecto, & solemni.

B Sed contrariam sententiam longè, & communiorem & veriorem esse iudico, leges nimirum, quæ de testamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos, & naturales pertinere: non autem ad liberos naturales tantum. Quæ sententia fuit Angeli, & aliorum, ut per Decium in cons. 610. nu. 8. Et per Clarum, §. testamentum, q. 12. & eam aliis citatis secutum esse Senatum Pedemontanum testatur Ant. Tesaut. decis. 94.

C Fundamentum solidissimum est ex eo, quod leges de testamento inter liberos, seu inter filios loquentes, de his accipiendæ sint, qui verè, & propriè sunt filii. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo matrimonio ortus est l. filium, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Quod si quandoque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes, illud exprimi solet legibus ipsis, nec expressum esse in hac, qua de agitur, specie, animaduerto.

Quod vero attinet ad l. naturalibus, existimo verba illa, *Quocunque modo*, &c. quæ pro contraria sententia perpenduntur, non eum habere sensum, vt parẽti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta filiis naturalibus testamento relinquere, sed sensus est: *Quocunque modo*, id est, siue inter viuos, siue in ultima uoluntate parentes dederint, uel reliquerint, quemadmodum etiam ibi glossa rectè exponit.

D Cæterum, si filii naturales sint legitimi, rursus controuertitur, an idem statuendum sit circa testamentum imperfectum, quod inter liberos ex iusto matrimonio procreatos constitutum est, ut uidere licet ex Decio, in d. cons. 610. ex Iasone in comment. d. §. ex imperfecto, & ex Andr. Geyll, lib. 2. obser. 28.

Fundamentum negantis sententię positũ est in l. ult. C. de his qui ueniam ætatis impetrauerunt. *Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit*, ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodo ætatem intellectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur, non quæ ab Imperiali beneficio suppletur.*

Sic & in specie nostra, quæ dicuntur de testamento inter liberos, ad eos pertinere uidentur, qui uerè sunt liberi, & ex legitimo matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti sunt.

Sed contraria sententia uidetur mihi longè probabilior, eo argumento, quod liberi naturales, qui Imperiali Rescripto legitimi efficiũtur, ijsdem iuribus, & commodis frui debeant, quibus fruantur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati: sic enim disertè, & prolixè statuit Imperator in §. & quoniam variè, & in §. sit igitur licentia, in Auth. quib. modis naturales efficiantur sui. Cõsequẽs est igitur, vt & hoc commodo siue iure, frui debeant, de quo nostra est disputatio; neq; enim exceptum illis, ac subtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet textus in d. l. vlt. hęc enim dissimilia sunt, quia minorem annis vigintiquinque Princeps facere maiorem nequit, sed eum, qui legitimus non est, legitimum efficere potest: Vide Alexandrum, cons. 2. numero 58. libro primo.

Quod attinet ad tertium, quod titulus huius capitis pollicetur; In Testamento ad pias causas locum habere, quæ nostris legibus sancita sunt de testamento imperfecto inter liberos, respondit Alexander in consil. 3. libro 7. & post eum alios citans Iacobus Menochius, in consil. 224. libro 3. sed contrarium responderunt Aretinus in consil. 64. & Socinus iunior, in consil. 189. num. 76. libro 2.

Fundamentum prioris sententiæ illud est, quod non magis fauendum sit liberis, quam pijs, & religiosis locis, siue rem ipsam intueamur, quæ cum ad religionem spectet, & pietatem, maximo fauore digna est, siue ipsius testantis voluntatem, qui animæ sua salutem, & commodum cordi magis habere censetur, quam filiorum vtilitatem. Posterioris vero illud est argumentum: quod leges nostræ de testamentis imperfectis inter liberos loquantur, non autem de testamentis ad pias causas.

Ego sanè, benigniorem sententiam illam esse prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges conscripserunt, magis consentaneam. Coniectura illa motus, quod testamentum ad pias causas coram duobus uel tribus testibus conditum valere cõstat, ex cap. relatum, de testamentis: cur igitur non ualeat, etiam si reliquis solemnibus destitutum sit, cum certum sit testium numerum primas ubi inter cæteras solemnia, partes vendicare; si numerus testium minor quam legibus requiratur, testamentum ad pias causas uitiare non solet, ego sic statuebam, nec illud vitiari testamentum, quod cæteris iuris ciuilis solemnibus caruerit, adeoque sufficere, si ea adhibeantur, quæ in testamentis inter liberos imperfectis, leges requirunt. Sed hanc sententiam amplecti non possum, eo in casu quo schedula manu testatoris reperiatur, quæ coram testibus publicata non sit, etsi enim pugnantes sint Doctorum sententiæ, nec desint qui faueant piæ causæ, vt patet ex Couaruu. in capit. relatum, in primo, num. 12. de testam. tamen contrariam sententiam amplector, quam secuti sunt Clarus, alios citans, §. testamentum, quæst. 7. & post alios Iacobus Tomingius, Quæstionum, ac decisionum, cap. 4. Moueor; quia nec iure Canonico locus vllus extat, qui pias causas iuuet in proposita specie, & magnoperè aduersatur Iustinianus in nouella de testam. imperf. quatenus vult exceptis liberis, ita demum legata deberi, & fideicommissa, si coram testibus nuncupentur. Verba hæc sunt: *Si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus uoluerit relinquere, legata, aut fideicommissa, aut libertates. & hæc propria scripta manu, dictaque a testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita, ipsi & scripserunt, & uolunt ualere, sint firma.*

CA-

CAPVT IV.

Vtrum Testamentum inter liberos imperfectum seruari debeat; vbi non solùm solennia desunt, sed voluntas quoque imperfecta est. Et an liberi succedant ab intestato; an verò ex Testamento tali imperfecto.

NOn potest prima, quam proposui, controuersia definiri, nisi distinctione adhibita, quæ tres complectatur Propositiones siue Conclusiones.

Prima Propositio: Si Testamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis institutis, secundos hæredes conscribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepisse Testamentum facere, quàm fecisse: Itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. Ita Iabolenus in l. si quis, 25 ff de Testamentis; quam obrem id, quod Constantinus scribit in l. vlt. C. Familiæ herciscundæ: *Siue inceptum neque impletum sit Testamentum*, &c. custodiendam esse patris defuncti voluntatem inter liberos rectè exponitur accipiendum esse de eo Testamento, quod impletum non est quantum ad iuris solennia; si enim Testator morte præuentus illud perficere non potuisset, aliter ex sententia Iaboleni respondendum esset.

Secunda propositio: Si Testatoris voluntas imperfecta sit, quia conditiones, quas adscribere volebat, non adscripserit: veluti, Ille hæres esto, secundùm conditiones infrà scriptas, tunc si nulla sit adiecta conditio, valet nihilominus institutio, & pro pura habetur, l. si testamentum, C. de Institutionibus & Substitutionibus vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus respondit, vicos Reip. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quòd Testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præuentus non fecit, vt in l. cum pater, §. vlt. de legatis 2.

Sed huic decisioni obstare videtur, quod Marcellus respondit in l. quoties, 9. § Tantundem, ff. de Hæredibus instituendis: *Si enim* ait textus, *tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem destinans inserere non addidit; Nam & hunc pro non instituto putat:* Difficilis sanè Antinomia, quæ hactenus doctissima exercuit ingenia. Duarenus ad tit. de condit. institut c. 3. ad finem, existimat Marcelli sententiam Vlpiano non probari, eo argumento quod & in l. 2 ff de hæred. instit eandé improbare videatur. Et reuera non simpliciter eam Marcelli sententiam Vlpianus probat: Subdit enim in d. § tantundem: *Sed si conditionem addidit, dum nollet hæredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra volũtatem scriptum est, quam sententiam & ipse, & nos probamus.* Ex quibus verbis apparet eo tantùm in casu Marcelli sententiã probari, quo voluntas testatoris est, vt detracta conditione, hæres non sit, quo in casu nõ est accipienda Imperatoris lex, quare Antinomia facilè conciliatur. Et istud est, quod idem Vlpianus dixit in d l. 2. ff de hæredibus institu. *Si voluntas defuncti non refragatur*, &c.

Tertia propositio: Cum Testator scripsit manu sua Testamentum inter liberos, deinde iussit vt Notarius vocaretur, & simul etiam Testes, quibus præsentibus suam vltimam volũtatem declarare se velle dixit: antequam verò Testes & Notarius accederent, mortuus est, non valet ea dispositio. Ita respondit Oldradus in consil. 119. quem multi secuti sunt relati à Couarruuia in cap. relatum, 1. extra, de Testamentis.

Fundamentum huius sententiæ est primo, in l. Fideicommissa, versiculo quoties, ff. de legatis 3. *Quoties*, ait textus, *quis exemplum Testamenti præparat, & antequam testetur, non valet: antequam testetur*, id est, antequam Testibus adhibitis & vocatis suam declaret voluntatem. Secundò in l. ex ea scriptura, ff. de Testamẽtis: *Ex ea scriptura*, ait lex, *quæ ad Testamentum faciendum parabatur,*

A *si nullo iure Testamentum perfectum esset, nec ea, quæ fideicommissorum verba habent, peti possunt.* Tertiò, in l cõtractus, C. de Fide Instrumentorum, & in l 2 C. de sententijs ex periculo recitandis.

Cæterùm, contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam secutus est Alex ad l. hac cõsultissima, § ex imperfecto, C de Testamentis. Et post eum alij, quos refert & sequitur præceptor meus honorãdus, Ioannes Cephalus, in cons. 99. Moueor ex l. vlt C. Familiæ herciscundæ, vbi Constantinus patris voluntates inter liberos custodiri mandat: *Quocunque modo scripturæ, quibuscunque verbis vel indicijs inueniantur relictæ.* At in specie hac scriptura extat paternæ voluntatis, quam sola mors eius publicari prohibuit; voluntas manifesta & perspicua, claroque & perspicuo comprehensa documento, ideo est seruanda. Huc accedat Nouella Iustiniani de Testamentis imperfectis, ex qua talem scripturam robur accipere nulli non constat, si cæteris destituta non erit, quæ à Iusti-
B niano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & sequacium ad hanc speciem nostram non pertinent, in qua de Testamento inter liberos agimr, sed locũ habere possunt in alijs Testamentis ac dispositionibus, quę absque solennibus confici non possunt, nec tot ornantur priuilegijs, quot paternam dispositionem inter liberos prosequutæ sunt leges.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, etsi Castrensis, Alexander, Iason, & quidam alij interpretes, in l. hac consultissima, § ex imperfecto, C. de Testamentis, in proposita specie docuerint: Liberos ex Testamento licet imperfecto succedere, quasi Testamentũ valeat, licet solennibus iuris destitutum, quia lex ea solennia nõ requirat in Testamento inter liberos, tamen contraria sententia mihi magis probatur, quam secutus est Accursius, in d. §. ex imperfecto, Liberos nimirum ab intestato succedere. Huic enim sententiæ magnoperè mihi adstipulari videtur Constantinus in d l. vlt. C. familiæ herciscundæ, in il-
C lis verbis: *familiæ herciscundæ licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato senatusconsulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur* Atque illud maximè perpendo, Theodosium in d §. ex imperfecto, & Iustinianum in d. Nouella, de Testamentis imperfectis, vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas custodiatur; nunquam proferre vllum verbum, quo Testamentum valere significent.

Respondent contrariæ sententiæ autores, Constantinum accipiendum esse, cùm Testator nullos instituit hęredes in Testamento. Non rectè: quia vaticinãtur Item: quia si nullus esset hæres institutus, nec locus esset senatusconsulto Trebelliano, cuius ibi fit mentio.

Secundò respondent: Filios quidem succedere posse ab intestato, sed tamen nõ prohiberi etiam ex Testamento succedere, si velint. Non rectè: quia si Testamentum valeret, non diceret Constantinus eos ab intestato succe-
D dere: Quid enim opus esset intestati successione, aut quid pertineret ad Testamentum validum potestas ab intestato succedendi? Quandiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur, l. Quandiu, ff de acquir. poss.

Tertiò respondent saltem ex Nouella Iustiniani colligi posse Testamentum valere; de quo agitur. Non rectè: quia nullũ in ea Constitutione legitur verbum hac de re.

CAPVT V.

Vtrum Testantis voluntas ex Testamento imperfecto & non solenni, obseruanda sit ab hæredibus in foro conscientiæ & animæ, vt loquuntur.

COntrouersia hæc celebris est, & tractatur latè ab Interpretibus in l. 1. ff. de Condictione indebiti, & post eos diligenter à Couarruuia, in cap cùm esses, de testamentis, necnon à præceptore meo Decianο, in consilio 46. numero 93. libro 2. Francisco Man-

R tica,

A tica de coniecturis vlt. voluntatum, lib. 2. tit. 14. & à Iacobo Menoch. de præsumptionib lib. 1. q. 80. Ab istis Canonistæ, Theologi & cæteri omnes referuntur.

Ego eorum sententiam magis probo, qui hæredem teneri asseruerunt ad præstanda legata cæteraque exequēda & implenda, quæ Testamento minus solenni continentur, si hæres non ignoret, eam reuera fuisse testatoris voluntatem. Hanc sententiam vbi confirmauero, tum facilè contrariæ sententiæ argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Testatoris volūtatem, quæ in testamento minus solenni continetur, sine dubio etiā in foro, vt loquuntur, conscientiæ obligabitur: sed verum est prius, verum igitur & posterius. Maior propositio probatur ex communi omnium sentētia, in c. nouit, de iudicijs: omnes enim hanc conclusionem admittunt, ac veram esse fatentur; eum, qui naturaliter obligatur, etiam in foro conscientiæ obligari. Minor autem probatur: quia si hæres non esset naturaliter obligatus ad implendam testatoris voluntatem, ex minus solenni Testa B mento, liceret ei ob eā causam solutum repetere, l. quod indebitum, & l. naturaliter, & l. seq. ff. de condict. indeb. l. quod pupillus, ff. eod. tit. cum alijs simil. Sed repetere non ei licet, l. 2. C. de fideicommissis, l. non dubium, C. de Testamentis: ergò naturaliter obligatur. Quamobrē Iurisconsultus in l. in Testamento, ff. de fideicommissarij libertatibus, respondit, *Pios filios debuisse manumittere eam*, cui pater in Testamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommissa dedit.

Confirmatur hoc argumentum: Nam si v. g. Testamentum conditum sit coram duobus, vel trib. Testibus, non est quidem solenne, sed tamen iure naturali valet; quia in ore duorum vel trium stat omne verbum, c. relatum, c. cum esses, de Testamentis: igitur hoc in casu hæres erit obligatus. Eadem ratio est de alijs simil.

Respondet Couuar. in d. c. cum esses; ex minus solenni Testamento non oriri naturalem obligationem, sed quandam obligationem quæ insurgit ex honestate, & C debito morali, non autem ex legis vinculo. Sed obstat huic responsioni, quod cum talis obligatio impediat soluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obstat, quod Doctores à Couuarruuia citati ad probandum ex Testamento minus solenni obligationem naturalem non oriri, nullo satis firmo nituntur fundamento: Etenim nitūtur, l. si creditoris, C. de fideicommissis, cuius hęc sunt verba: *Si creditoris voluntas iure subnixa liberari de debito volentis doceri potest, & antequam solenniter tibi liberatio à successore prestetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti descendentem competere manifestum est.*

Argumentum sumunt à contrario sensu: ergò nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, si ea voluntas iure subnixa non est, id est, solennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, non tamen nobis constat, an in ea specie voluntas de D functi fuerit hæredi cognita, & perspecta, vt ex conscientia relicti fideicommissi satisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri potest, vt Testantis voluntas nullo modo obliget hæredem, cum videlicet non solum est minus solennis: verum etiam ignorata ab ipso hærede, ita vt aliqua ratione dubitare possit: an ea fuerit defuncti voluntas: Nam si exciperet debitor, sibi relictā esse liberationem à defuncto, in specie dictæ legis aduersus hæredem creditorem debitum petentem, hæres ipse replicaret; defuncti voluntatem iure subnixam non fuisse, nec debitori liceret replicare: Atqui licet iure subnixa non sit, ea conscientia tamen satisfacere teneris voluntati defuncti; non inquam ista liceret replicare apud Diocletianum, & Maximianum: quia certò non constat, nec vlla fit mentio in ea lege: vtrum loquantur etiam in hac hypothesi, in qua conscientia hæredem vrget.

Præterea, nituntur ijdem Autores autoritate, l. si veritas, C. de fideicommissis, leui sanè, vt mihi videtur, conlectura: *Si veritas*, inquit textus, *vel solemnitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatē relicta dedisti, vel Transactionis causa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est, ad solutionem vrgeri non potes.*

Leuis, inquam, immò nulla coniectura est; quia nullus est, qui dicat quempiam vrgeri posse ad soluendum quod relictum est in Testamento minus solenni: vrgeri, inquam, in foro, vt vocant, externo, iudicialiter proposita actione: Verum nostra disputatio est de foro interno conscientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum cōtrariæ sententiæ. Iustæ sunt leges, quæ solennia Testamentorum induxerunt, & iustam ob caussam constitutæ: ergò obligant & locum habent etiam in foro conscientiæ. Respondeo: Nego illationem illam, quæ postea deducitur in hac specie: ergo hæres non obligabitur in foro conscientiæ: Nam etsi leges iustæ sint: aliter tamen de illis iudicatur secundum forum externum, aliter secundum forum conscientiæ. Ecce non potest venditio rescindi ob quamcunque Vē B ditoris læsionem in precio l. si voluntate, C. de rescindenda venditione, hæc est lex iusta, & iustas ob caussas ordinata, & tamen in foro conscientiæ emptor, qui lęsit, obligatur ad supplendum iustum precium Venditori; Sicuti latè probat Couuarruuias, lib. 2. variarum Resolut. c. 4. Sotus de Iustitia & iure, lib 6 q. 3. art. 1. Arius Pinellus, ad l. 2. C. de rescindenda Venditione, in 2. parte, num. 35. Vis aliud exemplum? En tibi Actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de dolo, certo tempore circumscriptæ sunt, quo elapso exerceri non possunt, & tamen reus in conscientiæ foro liberatus non est, sed obstrictus, vt rectè declarat idem Couuar. ad Regulam, *Possessor* malę fidei, § 11. nu. 5. de Regulis Iuris, lib. 6.

Secundum argumentum Iudex iustè pronunciat Testamentum nullum, quod solemnibus caret, & iustè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem, l. si post diuisionem, C. de Iuris, & facti ignorantia, l. ex imperfecto, C. de testamentis, igitur talis sententia obtinet etiam in C foro conscientię, c. 3. de Maioritate, & Obedientia, cap. omnis anima, de censibus. Respondeo: Nego consequētiam: sępè enim aliquid secundum forum externum iustum reputatur, quod in foro conscientiæ locum non habet, c. vlt. 17. q. 4. ibi. *Iure fori, sed non iure poli.* Iudex iustè pronunciabit contractum Venditionis rescindendum non esse, nec iustum precium supplendum, nec post tempus constitutum à lege de dolo agi posse, & tamen is secundum quem pronunciabit, quo ad animę iudicium, & conscientiam tutus non erit, si sciens aduersarium deceperit, vti paulò antè diximus.

Tertium argumentum. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & potestas, sed hic voluntas quidem Testatoris adest, verum deest potestas: quia nemo Testamentum facere potest validum absque solennibus: Ergò hæres nullo modo obligatur ex tali Testamento. Respondeo: Hæredem quidem non obligari ciuiliter, vt proinde cogi possit actionibus proposi D tis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem; veruntamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac specie, aut verò impedire potest, propterea quòd solennia non adhibeantur in Testamento.

Quartum argumentum. Iure Canonico Testamentum non valet, si fiat coram vno teste tantum, vel duobus testibus: fieri enim debet præsentibus duobus testibus & parocho, capit. cum esses, de Testamentis. Aut ergò tunc in foro conscientiæ obligabit; aut non obligabit. Si non obligabit, sequitur Testamentum minus solenne in foro conscientię hæredem non obligare. Si verò obligabit, sequitur absurdum: nempe ius Canonicum inducere peccatum: quia scilicet Testamentum illud non approbat, quod obligat in foro conscientiæ hęredem, quod absurdum vt euitetur, dicendum esse videtur, Testamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro con-

scien-

scientiæ. Respondeo: Testamentum solennibus destitutum, de quibus in argumento, Iure Canonico nullum esse, sed tamen hæredem ex conscientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci, aut permitti Iure Canonico: quia ius Canonicum solennitates requirit quo ad forum externum; Neque hæredi vllam concedit potestatem Testamentum illud infringendi, quod ipse hæres nouit à defuncti voluntate processisse, quantum ad forum internum conscientiæ.

Quintum argumentum. Testamentum imperfectum pro nullo habetur, § ex eo, in Institutionibus. Quibus modis Testamenta infirmentur, igitur est perinde, ac si conditum non fuisset secundum regulam, leg. quoties, ff. qui satisdare cogantur. Ergò tale Testamentũ nullo modo obligat in foro conscientiæ. Respondeo: Paria hæc esse: Testamentum non extare; vel minus solenne extare, quo ad ciuilem obligationem: secus quo ad naturalem. Quod probatur, quia si non extaret, solutum ab hærede ob eam caussam repeti posset, l. eleganter, ff de Cõdictione indebiti. Si verò extet, licet imperfectum sit, solutum tamen ab hærede eam ob caussam repeti non potest, l. 2. C de fideicommissis.

Sextum argumentum. Si Testamentum imperfectum in foro animæ implendum esset ab hærede, sequeretur, eas leges peccatum cõtinere, aut certè absque peccato seruari non posse, quæ tale Testamentum pro infecto habent; sed consequens est absurdum: quia sic leges debuissent corrigi: ergo & illud vnde sequitur. Respondeo: Multa esse legibus nostris iustè, & saluberrimè constituta, quantum ad forum externum, quæ tamen cessant in foro conscientiæ: Nec tamen absurdum est, eas correctas non fuisse, ac sublatas: quia nullum per se continent peccatum; immò verò absque peccato seruari possunt, licet per accidens, vt loquuntur, peccet is, qui facit contra conscientiam propriam, autoritate legum nixus; sicuti, verbi gratia in ea specie, de qua loquitur Summus Pontifex in c. Inquisitioni, de sententia Excommunicationis; nemo negauerit, iustam esse sententiam Excommunicationis ab Ecclesia latam, apud quam non erat probatum impedimentum Matrimonij, & tamen Summus Pontifex dicit: *Si alter coniugum pro certo sciat impedimentum coniugij, propter quod sine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Ecclesiam probare non possit, debere potius Excommunicationis sententiam humiliter sustinere, quam per carnale commercium* (propter conscientiam) *peccatum operari mortale.*

Ex his responsio patet ad cætera, si quę sunt, argumenta: ad hæc enim omnia reducuntur: Atque ita sentio, saluo Theologorum iudicio.

CAPVT VI.

Quomodo accipiendum sit, quod leges dicunt: Posteriore Testamento imperfecto primum Testamentum perfectum tolli, quando in secundo instituti sunt venientes ab intestato, Controuersia duæ.

THeodosius legem edidit in hæc verba: *Si quis autem Testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit Testamentum, non aliàs, quod antè factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundò facere Testator instituit, iure fuerit consummatum: Nisi forte in priore Testamento scriptis ijs, qui ab intestato ad Testatoris hereditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hęreditatem vocantur: eo enim casu, licet imperfecta sit scriptura posterior, infirmato priore Testamento secundam eius voluntatem, non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto, valebit primum Testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.* Hactenus ille, in l. hac consultissima, C de Testament.

Iam ad interpretationem huius legis primùm pertinet illa quæstio: an idem statuendum sit, si in secundo Testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes. Item illa; an & idem respondendum sit, si & in primo Testamento ijdem vel alij ab intestato venientes instituti fuerint.

Quòd attinet ad primam: duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem esse statuendum, vbi non omnes ab intestato venientes instituti fuerint hæredes in posteriori Testamento: neque enim sufficere, vt vnus vel alter instituatur ex legitimis hæredibus, sed instituendos esse omnes, vt locus sit Theodosianæ legi. Ita docuit Cumanus, Alexander, Ias. qui & alios commemorant in Commentarijs eius loci, Clarus, § Testamentum, q 97. Quorum illud est fundamentum: quòd Theodosius indefinitè loquatur: si videlicet instituti fuerint in posteriore Testamento: *Qui ab intestato ad hæreditatem vocantur:* Oratio autem indefinita, ęquipollet vniuersali, l. si pluribus, ff. de leg. 2. deinde, quia tex. dicit: *Secundum voluntatem* (Testatoris) *non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimã intestati valere:* si ergò valet tanquam ab intestato, sequitur, omnes legitimos hęredes instituendos esse, sicuti omnes ab intestato vocantur.

Altera est sententia Francisci Aretini, sd l. si filius qui in potestate, ff de lib. & posthumis: sufficere videlicet, si aliqui duntaxat ex legitimis hęredibus fuerint instituti. Fundamentum ponit in l. 2. ff. de iniusto, rupto & irr. testam. & in l. postumus, ff. eod. ti. quibus in locis idem ferè habetur, & Vlp. innuere videtur sufficere, si vnus sit hęres institutus in illis verbis: *Nisi forte posterius, vel iure militari sit factum, vel in eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest: tunc enim & posteriore non perfecto, superius rumpitur.*

Si dicatur Vlpianum accipiendum esse eo in casu, quo vnus duntaxat reperiatur ab intestato vocatus, respondet Aretinus, id nobis non constare, & merum esse vaticinium.

Ego communiorem sententiam amplectendam censeo, non eo tantum argumento adductus, quod ex verbis legis Theodosianę sumitur: illud enim non est satis firmum, sed ex ratione ipsius legis. Hęc enim est ratio legis: quia fauorabiliores sunt ab intestato venientes, quippe qui & à lege vocantur, & à Testatore, & quidem in postrema ipsius voluntate: quamobrem ęquius esse videtur, eos hęreditatem obtinere, quàm extraneos: licet extranei Testamentum proferant magis solenne & perfectum: Neque enim tanti solennia facienda sunt, quanti ęstimari debet ipsa ęquitatis ratio & iustitię, & simul voluntas defuncti. Hęc cum sit legis ratio vera, palam est, eam tunc obtinere, cum omnes legitimi hęredes in posteriori Testamento vocantur: quia à defuncto, & à lege inuitantur ad successionem. Cęterum, si aliqui duntaxat ex legitimis hęredibus instituti sint, tanto fauore nequaquam sunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur sicuti à Testatore. Lex enim omnes in pari gradu existentes ad successionem vocat, non autem vnum vel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus vocauit; Quare tũc veluti cessante legis ratione & fauore, cessare debet lex Theodosiana, & alię leges obtinere, quibus sancitum est; posteriore Testamento ita demum prius infirmari, quod perfectum est, si & secundum fuerit consummatum & perfectum.

Nec magnam difficultatem facit responsum Vlp in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento: necesse est enim illud ita intelligere, cum vnus tantum extat legitimus hęres. Non est hoc vaticinium, sed iusta & congrua interpretatio, vt patet ex dictis.

Quod attinet ad secundam quęst. Paul. Cast. in consil. 327. lib 1. de hac facti specie respondit: Proponebantur duo Testamenta ad pias caussas; quorũ alterũ perfectum,

alterum imperfectum erat; Et quærebatur: an posteriore Testamento sublatum esset primum, licet perfectum. Et respōdit sublatum videri, & ad legem Theodosij, quæ videbatur obstare, quatenus requirit, vt in primo instituti sint extranei, in secundo autem venientes ab intestato, respondit idem esse statuendum, etiamsi in primo Testamento instituti sint venientes ab intestato, & in tex. d. legis Theodosij sub audiendum esse verbum (Maximè) vt videlicet posteriore Testamento, quo venientes ab intestato sunt vocati, primum testamentum, quod iure perfectum est, tollatur, maximè, si in primo hæredes instituti sint extranei.

Fundamentum Castrensis est, quia postrema defuncti voluntas potissimum seruanda est, l. si mihi & tibi, §. In legatis, ff. de Legatis 1. Ergò præferenda est priori voluntati, licet solennibus iuris magis sit munita. Sententiam Castrensis secutus est Alexander, in consil. 146. lib. 2. & ijs adstipulari videtur Vlpianus, in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento, quatenus simpliciter respōdit, posteriore Testamento minus solenni, primum, quod solenniter cōfectum est, tolli, si in eo scriptus sit hæres, qui ab intestato venire potest: Neque enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Testamento institutus sit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, quemadmodum nec Alexandro, nec Iasoni, nec Aretino, ad d. l. hac consultissima, §. si quis antè, C. de Testam. Etenim verba legis manifestè repugnant, necnon etiam ratio ipsius legis, quę proximè allata est. Verba enim legis hæc duo simul exigunt: Vt videlicet in primo Testamento, quod solenniter conscriptum est, extranei sint hæredes instituti: in secundo autem minus perfecto & solenni, instituti sint venientes ab intestato. Id patet ibi: *Nisi fortè in priore Testamento scriptis ijs, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem vel successionem venire non poterunt: in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, quia ab intestato ad eius hæreditatem vocantur. Eo enim casu*, &c. Ratio autem legis repugnat: quoniam cùm in primo testamento instituti sunt venientes ab intestato, ipsi eodem fauore digni sunt, & pro se habent defuncti Testatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij, qui posteriore Testamento sunt vocati: quam ob rē, cùm cætera sint paria, prævalere debet Testamentum perfectum; quia secundùm Iuris Regulas non rumpitur posteriori imperfecto.

Quòd autem Castrensis dicebat, spectandam esse vltimam voluntatem, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iam dictum est, ita demum posteriorem voluntatem spectandam, ad priorem perfectam infringendam, cùm & posterior iure perfecta est; nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quòd verò Vlpianus in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento, non adhibeat illam distinctionem, quá adhibuit Theodosius, parum prodesse suæ caussæ potest: nostræ verò sententiæ nihil obest; siquidē alias leges alijs legibus declarari, distingui, elucidari, non est nouum, l. non est nouum, ff. de Legibus. Igitur Vlpiani responsum ex Theodosij lege declarabitur.

CAPVT VII.

Aliæ duæ Controuersiæ de eadem re.

PAter testamentum fecit solenniter, filiumque suum impuberem instituit hæredem, eidemque pupillariter substituit extraneum; postea Codicillum fecit, & quinque testibus præsentibus substitutionem factam reuocauit, substituitque eidem filio suo cognatos proximiores ab intestato venientes, quæritur: an posterior substitutio in Codicillis facta priorem tollat in Testamento solenni comprehensam.

Triplex est Doctorum sententia. Prima est Bart. quem A secuti sunt Cast. Fulgos. & Alex. in Comment. l. hac consultissima, §. si quis autem Testamento, C. de Testam posteriori substitutione sublatam priorem videri. Fundamentum est in d. § si quis autem Testamēto. Sicut enim prius Testamentum perfectum, in quo instituti sunt extranei, posteriore tollitur imperfecto coram quinque testibus facto, in quo venientes ab intestato, sunt vocati; ita & substitutio, de qua agitur, sublata esse videtur. Huc accedat, quòd substitutio pupillaris in Codicillo facta, videtur esse in Testamento facta, scilicet pupillari Testamento, § Igitur, in Institut. de pupillari substitutione. Quod quidem pupillare Testamentum fieri potest etiam seorsim à Testamento patris, l. si quis eum, 16. §. 1. ff. de vulgari & pupillari substit.

Altera est sententia Baldi, Angeli, Salyceti, & aliorum, quos commemorant Alex. & Iason in Comment. dicti loci; In hac specie, de qua agitur, posteriorem substitutio- B nem in Codicillis factam non valere, & ideo priorē non videri sublatam. Fundamentum est, quia in Codicillis hęreditas neque dari, neque adimi directè potest, l. 2. C. de Codicillis, §. Codicillis, in Institutionibus, eodem titulo: in hac autē specie nostra hæreditas directè aufertur prioribus substitutis in Testamento, & datur alijs substitutis in Codicillis; igitur non valet, & consequenter priorem substitutionem non infirmat.

Postrema est sententia, quæ mihi cęteris probabilior videtur, Alex. in d. §. si quis antè, post alios, quos commemorat: posteriore substitutione in Codicillis facta, sublatam videri priorem, non quidem iure directo, sed per fideicommissum, ita videlicet, vt substituti in Testamento, rogati esse videantur hæreditatem restituere substitutis in Codicillis. Fundamentum habet hęc sententia satis firmum, in l. Scæuola, ff. ad Trebel. *Si pater*, ait textus, *filium suum ex asse hæredem scripserit, eiq. Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit,* C *quia Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi potest; tamen benigna interpretatione placet, vt frater, qui ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur.* Hactenus Iurisconsult.

Quod quidem responsum ad quæstionem nostram rectè accommodari potest, in hūc sanè modum, vt licet inutilis sit substitutio directa in Codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Testamento substituti fuere, atque adeò ipsi pupillo succedere poterunt, fideicommisso obligentur ijs, qui in Codicillis substituti sunt.

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo, textum in d. §. si quis autem, directè non comprehendere hanc speciem, & licet eadem sit ratio in Codicillis, quæ in Testamento, pręsertim cùm & posterius Testatoris non valeat, vt Testamentum, sed vt voluntas ab intestato defuncti; illud tamen est impedimēto in quæstione nostra, quòd in Codicillis hæreditas directè dari non potest, consequenter ij, qui in Codicillis substituti sunt, directè D succedere non possunt, sed per fideicommissum. qua ratione rectè perpensa, responsio patet ad argumentum alterius sententiæ: nihil enim aliud probat, nisi substitutionem in Codicillis factam iure directo non valere, quod nos etiam concedimus atque defendimus: sed valere tamen iure fideicommissi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera est controuersia. Pater Testamentum fecit, & liberis hęredibus institutis in legitima portione; vel illis iustas ob caussas exhæredatis, extraneos instituit hæredes, adhibitis solennibus testamentorum, postea aliud Testamentum fecit, in quo hæredes filios suos instituit, non adhibitis quinque testibus, sed seruata tamen forma Nouellæ Iustiniani de Testamentis imperfectis; quæritur an posteriore testamento sic imperfecto, sublatum esse videatur prius perfectum & solenne; Et quidem sublatum non videri Oldradus, subobscurè tamen, respondit, in consil. 119. Idem docuerūt Iason & Sichardus, in Comment d. §. si quis autem. Fundamentum est in eo textu, quatenus Imperator disertè requirit quinque testes

in

in posteriori Testamento, in quo venientes ab intestato instituti sunt, inter quos procul dubio sunt & liberi: Quare cùm in proposita specie quinque testes adhibiti non fuerint, primum testamentum sublatum non videtur.

Nec obstat: si dicatur Testamentum inter liberos valere etiam sine testibus. seruata tamen forma Nouellæ de Testamentis imperfectis: quia hic non tantùm opus est vt valeat, verùm etiam vt tollat præcedens Testamentum, quod videtur difficilius. Et ratio est; quia vbi nullũ præcessit Testamentum, tunc causa intestati mutat caussam testati, vt loquuntur Doctores nostri, hoc est, quia liberi ab intestato successuri sunt, idcirco facilè conceditur Testamentum valere inter ipsos liberos confectum à parentibus: sed vbi aliud præcessit Testamẽtum, in quo alij hęredes instituti sunt, hæc ratio cessat; quia defuncto succedunt hæredes instituti, non autem liberi.

Sed contrariam sentẽtiam habuit Castrensis in Auth. Hoc inter liberos, C. de Testam. Et Alexander post Baldum, quem citat, in l. hac consultissima, § ex imperfecto, C. eodem titulo.

Huius sententiæ fundamentum est: quia tale testamentum imperfectum inter liberos sine dubio valet Si valet: ergò prius testamentum rumpitur: quia nemo potest decedere cũ duobus testamentis validis, l. postumus, §. si paganus, ff de iniusto, rupto & irrito testamento. Argumentum a simili affertur de Testamento militis: Primum enim militis testamentum iure communi celebratum rumpitur posteriore, quod iure militari conditum est. l. Eius militis, §. militia missus, ff. de militari Testamento.

Mihi prior sententia magis probatur, atque pro eiusdem sententiæ confirmatione perpendo totam seriem ac dispositionem, l. hac consultissima, C de Testamentis, vbi Theodosius primùm recenset solennia Testamentorum in scriptis. Secundò statuit testamentum illis solennitatibus carens, imperfectum esse. Tertiò, ex imperfecto testamento defuncti voluntatem tãtum inter liberos tenere. Quarto commemorat solennia testamenti nuncupatiui, vt in §. per nuncupationem, Postremò, in §. si quis autem vi, statuit primum testamẽtum perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi in primo extranei; in secundo autem venientes ab intestato instituti sint, & in secundo fuerint quinque testes adhibiti.

Hoc postremum legis caput ad omne testamẽtum imperfectum referri debet, & sic etiam ad testamentum imperfectum, quod inter liberos factũ est, de quo prius Imperator verba fecit; & sic Theodosius hoc vult, vt licet testamentum imperfectum aliquando seruandum sit, puta inter liberos, non tamen locum habere possit, vbi de priori testamento solemni rumpendo agitur, nisi hæc duo pręterea concurrant: Nempe, vt in primo extranei sint instituti: in secundo autem instituti sint ipsi liberi, vel alij ab intestato venientes coram quinque testibus.

Quibus ritè perpensis, patet contrariæ sententiæ argumentum non obstare: Neque enim bona est collectio: Testamentum inter liberos ita conditum valet: ergò tollit præcedens testamentum solenne: valet enim, si nullũ præcedat testamentum, sed non potest aliud præcedens testamentum infirmare.

Nec simile obstat, quod affertur à nonnullis ex l. eius militis, §. militia missus, quia nouissima voluntas militis testamentum est, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea distinctio non adhibetur, quæ in cæterorum testamentis adhiberi solet: Vtrum nempe, prius testamentum perfectum sit & solenne: nostra autem quæstio non est de milite.

A

CAPVT VIII.

Vtrum Theodosij Constitutio, de qua in d. l hac consultissima, §. si quis autem testamento, C de Testamentis. locum habeat, si quis testamento facto extraneos heredes instituerit; deinde quinque testibus adhibitis se intestatum decedere velle, & testamentum suum reuocare declarauerit. Et an primum testamentum reuocetur per secundum, si testator iurauerit se illud non reuocaturum.

QVidam testamentum fecit solennibus adhibitis, atque in eo hæredes extraneos instituit; deinde testibus quinque adhibitis declarauit, se illud reuocare velle, quoniam intestatus decedere in

B animo habet. Quæritur, an prius testamentum perinde infirmetur ac si secundum scripsisset testamentum, atque hæredes ab intestato venientes instituisset.

Communis est sententia reuocatum videri prius testamentum, ita Alexander, in l. Sancimus, C. de Testamentis. Couuarruuias ad Rubricam de Testamentis, in secunda parte. Versiculo, Sexta conclusio. Alios citat Cardinalis Franciscus Mantica, de coniecturis vltimarum Voluntatum, libro secundo, titu. decimoquinto, nume decimooctauo. Et fundamentum est, quia is, qui vult intestatus decedere, censetur hæreditatem venientibus ab intestato relinquere, l conficiuntur, ff. de iure Codicillorum: sicut ergo primum testamentum esset reuocatum, si secundum condidisset, in quo venientes ab intestato instituisset hæredes, vt in l. Hac consultissima, § si quis autem, C. de Testamentis: ita etiam respondendum videtur in hac specie, in qua tacitè venientibus ab intestato hæreditatem reliquit.

C Sed contrariam sententiam habuerunt Paulus Castrensis & Fulgosius in d. l. Sancimus. C. de Testamẽtis, penderque hæc iuris controuersia ab ea quæstione: An testamentum reuocetur ex eo, quod testator declarauerit, se velle illud reuocare, ac intestatum decedere. Qua in re aliqua sunt iuris loca, ex quibus decisio colligi possit: in primis textus in l militis, §. Veteranus, ff de militari Testamento. *Veteranus miles*, inquit Papinianus, *testamentũ iure communi, tempore militię factum, irritum esse voluit, et intestatus esse maluit. Hęredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit Legata verò petentes exceptione doli mali secundum ius commune submoueri, cuius exceptionis vires ex persona petentis æstimantur, & alioquin potior est in re pars, causa possessoris.*

Sententia legis hæc est. Testamentum minimè reuocari quantum ad institutiones, & substitutiones, ex eo, quod testator dixerit, velle se illud irritum esse, & intestatum decedere, sed quantum ad legata, reuoca-

D tum censeri, & ideo legatarijs petentibus legata ex tali testamento, doli mali exceptionem obijci posse: Si tamen res legatas possideant, eorum causam meliorum esse: quia scilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus est in l. prima, §. si hæres, ff. si tabulæ Testamenti nullæ extabunt. Vlpianus: *Si hęres institutus non habeat voluntatem* (defuncti) *vel quia incisę sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione testator voluntatem mutauit, voluitque intestato decedere: dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.*

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult: Hæreditatem pertinere ad venientes ab intestato, propterea, quòd testator priori mutata voluntate declarauerit se velle intestatum decedere.

Tertius locus est in §. ex eo, in Institutionibus: Quibus modis Testamenta infirmentur: *Ex eo autem solo*,

inquit Imperator, *non potest infirmari testamentum, quòd postea testator id noluerit valere*, &c.

Hic locus videtur esse similis primo, quem citauimus.

Quartus locus est in l. Sancimus, C. de Testamentis, vbi Iustinianus ita dicit: *Si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure tollitur primum testamentum: Si autē testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel alijs verbis vtendo, contrariam apparuerit habuisse voluntatem, & hoc vel per testes idoneos, non minùs tres, vel inter acta manifestauerit, & decennium fuerit emensum, tunc irritum esse testamentum tàm ex contraria voluntate, quàm ex cursu temporali*, &c.

Sunt igitur tria iuris loca, ex quibus probatur: Testamentum non reuocari ex eo solo, quod testator dixerit: se nolle illud valere, sed potius intestatò decedere; ex quibus planè efficitur, vt in quæstione proposita Fulgosij & Castrensis sententiam iuris magis consentaneā esse non dubitem: Si enim testamentum illo modo reuocari non potest, nisi & decennale tempus concurrat, sequitur dicendum in proposita quæstione, reuocatum non videri.

Respondent cōtrariæ sententiæ authores; Leges proximè allatas loqui, quoties testator tres tantùm adhibuerit testes in reuocando testamento autoritate d. l. Sancimus, ibi. *Et hoc vel per testes idoneos, non minùs tres*, &c. Non rectè; Quia idem vult textus in d. l. Sancimus. Etiamsi essent plures testes quàm tres; Illa enim verba, *Non minùs tres*, significant, non pauciores esse oportere, quàm tres, sed tamen idem esse respondendum, licet sint plures, quàm tres.

Non obstat textus in d. l. 1. § si hæres, ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt: quia Iurisconsultus ibi non docet ex professo; Testamentum irritum fieri ex eo, quod testator illud reuocet, & velit intestatus decedere: sed præcipua eius mens ac intentio est, explicare: Vtrum ab intestato venientes, qui bonorum possessionem acceperunt, excludere aliquando possint hæredē scriptum: & respondit, posse, si hæres scriptus non habeat defuncti voluntatem, vt puta, si tabulæ testamenti sint incisæ, vel cancellatæ à testatore, vel si qua alia ratione voluntatem testator mutauerit, voluerītque intestatus decedere. Quæ autem sit illa ratio, Iurisconsultus non declarat, neque verò illa ratio esse poterit: Si videlicet testator dixerit, se velle intestatum decedere: quia hæc sola non sufficit ad infirmādum testamentum prius confectum, vt iam dictum est; sed hoc intelligere oportet, si testator aliquid aliud fecerit simile incisioni & cancellationi tabularum, ex quo manifestum sit, ipsum mutasse voluntatem, vt puta, si testium sigilla, vel subscriptiones, vel partem scripturæ testamenti lacerauerit, dixeritque se velle intestatum decedere: tunc enim irritum efficitur testamentum, l. penult. C. de Testamentis.

Non obstat textus in d. l. hac consultissima, §. si quis autem, loquitur enim de eo, qui post primum testamentum aliud fecit Et licet eadem ratio esse videatur etiam in hac specie, tamen illud est impedimento, quod secundum iuris regulas primum testamentum ex eo solo non rumpitur, quod postea testator dixerit, se nolle, illud valere.

Quòd attinet ad alteram quæstionem: sunt qui existiment, primum testamentum iuramento non obstante reuocari, sunt qui negent; sunt qui reuocari quidem putēt, sed testatorem in periurium incidere. Vide Couarruuiam, ad Rubricam de Testamentis, in 2. parte, nu. 9. Et Iulium Clarum, §. Testamentum, q. 94.

Qui reuocari putant, eo mouentur argumento; quod iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur, l. vltima, C. de non numerata pecunia. hæc autem est natura testamenti, vt reuocari possit: qui verò negant, iuramento nituntur, & ijs, quæ pro eius efficacia, & virtute Sacris Canonibus constituta sunt, c. cùm contingat, de iureiurando, cum alijs similibus.

Sed mihi magis probatur reuocari posse, quamquam temerè iurantem, hoc modo à peccato excusare non possim, ex notatis in c. vlt. de Procuratorib. lib 6. Etsi enim iusiurandi magna sit virtus & efficacia in contractibus, & cæteris conuentionibus, non tamen eandem esse in actibus, qui ex sola voluntate facientis pendent, iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non possint. Illud non probo, quod nonnulli asserunt, tale iuramentum esse contra bonos mores: quia liberam testandi facultatem impedit, ex l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligationibus. Neque enim illa lex ad hunc casum rectè accommodari potest, & si quæ aliæ sunt similes leges: quia de stipulante & paciscente loquuntur, qui liberam testandi facultatem alijs præripere conatus est.

CAPVT IX.

Vtrum testamentum ex causa exhæredationis filiorum sit nullum.

VAriæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ, si paterfamilias Testamento facto suos exhæredauerit liberos, an valeat testamentum. Et quidem nequaquam valere, si exhæredationis causæ non adscribantur; vel adscriptæ non probentur, docuit olim Martinus Glossator, & Iacobus Belnisius, quorum sententiam de iure veriorem esse scribit Aretinus in Commentarijs Auth. Non licet, C. de Liberis præteritis. Cæterùm, communis sententia est, distinctionem adhibendam esse, in hunc modum. Vt si quidem nulla exhæredationis causa testamento fuerit inserta, vel talis causa inserta fuerit, quæ legitima non sit ac sufficiens, tunc testamentum sit nullum: si verò causa legitima inserta sit, sed probari ab hærede non possit, tunc testamentum consistat, sed tamen rescindi per quærelam de in officioso possit. Ita docuerunt Bartolus, Alexander, Iason, numero 18. Cagnolus num. 75. in Authen. Ex causa, C. de Liberis præteritis. Iulius Clarus, §. Testamentum, quæstio. 40.

Tertia denique est sententia, in omnibus his casibus testamentum quidem valere: cæterùm quærela proposita rescindi tanquam inofficiosum posse Ita docuere Fulgosius, in Commentarijs. d. Auth. Ex causa, Ioannes Imolensis, ad l. 1. ff. de Testamentis. Viglius ad Institutiones, titulo de inofficioso testamento, in principio. Vasquius de Successionum creatione, parte. 1. lib. 2. §. 20 *num. 161. Et* in eandem sententiam inclinare videtur Couarruuias, ad c. Raynucius, in principio, nu. 6. de Testamentis. Adde Duarenum in Commentarijs ad Tit. C. qui testa facere poss. c. 3. & ad Titulum de inoff. testamento.

Atque hanc sententiam postremo loco relatam, ego verissimam esse iudico, quam breuiter confirmabo; deinde argumentis contrarijs respondebo.

Probatur igitur hæc sententia primò, quia certum est, ante Nouellam Iustiniani, de qua in §. aliud quoque capitulum, in Authentic. Vt cùm de Appellatione cognoscitur: Eiusmodi testamentum inofficiosum appellari posse, ac proinde rescindi per quærelam, non autem nullum esse & inualidum. id patet ex toto ferè titulo, ff. & C. de inofficioso Testamento, ergò nullo alio argumento nullū esse demonstrari potest, quàm ex dicta Nouella Iustiniani, sed in d. Nouella ius antiquum non corrigitur à Iustiniano circa quærelam inofficiosi testamēti, quod sanè ius antiquum si tollere voluisset Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuisset id exprimere, sicut exprēssit, dum causas iustas exhæredationis & præteritionis constituit Et sanè cuilibet vel mediocriter versato in lectione Nouellarum, notum esse potest, eum esse morem Iustiniani, vt nunquam ius antiquum emendet ac mutet, nisi præmissa præfatione, & causis, quibus se inductum fuisse commemoret. Quam ob rem cùm in tota illa Nouella nullum sit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non est à nobis temerè inducenda.

Secundò probatur ex verbis d. Nouellæ Iustiniani, in § sin autem hæc obseruata non fuerint, ibi: *Sed quantum ad hoc non rescissum testamentum*, &c. Et rursus ibi: *Et*

rescisso

resciso testamento, &c his enim verbis indicatur testamentum rescindi posse, & consequenter nullum dici non possit; quia id quod nullum est, rescindi non potest. l. nam etsi sub conditione, ff. de iniusto, rupto & irrito testam.

Nec valet responsio illa: Rescindi posse testamentum impropriè, quatenus de facto processit: sicuti & alibi id, quod nullū est, rescindi dicitur, l. 1. ff. de Ferijs, l. 1. ff. quæ sententiæ sine appellatione rescindantur. Nam nulla superest ratio in d. Nouella, ita accipiendi verbum *rescindi*, quod cum propriè referatur ad actum validum, qui tamē infirmari potest, nostrum non est à proprietate verbi recedere; præsertim cum ex hoc inducatur correctio legum antiquarum, sed potius sequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona est consequentia. Verbum aliquod alibi in eo sensu accipiendum est: igitur & hic in loco: alijs enim locis conuenire potest, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ sententiæ sumitur ex § Aliud quoque capitulum, Nouellæ supra dictæ, in illis verbis: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ*, &c. *filium suum, vel filiam, vel eateros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento; nisi forsitan probabuntur ingrati; & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*, &c. Ergo nisi hæc obseruata fuerint, testamentum est nullum, velut factum contra legem, argumento l. non dubium, C. de legibus, & l. cum lex. ff de fideiussoribus.

Respondeo: Testamentum nō esse nullum, sed rescindi posse per querelam. Nam & olim sine iusta causa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen testamentum valebat, sed rescindi poterat hoc enim sufficit in cum qui legis præcepta non obseruat, constituere, vt scilicet actus effectu non consistat, & infirmari possit.

Secundum argumentum est ex eadem nouella, in §. *sine igitur*, vbi Imperator statuit: Testamentum suam habere firmitatem, si parentes vnam, vel plures ex causis ibi enumeratis expresserint in exhæredatione liberorum & scripti hæredes eam probauerint: Ergo à cōtrario sensu nullum est testamentum, si hæc seruata non fuerint.

Respondeo. Non hoc sequi, sed testamentum suam firmitatem non habiturum, quia videlicet rescindi poterit. causis autem expressis & probatis nequaquam. & sic argumentum à contrario sensu rectè sumetur.

Tertium argumentum est ex eadem Nouella, vbi Iustinianus post §. siue igitur, ita dicit: *Si autem hæc obseruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari*: si enim nullum generari potest præiudicium: ergo testamentum non valet: Nam si valeret, aliquod præiudicium generaretur, si vel tempore constituto querela inofficiosi testamenti non proponeretur, vel filius exhæredatus antequam esset præparata, moreretur.

Respondeo, nullum fieri præiudicium liberis exhæredatis, scilicet si querelam proposuerint tempore constituto, non autem si testamentum approbauerint. Nam etsi nullum esset testamentum, & ipsi illud approbarent, præiudicium oriretur. Fateor vtilius esse liberis si testamentum sit nullum, quàm si sit inofficiosum: sed non propterea inferri potest, nullum esse, & querela opus non esse; quia satis est, si proposita querela, quam proponendi liberam habent potestatem, vt testamentum rescindatur, liberi possint impetrare, & ea ratione suæ indemnitati prospicere.

Quartum argumentum est ex eadem nouella post § sine igitur. in illis verbis: *Sed quantum ad institutionem hæredum testamento euacuato ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato peruenire.*

Respondeo, *euacuato testamento*, scilicet per querelam. Nam per eam rescinditur & exinanitur testamentum, & res ad causam intestati reducitur.

Postremum argumentum est ex eodem § siue igitur. in illis verb. *Si tales igitur causas, vel vnam ex ijs liberi testamentis inscripserint, & scripti ab ijsdem hæredes eam probauerint, testamentum in sua firmitate manere præcipimus:*

A *si autem hæc omnia non fuerint obseruata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem hæredum habere sancimus.*

Respondeo; *Nullam vim habere*, quia rescindi poterit. id patet ex verbis sequentibus: statim enim subdit textus: *Sed resciso testamento, eis, qui ab intestato ad hæreditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus.*

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Auth. Præterea, C de liber. præteritis, si testamentum irritum sit ex causa præteritionis & exhæredationis, cætera tamen firma manere.

Controuertitur autem quo modo sit accipiendum, quod dicitur in d. Authen. Præterea, cætera in testamento contenta præter institutionem firma
B manere; vtrum scilicet in ea parte ita testamentum consistat, vt ex eo nascatur actio legatarijs & fideicommissarijs. Duplex est Doctorum sententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agendum esse ex testamento. ita Bartol. Castrens. Alexand. Iason, Corneus, in Commentarijs d Authen. Præterea, C. de liber. præterit. And Geyll. lib. 2. Obseru. 1 13. ad finem.

Fundamentum est in §. siue igitur, in Authen. vt cum de Appell cog. ibi. *Tanquam in hoc non resciſſum obtineat testamentum.*

Secunda est sententia Dyni, Cyni & Petri, actionem ex testamento non oriri, sed agendum Condictione ex lege. Fundamentum est: quia nemo potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, secundum vulgarem Iuris Regulam. Igitur cum testamentum, quantum ad institutionem, fit irritum, valere non potest quoad cætera in ea disposita, licet cætera firma maneant, ac præstari debeant. Non enim ex testamento peti poterunt,
C sed Condictione ex lege, tanquam ab intestato. Præsertim vero, quod ex lege firmantur, & cum aliquid confirmatur agendum sit ex confirmante, non ex confirmato, argum l. asse toto, ff. de hæred. instit. l. si quis priore, ff ad Trebell. l. postum. § vlt. ff. de iniusto, rupto & irrit. testamento. Huc accedat quod textus in dicto § siue igitur, non absolutè dicit, testamentum in ea parte valere, sed inquit, *Et tanquam in hoc non resciſſum obtineat testamentum* illa dictio *Tanquam*, est impropriætatis nota, secundum Albericum, in Dictionario, in verbo, tanquam. Denique, nemo potest decedere cum duobus testamentis validis, sed si posterius valet, tollitur prius, § posteriore, in Institut. quibus modis testam. infir. Si quis ergo vnum faciat testamentum, deinde aliud, in quo filium exhæredet hoc secundum testamentum, cum sit irritum, nō poterit præcedens tollere; ergo præcedens manebit firmum, & simul quoque posterius, quantum ad cætera in eo disposita præter institutionem.

D Verum istis nil morantibus, communem sententiam veriorem esse iudico, & ad primum contrariæ sententiæ argumentum respondeo: ab initio quidem neminem posse decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum; secus ex post facto, l. circa, ff. de inof. testamen. Ergo pro parte rumpi testamentum poterit defuncto testatore, & pro parte obtinere; Et cum hac de re clara sit Constitutio Iustiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & statuto obtineri posse, vt testamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius, ad l. ius nostrum, ff de regu. iur. Quod vero dicebatur ex confirmante agendum, non ex confirmato, non semper verum est, id patet: quia cum pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur, l. legitima, ff de pactis. Et ratio est; quia, si testamentum, quod rescindi poterat, ita confirmatur à lege, vt valeat, nec rescindi possit, sine dubio illud, tanquam validum, actionem producit, sicut cætera testamenta. Et dictio *Tanquam* aliquando est veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum

mentum respondeo: si talis proponeretur facti species: primum testamentum vires habiturum, non secundum quippe quod in omnibus non consistat, nec aliter posteriore testamento prius infirmetur, quam si posterius voluerit. Vide Angelum inter consilia Petri Ancharani, consil. 203.

CAPVT XI.

Cum testamentum est nullum, ex causa præteritionis filij, vel inofficiosum, ex causa exhæredationis; utrum filius, qui ab intestato vindicat hæreditatem, eam restituere teneatur hæredibus in testamento scriptis virtute Clausula codicillaris in testamento adiecta.

Communis est sententia; filium, qui ab intestato vendicat hæreditatem, eam ob causam, quod sit exhæredatus, vel præteritus in testamento, vigore clausulæ codicillaris fideicommisso teneri ad restituendam scriptis hæredibus hæreditatem, detracta scilicet legitima. Vide Bartolum in Authent. ex causa, C. de liber. præteri. in leg. prima, num. 9. ff. de iure codicillor. Castr. Alexand. Iason, & alij, de quibus per Gabrielium commun. conclus. titu. de clausulis, conclus. 7. & Iulium Clarum, in § testamentum, quæst. 46.

Et fundamentum est primo in l. ex ea, §. 1. ff. de test. Paulus: *Ex his verbis quę scriptura paterfamilias addidit; Hoc testamentum ratum esse volo, quacunque ratione poteris, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quę reliquit, etiam si intestatus decessisset.* Secundò, quia codicillaris clausula idem operatur, ac si testator venientes ab intestato rogasset, vt hæreditatem scriptis hæredibus restituerent, l. vlt. C. de codicill. ibi: *Illud quoque pari ratione seruandum est*, &c. Sed si ita rogasset expresse venientes ab intestato, vt scriptis hæredibus restituerent hæreditatem, nullum videretur esse dubium, quin fideicommissum præstandum esset, l. si quis cum testamentum, de iure codicillor. Ergo idem respondendum, vbi clausula codicillaris testamento adiecta est.

Verum huic communi sententiæ vt assentiri non possim facit textus in l. Titia, ff. de inoff. testam. Scæuola: *Titia filiam hęredem instituit, filio legatum dedit; eodem testamento ita cauit. Ea omnia, quę supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore, qui mihi erit etiam iure intestato Item quę dari iussero, ea, vti den tur fiantque fidei eius committo. quęsitum est, si soror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi si hoc quęratur: an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes, bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit Respondi, posse. Paulus notat. probat autem nec fideicommissa* ab intestato data deberi, *quasi à demente.*

Vides hic, quod Paulus docuit in l. ex ea, §. 1. ff. de testamen. non probari eidem Paulo in hac, de qua agitur, specie: quia fideicommissum à demente factum videtur. Et fanè leges, quæ testamentum has ob caussas rescindunt, & filijs præteritis siue exheredatis ab intestato successionem deferunt, quodammodo eluderentur, hac, de qua agimus, cautela clausulæ codicillares, omnisque minuerentur ferè honor liberis debitus ex honorabili institutionis titulo, si rescisso testamento hæreditatem nihilominus reddere scriptis hæredibus cogerentur.

Idem docet Scæuola in l. patronus, §. vlt. ff. de legat. 3. *Apud Scæuolam* (inquit textus) lib. 18. *Digestorum, Claudius notat, nec fideicommissa ab intestato data deberi ab eo, cuius de inofficioso testamento constituisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad supremæ eius iudicia valet.*

Dicebam olim, sublatam esse hanc rationem, qua nititur l. Titia. ex Iustiniani Nouella, statuentis cætera in testamento contenta, præter institutionem, firma manere. Sic enim præsumi ac censeri non possunt, veluti à demente ordinata, alioqui firma non manerent. Correcta autem ac sublata ratione legis, videri sublatam & correctam legem, vt docet Glos. in l. prima, ff. de legat. tutor. Iason ad l. postum. nu. 18. C. de bonorum possess. contra tabu. Sed iam non placet hæc responsio: quia procedere potest quo ad alia in testamento ordinata præter institutionem. hic verò est quæstio de ipsa institutione, an vigore clausulæ codicillaris conuertatur in fideicommissum: Et de hac re nihil Iustinianus statuit, sed de alijs duntaxat legatis & fideicommissis, quæ in testamento continentur. Et ratio est; quia testator nil peccauit circa reliqua legata & fideicommissa, sed duntaxat circa ipsam institutionem. meritò illa irrita efficitur, non cætera legata. Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quo modo possit ad fideicommissum trahi; Non lex, non ratio id suadere potest. Quare à communi sententia recedendum puto, vnà cum Accursio in Authen. ex caussa, C de liber. præterit & cum multis alijs à Gabrielio citatis loco annotato. Adde Bursatum in consil. 15. num. 8 lib. 1.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo: concedo eam esse regulariter vim clausulæ codicillaris, sed nego eam in proposita specie obtinere; quia præsumitur in ea re fuisse testator furiosus, ac non sanæ mentis.

Ad secundum respondeo, si paterfam rogasset filios suos, qui ab intestato succedunt, vt hæreditatem illis restituerent, tunc omnia salua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de restitutione excipienda est, iuxta §. quamobrem, in Authent. de restitu. & ea quæ parit, & c. Restituturos hæreditatem. quia nihil continet absurdi illa dispositio ac voluntas testatoris. Filij enim sunt hæredes, sicut lex præcipit, & fideicommisso grauati, quod lex non vetat. At vbi filijs præteritis vel exhæredatis, alius hæres instituitur, manifestus est dementiæ testatoris prætextus, ac cui per codicillarem clausulam prouideri non potest.

CAPVT XII.

Vtrum clausula codicillaris testamento adiecta, operetur, vt postumus ignoranter præteritus, qui testamentum rumpit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem ex fideicommisso.

Subnectam his vulgarem, sed arduam & celebrem controuersiam de postumo ignoranter præterito; an, etsi rumpat testamentum, teneatur tamen scriptis hæredibus restituere hæreditatem vigore clausulæ codicillaris testamento adiectæ, legitima scilicet, vel etiam, secundum aliorum sententiam Trebellianica detracta. Bartolus respondit, non teneri, in l. prima, num 10. ff. de iure Codicillor. quem multi secuti sunt, & multi reprobarunt, vt videre licet ex Alexandro, in consilio 50 lib. 6. Crauet. consil 34. Tiraquell. ad l. si vnquam, in verbo, *Donatione largitus*, nume. 269. C. de reuocand. donat. Antonio Gabriel. commun. conclus. titu de clausulis, conclus. 8. numero 8. Rolando à Valle, in cons. 7. lib. 4. Cagnol. in Authent. ex caussa, C. de liber. præter. Iulio Claro, §. Testamentum, quæst. 46. Bursato, in consil. 15. Andrea Geyll, lib. 2 Obseru. 114. Omnium lassimè Anton. Tessauro, decis. Pedemont. 141. Menochio, consil. 499. lib. 5. & de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 32.

Argumenta Bartoli & sequacium hæc sunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate, l. si vnquam, C de reuoc donat. Ergo multo magis fideicommissum, quod in clausula codicillari continetur. Nam donatio ex consensu duorum perficitur, nempe donationis & donatarij; Fideicommissum autem ex consensu vnius tantum, nempe, defuncti, & consequenter difficilius reuocari debet, quam fideicommissum, argumento eorum quæ notantur in l. 1. C. de pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò

Secundò, in testamento militis, quod iure communi confectum est, tacitè inest illa clausula, Vt, si non possit iure communi valere, iure militari valeat, l. 3. ff. de milit. testam. & tamen postumi ignoranter præteriti natiuitate, rumpitur, argum. l. qui iure militari, ff. eod. titu. & l si cum vel in vtero, C eod.

Tertiò, legata non debentur à postumo ignoranter præterito, vbi alius hęres institutus est, & ipse cohęres, efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitauit, l. qui graui, l. penult. ff de iure codicillor. Ergo multo minus fideicommissum ipsius hęreditatis debebitur. neque enim verisimile est, defunctum testatorem voluisse postumo, de quo non cogitauit, tale fideicommissum iniungere, vt hęreditatem restituat hęredi scripto.

Quartò, hęc confirmantur ex eo, quod non presumitur testatorem voluisse alienam sobolem suę anteponere, atque adeo bona sua peruenire ad hęredes scriptos, exclusis filijs proprijs, argumento l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. l. generaliter, C. de instit & substit. l. ex testamento, ff de vulgar. & l si is qui ducenta, § item si pater, in fine, ff. de reb. dub. Videretur autem istud voluisse, si Clausula Codicillaris in hac specie id efficeret, vt filius postumus videretur esse grauatus fideicommisso bona restituere scriptis hęredibus.

Fundamentum autem contrarię sententiæ est in eo positum, quod per clausulam codicillarem testator videtur velle, (præsertim cum verbis ad futurum tempus respicientibus, concepta est) vt in testamento disposita iure fideicommissi effectum habeant, si testamentum quomodocunque infirmetur, l. vlt. C. de codicill. Cum igitur ob postumi pręteritionem, testamentum rumpatur, videtur ipse postumus tanquam proximior & hęres ab intestato, quasi ex Codicillis, rogatus fideicommisso hęreditatem restituere scriptis hęredibus.

Confirmari potest hoc argumentum ex eo, quod licet postumus natus, testamentum rumpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicommissa pręstare tenetur, vt in l. si quis cum nullos, §. sed & si post codicillos, l. conficiuntur, § si post factum, l. qui graui, & l. pen. ff. de iure codicillor. Denique, iuuare hanc sententiam videtur textus in l generaliter, §. ex textamento, ff. de fideicommiss. libertat. vbi rupto textamento postumi natiuitate, libertates deberi, probatur, cum à legitimis quoque hęredibus relictę sunt.

Ego iuri & ęquitati magis consentaneam existimo priorem sententiam, quam Bartolus amplexus fuit, & multi alij secuti sunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potissimum ratione, quod, cum nulla lex propositam hanc facti speciem decidat, ex iuris & ęquitatis ratione decidendam necessario esse. Illa verum maximè pugnat pro sententia Bartoli; siue etiam testatoris defuncti expressam voluntatem contemplemur, siue id, quod verisimile est ipsum facturum fuisse, si de postumo nascituro cogitasset, siue rei ipsius æquitatem & iustitiam intueamur, proculdubio existimabimus, postumum testatoris filium, fideicommisso de quo agitur, grauatum non videri In expressa enim testantis voluntate, quę testamento continetur, nullum est verbum de fideicommisso postumo nascituro iniungendo; immò verbum nullum, nulla prorsus de postumo cogitatio. Quod si de nascituro filio cogitasset testator, qui defunctus est, quis est interpres tam durus voluntatis paternę, qui eam in alios magis, quàm in proprium sanguinem propensuram existimare velit? Si iustitiam ipsam & æquitatem respiciamus, hęreditatem rupto testamento secundum leges filio attribuemus; Cęteris quidem legatis saluis, prout magis videbitur eiusdem defuncti voluntati conuenire. Cęterum institutione prorsus irrita effecta, non autem ex fideicommisso vires habitura Quę enim est hęc subtilitas, quę legum iustitięque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac sententia virtus ordinaria clausulæ codicillaris, quasi argumēto sit, testatorē saltem in genere cogitasse de casu isto, quo postumi natiuitate testamentum rumpi solet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit testator, qui de postumo nihil cogitabat, quem ignorabat se habiturum, & quem si habiturū sperasset, proculdubio hęredem fecisset? Aut quanti momēti est imaginaria isthęc cogitatio generalis, vt honestati, rationi, & ęquitati pręferatur, filijs hęreditatis emolumētum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc sententiam leges, quę docent postumum codicillos non rumpere. Cur enim rumperet codicillos, in quibus nec alijs directè data est hęreditas, nec ipsi adempta: neque enim dari aut adimi directò potest, §. codicillis, in Instit. de codicillis? At in hac specie de testamento agitur, in quo alij, postumo ipso prætetito, instituti sunt hæredes. Hoc vero, si rumpit postumus, vt certum est, qui fieri potest, vt illud per obliquum exequi cogatur? Fac parentem de postumo cogitasse, tum codicillos fecisse, quibus postumi fidei committat, vt alijs hæreditatem restituat: tunc concedam natum postumum codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere. Si non cogitauerit de postumo defunctus, tunc non equidem natus ille, rumpet codicillos, sed non eos exequetur, præsertim vero in hac, qua de agitur specie, qua hæreditatem alijs restituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, postumum legitimam suam detracturum, quæ detractio cessat in specie, de qua loquitur l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. Etenim, non ea ratione nititur l si vnquam, quod inofficiosa sit donatio, sed quia verisimile non est donaturum fuisse parentem, si de liberis nascituris cogitasset: quæ ratio in hac specie euidenter militat. Enimuero, quod de legitimæ detractione adfertur, nihil moratur; quæ enim est ratio, assignare liberis exiguam portionem trientis, alienisque bessem hæreditatis per fideicommissum restitui oportere?

Ad textum in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. liber. responsio ex dictis patet; neque enim agitur ibi de hæreditate præstanda hæredibus scriptis, vt in specie nostra, sed de libertate danda, quæ legato vel fideicommisso relicta est à legitimis hæredibus. Ex quo non rectè inferri potest ad hæreditatem relictam, postumo scilicet auferendam, & alijs restituendam.

CAPVT XIII.

An sit idem respondendum circa postumum ignoranter præteritum, cum testator superuixit, & testamentum non mutauit.

Sed rursus controuertitur: quid si post natum filium, quem in vtero vxoris existentem ignorans testator præterijt, ipse aliquo tempore superuixerit, nec testamentum mutauerit, an id operetur clausula codicillaris testamento adiecta, vt filius teneatur fideicommisso restituere scriptis hæredibus hæreditatem? Affirmant multi ex his quos annotauimus in præcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud est fundamentum, quod cum testatur diu superuixit, & testamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & consequenter velle, suam hæreditatem ad legitimos hæredes peruenire, cum sciat ruptum esse testamentum filij præteriti natiuitate. Argumento sumpto ex leg Athletæ, §. dat remissionem, ff. de excusat. tutor. ex l. tractabatur, ff de milita. testamen. ex l. 3. C. de inoffic. testam. ex leg 3. & l. eum qui, ff. de probation.

Negantis autem sententiæ fundamentum est potissimum primo, in l. filio, §. Seia, ff. de adim. leg. vbi legatum ob superuenientes inimicitias reuocatum, non debetur, tametsi postea testator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Authent. Vt factæ Nouæ Constitutiones, & c. quatenus nihil imputari posse Iustinianus dicit testatori, quod testamentum non mutauerit: *Non enim*, inquit Iustinianus, *omnia sunt in nobis*,

rationem esse habendam eius argumenti, quo nititur distinguens sententia, cum parentibus licere sit perspicuũ plus uni filiorum, quam alteri relinquere, si modo legitimam cuique portionem relinquant, l. parentibus, C. de inoffic. testam.

CAPVT III.

Vtrum, quod dictum est hactenus de testamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum cum liberi sunt naturales tantum: & quid si rescripto Principis sint legitimati: & an locũ habeat in testamento ad pias causas.

ETiam inter filios duntaxat naturales ex imperfecto testamento paternam dispositionem vires obtinere, docuit Speculator titulo de instrumentorum editione, §. compendiosè. Quem secutus est Paulus Castrens. in comment. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testamentis. Et fundamentum est in l. naturalibus, C. de confirmando tutore, in illis verbis: *Naturalibus liberis prouidentes, damus licentiam patribus eorum in ijs rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, & tutorem eis relinquere*, &c. His enim verbis patet, patrem posse quocumque modo filiis naturalibus relinquere, & consequenter etiam ex testamento minus perfecto, & solemni.

Sed contrariam sententiam longè, & communiorem & veriorem esse iudico, leges nimirum, quæ de testamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos, & naturales pertinere: non autem ad liberos naturales tantum. Quæ sententia fuit Angeli, & aliorum, ut per Decium in cons. 610. nu. 2. Et per Clarum, §. testamentum, q. 12. & eam aliis citatis secutum esse Senatum Pedemontanum testatur Ant. Tesaur. decis. 94.

C Fundamentum solidissimum est ex eo, quod leges de testamento inter liberos, seu inter filios loquentes, de his accipiendæ sint, qui verè, & propriè sunt filii. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo matrimonio natus est l. filium, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Quod si quandoque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes, illud capitur, solet legibus ipsis, nec expressum esse in hac, qua de agitur, specie, animaduerto.

Quod vero attinet ad l. naturalibus, existimo verba illa, *Quocunque modo*, &c. quæ pro contraria sententia perpenduntur, non eum habere sensum, vt paréti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta filiis naturalibus testamento relinquere, sed sensus est: *Quocunque modo*, id est, siue inter viuos, siue in ultima uoluntate parentes dederint, uel reliquerint, quemadmodum etiam ibi glossa rectè exponit.

D Cæterum, si filii naturales sint legitimi, rursus controuertitur, an idem statuendum sit circa testamentum imperfectum, quod inter liberos ex iusto matrimonio procreatos constitutum est, ut uidere licet ex Decio, in d. cons. 610. ex Iasone in comment. d. §. ex imperfecto, & ex Andr. Geyll, lib. 2. obser. 22.

Fundamentum negantis sententię positũ est in l. ult. C. de his qui ueniam ætatis impetrauerunt. *Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit*, ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodo ætatem intellectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur; non quæ ab Imperiali beneficio suppletur.*

Sic & in specie nostra, quæ dicuntur de testamento inter liberos, ad eos pertinere uidentur, qui uerè sunt liberi, & ex legitimo matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti sunt.

Sed contraria sententia uidetur mihi longè probabilior, eo argumento, quod liberi naturales, qui Imperiali Rescripto legitimi efficiũtur, iisdem iuribus, & commo-

A dis frui debeant, quibus fruantur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati sicut cũ dilertè, & prolixè statuit Imperator in §. & quoniam variè, & in §. sit igitur licentia, in Auth. quib. modis naturales efficiantur sui. Cõsequẽs est igitur, vt & hoc commodo siue iure, frui debeant, de quo nostra est disputatio; neq; .n. exceptum illis, ac subtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet textus in d. l. vlt. hęc enim dissimilia sunt, quia minorem annis vigintiquinque Princeps facere maiorem nequit, sed eum, qui legitimus non est, legitimum efficere potest; Vide Alexandrum, cons. 1. numero 52. libro primo.

Quod attinet ad tertium, quod titulus huius capitis pollicetur; In Testamento ad pias causas locum habere, quæ nostris legibus sancita sunt de testamento imperfecto inter liberos, respondit Alexander in consil. 3. libro 7. & post eum alios citans Iacobus Menochius, in consil. 224. libro 3. sed contrarium responderunt Are-

B tinus in consil. 64. & Socinus iunior, in consil. 189. num. 76. libro. 2.

Fundamentum prioris sententiæ illud est, quod non magis fauendum sit liberis, quam pijs, & religiosis locis, siue rem ipsam intueamur, quæ cum ad religionem spectet, & pietatem, maximo fauore digna est, siue ipsius testantis voluntatem, qui animæ suæ salutem, & commodum cordi magis habere censetur, quam filiorum vtilitatem. Posterioris vero illud est argumentum: quod leges nostræ de testamentis imperfectis inter liberos loquantur, non autem de testamentis ad pias causas.

Ego sanè, benigniorem sententiam illam esse prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges conscripserunt, magis consentaneam. Coniectura illa motus, quod testamentum ad pias causas coram duobus uel tribus testibus conditum valere cõstat, ex cap. relatum, de testamentis: cur igitur non ualeat, etiamsi reliquis solemnibus destitutum sit, cum certum

C sit testium numerum primas sibi inter cætera solemnia, partes vendicare; si numerus testium minor quam legibus requiratur, testamentum ad pias causas uitiare non solet, ego sic statuebam, nec illud vitiari testamentum, quod cæteris iuris ciuilis solemnibus caruerit, adeoque sufficere, si ea adhibeantur, quæ in testamentis inter liberos imperfectis, leges requirunt. Sed hanc sententiam amplecti non possum, eo in casu quo schedula manu testatoris reperiatur, quæ coram testibus publicata non sit, etsi enim pugnantes sint Doctorum sententiæ, nec desint qui faueant piæ causæ, vt patet ex Couaruu. in capit. relatum, in primo, num. 12. de testam. tamen contrariam sententiam amplector, quam secuti sunt Clarus, alios citans, §. testamentum, quæst. 7. & post alios Iacobus Tomingius, Quæstionum, ac decisionum, cap. 4. Moueor; quia nec iure Canonico locus vllus extat, qui pias causas iuuet in proposita specie, & magnoperè aduertatur Iustinianus in nouella de testam. imperf. quatenus

D vult exceptis liberis, ita demum legata deberi, & fideicommissa, si coram testibus nuncupentur. Verba hæc sunt: *Si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus uoluerit relinquere, legata, aut fideicommissa, aut libertates, & hæc propria scripta manu, dictaque a testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita, ipsi & scripserunt, & uolunt ualere, sint firma.*

CA-

CAPVT IV.

Vtrum Testamentum inter liberos imperfectum seruari debeat; vbi non solùm solennia desunt, sed voluntas quoque imperfecta est. Et an liberi succedant ab intestato; an verò ex Testamento tali imperfecto.

NOn potest prima, quam proposui, controuersia definiri, nisi distinctione adhibita, quæ tres complectatur Propositiones siue Conclusiones.

Prima Propositio: Si Testamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis institutis, secundos hæredes conscribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepisse Testamentum facere, quàm fecisse: Itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. Ita Iabolenus in l. si quis, 25 ff de Testamentis; quam obrem id, quod Constantinus scribit in l. vlt. C. Familiæ hercifcundæ: *Siue inceptum neque impletum sit Testamentum*, &c. custodiendam esse patris defuncti voluntatem inter liberos rectè exponitur accipiendum esse de eo Testamento, quod impletum non est quantum ad iuris solennia; si enim Testator morte præuentus illud perficere non potuisset, aliter ex sententia Iaboleni respondendum esset.

Secunda propositio: Si Testatoris voluntas imperfecta sit, quia conditiones, quas adscribere volebat, non adscripserit: veluti, Ille hæres esto, secundùm conditiones infrà scriptas, tunc si nulla sit adiecta conditio, valet nihilominus institutio, & pro pura habetur, l. si testamentum, C. de Institutionibus & Substitutionibus vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus respondit, vicos Reip. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quòd Testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præuentus non fecit, vt in l. cum pater, §. vlt. de legatis 2.

Sed huic decisioni obstare videtur, quod Marcellus respondit in l quoties, 9. § Tantundem, ff. de Hæredibus instituendis: *Si enim* ait textus, *tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem destinant inserere non addidit; Nam & hunc pro non instituto putat:* Difficilis sanè Antinomia, quæ hactenus doctissima exercuit ingenia. Duarenus ad tit. de condit. institut c. 3. ad finem, existimat Marcelli sententiam Vlpiano non probari, eo argumento quod & in l. a ff de hæred. instit. eandẽ improbare videatur. Et reuera non simpliciter eam Marcelli sententiam Vlpianus probat: Subdit enim in d. § tantundem: *Sed si conditionem addidit, dum nollet hæredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra volũtatem scriptum est, quam sententiam & ipse, & nos probamus.* Ex quibus verbis apparet eo tantùm in casu Marcelli sententiã probari, quo voluntas testatoris est, vt detracta conditione, hæres non sit, quo in casu nõ est accipienda Imperatoris lex, quare Antinomia facilè conciliatur. Et istud est, quod idem Vlpianus dixit in d. l. 1. ff. de hæredibus instit. *Si voluntas defuncti non refragatur*, &c.

Tertia propositio: Cum Testator scripsit manu sua Testamentum inter liberos, deinde iussit vt Notarius vocaretur, & simul etiam Testes, quibus præsentibus suam vltimam volũtatem declarare se velle dixit: antequam verò Testes & Notarius accederent, mortuus est, non valet ea dispositio. Ita respondit Oldradus in consil. 129. quem multi secuti sunt relati à Couuarruuia in cap. relatum, 1. extra, de Testamentis.

Fundamentum huius sententiæ est primo, in l. Fideicommissa, versiculo quoties, ff. de legatis 3. *Quoties*, ait textus, *quis exemplum Testamenti præparat, & antequam testetur, non valet: antequam testetur*, id est, antequam Testibus adhibitis & vocatis suam declaret voluntatem. Secundò in l. ex ea scriptura. ff. de Testamẽtis: *Ex ea scriptura*, ait lex, *quæ ad Testamentum faciendum parabatur,*
A *si nullo iure Testamentum perfectum esset, nec ea, quæ fideicommissorum verba habent, peti possunt.* Tertiò, in l cõtractus, C. de Fide Instrumentorum, & in l 2 C. de sententijs ex periculo recitandis.

Cæterùm, contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam secutus est Alex ad l. hac cõsultissima, § ex imperfecto, C de Testamentis. Et post eum alij, quos refert & sequitur præceptor meus honorãdus, Ioannes Cephalus, in cons. 99. Moueor ex l. vlt C. Famili e hercifcundæ, vbi Constantinus patris voluntates inter liberos custodiri mandat *Quocunque modo scripturæ, quibuscunque verbis vel indicijs inueniantur relictæ.* At in specie hac scripta extat paternæ voluntatis, quam sola mors eius publicari prohibuit; voluntas manifesta & perspicua, claroque & perspicuo comprehensa documento, ideo est seruanda. Huc accedat Nouella Iustiniani de Testamentis imperfectis, ex qua talem scripturam robur accipere nulli non constat, si cæteris destituta non erit, quæ à Iusti-
B niano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & sequacium ad hanc speciem nostram non pertinent, in qua de Testamento inter liberos agitur, sed locũ habere possunt in alijs Testamentis ac dispositionibus, quę absque solennibus confici non possunt, nec tot ornantur priuilegijs, quot paternam dispositionem inter liberos prosequutæ sunt leges.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, etsi Castrensis, Alexander, Iason, & quidam alij interpretes, in l. hac consultissima. § ex Imperfecto, C. de Testamentis, in proposita specie docuerint: Liberos ex Testamento licet imperfecto succedere, quasi Testamentũ valeat, licet solennibus iuris destitutum, quia lex ea solennia nõ requirat in Testamento inter liberos, tamen contraria sententia mihi magis probatur, quam secutus est Accursius, in d. §. ex imperfecto, Liberos nimirum ab intestato succedere. Huic enim sententiæ magno perè mihi adstipulari videtur Constantinus in d. l. vlt. C. familiæ hercifcundæ, in il-
C lis verbis: *familiæ hercifcundæ licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato senatusconsulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur* Atque illud maximè perpendo, Theodosium in d §. ex imperfecto, & Iustinianum in d. Nouella, de Testamentis imperfectis, vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas custodiatur; nunquam proferre vllum verbum, quo Testamentum valere significetur.

Respondent contrariæ sententiæ autores, Constantinum accipiendum esse, cùm Testator nullos instituit hęredes in Testamento. Non rectè: quia vaticinãtur Item: quia si nullus esset hæres institutus, nec locus esset senatusconsulto Trebelliano, cuius ibi fit mentio.

Secundò respondent: Filios quidem succedere posse ab intestato, sed tamen nõ prohiberi etiam ex Testamento succedere, si velint. Non rectè: quia si Testamentum valeret, non diceret Constantinus eos ab intestato succe-
D dere: Quid enim opus esset intestati successione, aut quid pertineret ad Testamentum validum potestas ab intestato succedendi? Quandiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur, l. Quandiu, ff de acquir. poss.

Tertiò respondent saltem ex Nouella Iustiniani colligi posse Testamentum valere; de quo agitur. Non rectè: quia nullũ in ea Constitutione legitur verbum hac de re.

CAPVT V.

Vtrum Testantis voluntas ex Testamento imperfecto & non solennis, obseruanda sit ab hæredibus in foro conscientiæ & animæ, vt loquuntur.

COntrouersia hæc celebris est, & tractatur latè ab Interpretibus in l. 1. ff. de Condictione indebiti, & post eos diligenter à Couuarruuia, in cap. cùm esses, de testamentis, necnon à præceptore meo Deciano, in consilio 46. numero 93. libro 2. Francisco Man-

tica de coniecturis vlt. voluntatum, lib. 2. tit. 14. & à Iaco- A bo Menoch. de præſumptionib lib. 1. q. 80. Ab iſtis Canoniſtæ, Theologi & cæteri omnes referuntur.

Ego eorum ſententiam magis probo, qui hæredem teneri aſſeruerunt ad præſtanda legata cæteraque exequẽda & implenda, quæ Teſtamento minus ſolenni continentur, ſi hæres non ignoret, eam reuera fuiſſe teſtatoris voluntatem. Hanc ſententiam vbi confirmauero, tum facilè contrariæ ſententiæ argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Teſtatoris volũtatem, quæ in teſtamento minus ſolenni continetur, ſine dubio etiã in foro, vt loquuntur, conſcientiæ obligabitur: ſed verum eſt prius, verum igitur & poſterius. Maior propoſitio probatur ex communi omnium ſentẽtia, in c. nouit, de iudicijs: omnes enim hanc concluſionem admittunt, ac veram eſſe fatentur; eum, qui naturaliter obligatur, etiam in foro conſcientiæ obligari. Minor autem probatur: quia ſi hæres non eſſet naturaliter obligatus ad implendam teſtatoris voluntatem, ex minus ſolenni Teſta B mento, liceret ei ob eã cauſam ſolutum repetere, l. quod indebitum, & l. naturaliter, & l. ſeq. ff. de condict. indeb. l. quod pupillus, ff. eod. tit. cum alijs ſimilib. Sed repetere non ei licet, l. a. C. de fideicommiſſis, l. non dubium, C. de Teſtamentis: ergò naturaliter obligatur. Quamobrẽ Iuriſconſultus in l. in Teſtamento, ff. de fideicommiſſarij libertatibus, reſpondit, *Pios filios debuiſſe manumittere eam*, cui pater in Teſtamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommiſſa dedit.

Confirmatur hoc argumentum: Nam ſi v. g. Teſtamentum conditum ſit coram duobus, vel trib. Teſtibus, non eſt quidem ſolenne, ſed tamen iure naturali valet; quia in ore duorum vel trium ſtat omne verbum, c. relatum, c. cum eſſes, de Teſtamentis: igitur hoc in caſu hæres erit obligatus. Eadem ratio eſt de alijs ſimilib.

Reſpondet Couuar. in d. c. cum eſſes; ex minus ſolenni Teſtamento non oriri naturalem obligationem, ſed quandam obligationem quæ inſurgit ex honeſtate, & C debito morali, non autem ex legis vinculo. Sed obſtat huic reſponſioni, quod cum talis obligatio impediat ſoluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obſtat, ꝙ Doctores à Couuarruuia citati ad probandum ex Teſtamento minus ſolenni obligationem naturalem non oriri, nullo ſatis firmo nituntur fundamento: Etenim nituntur, l. ſi creditoris, C. de fideicommiſſis, cuius hęc ſunt verba: *Si creditoris voluntas iure ſubnixa liberari de debito volentis doceri poteſt, & antequam ſolenniter tibi liberatio à ſucceſſore præſtetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti deſcendentem competere manifeſtum eſt.*

Argumentum ſumunt à contrario ſenſu: ergò nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, ſi ea voluntas iure ſubnixa non eſt, id eſt, ſolennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, non tamen nobis conſtat, an in ea ſpecie voluntas defuncti fuerit hæredi cognita, & perſpecta, vt ex conſcien D tia relicti fideicommiſſi ſatisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri poteſt, vt Teſtantis voluntas nullo modo obliget hæredem, cum videlicet non ſolum eſt minus ſolennis: verum etiam ignorata ab ipſo hærede, ita vt aliqua ratione dubitare poſſit: an ea fuerit defuncti voluntas? Nam ſi exciperet debitor, ſibi relictã eſſe liberationem à defuncto, in ſpecie dictæ legis aduerſus hæredem creditorem debitum petentem, hæres ipſe replicatet; defuncti voluntatem iure ſubnixam non fuiſſe, nec debitori liceret replicare: At qui licet iure ſubnixa non ſit, ea conſcientia tamen ſatisfacere teneris voluntati defuncti; non inquam iſta liceret replicare apud Diocletianum, & Maximianum: quia certò non conſtat, nec vlla fit mentio in ea lege: vtrum loquantur etiam in hac hypotheſi, in qua conſcientia hæredem vrget.

Prætetea, nituntur ijdem Autores autoritate, l. ſi veritas, C. de fideicommiſſis, leui ſanè, vt mihi videtur, con A iectura: *Si veritas*, inquit textus, *vel ſolennitas iuris deeſt, nec amplexus parentis voluntatẽ relicta dediſti, vel Tranſactionis cauſa ſtipulantibus promiſiſti, negotiumque integrum eſt, ad ſolutionem vrgeri non potes.*

Leuis, inquam, immò nulla coniectura eſt; quia nullus eſt, qui dicat quempiam vrgeri poſſe ad ſoluendum quod relictum eſt in Teſtamento minus ſolenni: vrgeri, inquam, in foro, vt vocant, externo, iudicialiter propoſita actione: Verum noſtra diſputatio eſt de foro interno conſcientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum cõtrariæ ſententiæ. Iuſtæ ſunt leges, quæ ſolennia Teſtamentorum induxerunt, & iuſtam ob cauſſam conſtitutæ: ergò obligant & locum habent etiam in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Nego illationem illam, quæ poſtea deducitur in hac ſpecie: ergo hæres non obligabitur in foro conſcientiæ: Nam etſi leges iuſtæ ſint: aliter tamen de illis iudicatur ſecundum forum externum, aliter ſecundum forum conſcientiæ. Ecce non poteſt venditio reſcindi ob quamcunque Vẽ B ditoris læſionem in precio l. ſi voluntate, C. de reſcindenda venditione, hæc eſt lex iuſta, & iuſtas ob cauſſas ordinata, & tamen in foro conſcientiæ emptor, qui lęſit, obligatur ad ſupplendum iuſtum precium Venditori; Sicuti latè probat Couuarruuias, lib. 2. variarum Reſolut. c. 4. Sotus de Iuſtitia & iure, lib. 6. q. 5. art. 1. Arius Pinellus, ad l. 2. C. de reſcindenda Venditione, in 2. parte; num. 35. Vis aliud exemplum? En tibi Actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de dolo, certo tempore circumſcriptæ ſunt, quo elapſo exerceri non poſſunt, & tamen reus in conſcientiæ foro liberatus non eſt, ſed obſtrictus, vt rectè declarat idem Couuar. ad Regulam, Poſſeſſor malę fidei. § 11. nu. 5 de Regulis Iuris, lib. 6.

Secundum argumentum Iudex iuſtè pronunciat Teſtamentum nullum, quod ſolemnibus caret, & iuſtè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem, l. ſi poſt diuiſionem, C. de Iuris, & facti ignorantia, l. ex imperfecto, C. de teſtamentis, igitur talis ſententia obtinet etiam in C foro conſcientię, c. 3. de Maioritate, & Obedientia, cap. omnis anima, de cenſibus. Reſpondeo: Nego conſequẽtiam: ſępè enim aliquid ſecundum forum externum iuſtum reputatur, quod in foro conſcientiæ locum non habet, c. vlt. 17. q. 4. ibi. *Iure fori, ſed non iure poli.* Iudex iuſtè pronunciabit contractum Venditionis reſcindendum non eſſe, nec iuſtum precium ſupplendum, nec poſt tempus conſtitutum à lege de dolo agi poſſe, & tamen is ſecundum quem pronunciabit, quę ad animę iudicium, & conſcientiam tutus non erit, ſi ſciens aduerſarium decepit, vti paulò antè diximus.

Tertium argumentum. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & poteſtas, ſed hic voluntas quidem Teſtatoris adeſt, verum deeſt poteſtas: quia nemo Teſtamentum facere poteſt validum abſque ſolennibus: Ergò hæres nullo modo obligatur ex tali Teſtamento. Reſpondeo: Hæredem quidem non obligari ciuiliter, vt proinde cogi poſſit actionibus propoſi D tis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem; verumtamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac ſpecie, aut verò impedire poteſt, propterea quòd ſolennia non adhibeantur in Teſtamento.

Quartum argumentum. Iure Canonico Teſtamentum non valet, ſi fiat coram vno teſte tantum, vel duobus teſtibus: fieri enim debet præſentibus duobus teſtibus & parocho, capit. cum eſſes, de Teſtamentis. Aut ergò tunc in foro conſcientiæ obligabit; aut non obligabit. Si non obligabit, ſequitur Teſtamentum minus ſolenne in foro conſcientię hæredem non obligare. Si verò obligabit, ſequitur abſurdum: nempe ius Canonicum inducere peccatum: quia ſcilicet Teſtamentum illud non approbat, quod obligat in foro conſcientiæ hęredem, quod abſurdum vt euitetur, dicendum eſſe videtur, Teſtamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro conſcien-

ſcien-

scientiæ. Respondeo: Testamentum solennibus destitutum, de quibus in argumento, Iure Canonico nullum esse, sed tamen hæredem ex conscientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci, aut permitti Iure Canonico: quia ius Canonicum solennitates requirit quo ad forum externum; Neque hæredi vllam concedit potestatem Testamentum illud infringendi, quod ipse hæres nouit à defuncti voluntate processisse, quantum ad forum internum conscientiæ.

Quintum argumentum. Testamentum imperfectum pro nullo habetur, § ex eo, in Institutionibus. Quibus modis Testamenta infirmentur, igitur est perinde, ac si conditum non fuisset secundum regulam, leg. quoties, ff. qui satisdate cogantur. Ergò tale Testamentũ nullo modo obligat in foro conscientiæ. Respondeo: Paria hæc esse: Testamentum non extare; vel minus solenne extare, quo ad ciuilem obligationem: secus quo ad naturalem. Quod probatur, quia si non extaret, solutum ab hærede ob eam caussam repeti posset, l. eleganter, ff de Cõdictione indebiti. Si verò extet, licet imperfectum sit, solutum tamen ab hærede eam ob caussam repeti non potest, l. 2. C de fideicommissis.

Sextum argumentum. Si Testamentum imperfectum in foro animæ implendum esset ab hærede, sequeretur, eas leges peccatum cõtinere, aut certè absque peccato seruari non posse, quæ tale Testamentum pro infecto habent; sed consequens est absurdum: quia sic leges debuissent corrigi: ergo & illud vnde sequitur. Respondeo: Multa esse legibus nostris iustè, & saluberrimè constituta, quantum ad forum externum, quæ tamen cessant in foro conscientiæ: Nec tamen absurdum est, eas correctas non fuisse, ac sublatas: quia nullum per se continent peccatum; immò verò absque peccato seruari possunt, licet per accidens, vt loquuntur, peccet is, qui facit contra consciẽtiam propriam, autoritate legum nixus; sicuti, verbi gratia in ea specie, de qua loquitur Summus Pontifex in c. Inquisitioni, de sententia Excommunicationis; nemo negauerit, iustam esse sententiam Excommunicationis ab Ecclesia latam, apud quam non erat probatum impedimentum Matrimonij, & tamen Summus Pontifex dicit: *Si alter coniugum pro certo sciat impedimentum coniugij, propter quod sine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Ecclesiam probare non possit, debere potius Excommunicationis sententiam humiliter sustinere, quam per carnale commercium* (propter conscientiam) *peccatum operari mortale.*

Ex his responsio patet ad cætera, si quę sunt, argumenta: ad hæc enim omnia reducuntur: Atque ita sentio, saluo Theologorum iudicio.

CAPVT VI.

Quomodo accipiendum sit, quod leges dicunt: Posteriore Testamento imperfecto primum Testamentum perfectum tolli, quando in secundo instituti sunt venientes ab intestato, Controuersia due.

THeodosius legem edidit in hæc verba: *Si quis autem Testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit Testamentum, non aliàs, quòd antè factum est, infirmari decernimus, quàm si id, quod secundò facere Testator instituit, iure fuerit consummatum: Nisi forte in priore Testamento scriptis ijs, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hęreditatem vocantur: eo enim casu, licet imperfecta sit scriptura posterior, infirmato priore Testamento secundam eius voluntatem, non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto, valebit primum Testamentum, licet*

A *in eo scripti videantur extranei.* Hactenus ille, in l. hac consultissima, C. de Testament.

Iam ad interpretationem huius legis primùm pertinet illa quæstio: an idem statuendum sit, si in secundo Testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes. Item illa; an & idem respondendum sit, si & in primo Testamento ijdem vel alij ab intestato venientes instituti fuerint.

Quòd attinet ad primam: duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem esse statuendum, vbi non omnes ab intestato venientes instituti fuerint hæredes in posteriori Testamento: neque enim sufficere, vt vnus vel alter instituatur ex legitimis hæredibus, sed instituendos esse omnes, vt locus sit Theodosianæ legi. Ita docuit Cumanus, Alexander, Ias. qui & alios commemorant in Commentarijs eius loci, Clarus, § Testamentum, q 97 Quorum illud est fundamentum: quòd Theodosius indefinitè loquatur:
B si videlicet instituti fuerint in posteriore Testamento: *Qui ab intestato ad hæreditatem vocantur*: Oratio autem indefinita, ęquipollet vniuersali, l. si pluribus, ff. de leg. 2. deinde, quia lex. dicit: *Secundum voluntatem* (Testatoris) *non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimã intestati valere*: si ergò valet tanquam ab intestato, sequitur, omnes legitimos hęredes instituendos esse, sicuti omnes ab intestato vocantur.

Altera est sententia Francisci Aretini, ad l. si filius qui in potestate, ff de lib. & postumis: sufficere videlicet, si aliqui duntaxat ex legitimis hęredibus fuerint instituti. Fundamentum ponit in l. 2. ff. de iniusto, rupto & irr. testam. & in l. postumus, ff. eod. ti. quibus in locis idem ferè habetur, & Vlp. innuere videtur sufficere, si vnus sit hęres institutus in illis verbis: *Nisi fortè posterius, vel iure militari sit factum, vel in eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest: tunc enim & posteriore non perfecto, superius rumpitur.*

C Si dicatur Vlpianum accipiendum esse eo in casu, quo vnus duntaxat reperiatur ab intestato vocatus, respondet Aretinus, id nobis non constare, & merum esse vaticinium.

Ego communiorem sententiam amplectendam censeo, non eo tantum argumento adductus, quod ex verbis legis Theodosianę sumitur: illud enim non est satis firmum, sed ex ratione ipsius legis Hęc enim est ratio legis: quia fauorabiliores sunt ab intestato venientes, quippe qui & à lege vocantur, & à Testatore, & quidem in postrema ipsius voluntate: quamobrem ęquius esse videtur, eos hęreditatem obtinere, quàm extraneos: licet extranei Testamentum proferant magis solenne & perfectum: Neque enim tanti solennia facienda sunt, quanti ęstimari debet ipsa ęquitatis ratio & iustitię, & simul voluntas defuncti. Hęc cum sit legis ratio vera, palam est, eam tunc obtinere, cum omnes legitimi hęredes in posteriori Testamento vocantur: quia à defuncto, & à lege
D inuitantur ad successionem. Cęterum, si aliqui duntaxat ex legitimis hęredibus instituti sint, tanto fauore nequaquam sunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur sicuti à Testatore. Lex enim omnes in pari gradu existentes ad successionem vocat, non autem vnum vel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus vocauit; Quare tũc veluti cessante legis ratione & fauore, cessare debet lex Theodosiana, & alię leges obtinere, quibus sancitum est; posteriore Testamento ita demum prius infirmari, quod perfectum est, si & secundum fuerit consummatum & perfectum.

Nec magnam difficultatem facit responsum Vlp in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento: necesse est enim illud ita intelligere, cum vnus tantum extat legitimus hęres. Non est hoc vaticinium, sed iusta & congrua interpretatio, vt patet ex dictis.

Quod attinet ad secundam quęst. Paul. Cast. in consil. 327. lib 1. de hac facti specie respondit: Proponebantur duo Testamenta ad pias caussas; quorũ alterũ perfectum,

alterum imperfectum erat; Et quærebatur: an posteriore Testamento ſublatum eſſet primum, licet perfectum. Et reſpōdit ſublatum videri, & ad legem Theodoſij, quæ videbatur obſtare, quatenus requirit, vt in primo inſtituti ſint extranei, in ſecundo autem venientes ab inteſtato, reſpondit idem eſſe ſtatuendum, etiamſi in primo Teſtamento inſtituti ſint venientes ab Inteſtato, & in tex. d. legis Theodoſij ſubaudiendum eſſe verbum (Maximè) vt videlicet poſteriore Teſtamento, quo venientes ab inteſtato ſunt vocati, primum teſtamentum, quod iure perfectum eſt, tollatur, maximè, ſi in primo hæredes inſtituti ſint extranei.

Fundamentum Caſtrenſis eſt, quia poſtrema defuncti voluntas potiſſimum ſeruanda eſt, l. ſi mihi & tibi, §. In legatis, ff. de Legatis 1. Ergò præferenda eſt priori voluntati, licet ſolennibus iuris magis ſit munita. Sententiam Caſtrenſis ſecutus eſt Alexander, in conſil. 146. lib. 2. & ijs adſtipulari videtur Vlpianus, in d. l. 2. ff. de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento, quatenus ſimpliciter reſpōdit, poſteriore Teſtamento minus ſolenni, primum, quod ſolenniter cōfectum eſt, tolli, ſi in eo ſcriptus ſit hæres, qui ab inteſtato venire poteſt: Neque enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Teſtamento inſtitutus ſit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, quemadmodum nec Alexandro, nec Iaſoni, nec Atetino, ad d. l. hac conſultiſſima, §. ſi quis autē, C. de Teſtam. Etenim verba legis manifeſtè repugnant, necnon etiam ratio ipſius legis, quę proximè allata eſt. Verba enim legis hæc duo ſimul exigunt: Vt videlicet in primo Teſtamento, quod ſolenniter conſcriptum eſt, extranei ſint hæredes inſtituti: in ſecundo autem minus perfecto & ſolenni, inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Id patet ibi: *Niſi fortè in priore Teſtamento ſcriptis ijs, qui ab inteſtato ad Teſtatoris hæreditatem vel ſucceſſionem venire non poterunt: in ſecunda voluntate Teſtator eos ſcribere inſtituit, quia ab inteſtato ad eius hæreditatem vocantur. Eo enim caſu*, &c. Ratio autem legis repugnat: quoniam cùm in primo teſtamento inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, ipſi eodem fauore digni ſunt, & pro ſe habent defuncti Teſtatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij, qui poſteriore Teſtamento ſunt vocati: quam ob rē, cùm cætera ſint paria, præualere debet Teſtamentum perfectum; quia ſecundùm Iuris Regulas non rumpitur poſteriori imperfecto.

Quòd autem Caſtrenſis dicebat, ſpectandam eſſe vltimam voluntatem, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iam dictum eſt, ita demum poſteriorem voluntatem ſpectandam, ad priorem perfectam infringendam, cùm & poſterior iure perfecta ſit; nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quòd verò Vlpianus in d. l. 2. ff de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento, non adhibeat illam diſtinctionem, quā adhibuit Theodoſius, parum prodeſſe ſuæ cauſſæ poteſt: noſtræ verò ſententiæ nihil obeſt; ſiquidē alias leges alijs legibus declarari, diſtingui, elucidari, non eſt nouum, l. non eſt nouum, ff. de Legibus. Igitur Vlpiani reſponſum ex Theodoſij lege declarabitur.

CAPVT VII.

Aliæ duæ Controuerſiæ de eadem re.

Pater teſtamentum fecit ſolenniter, filiumque ſuum impuberem inſtituit hæredem, eidemque pupillariter ſubſtituit extraneum; poſtea Codicillum fecit, & quinque teſtibus præſentibus ſubſtitutionem factam reuocauit, ſubſtituitque eidem filio ſuo cognatos proximiores ab inteſtato venientes, quæritur: an poſterior ſubſtitutio in Codicillis facta priorem tollat in Teſtamento ſolenni comprehenſam.

Triplex eſt Doctorum ſententia. Prima eſt Bart. quem

A ſecuti ſunt Caſt. Fulgoſ. & Alex. in Comment. l. hac conſultiſſima, §. ſi quis autem Teſtamento, C. de Teſtam. poſteriori ſubſtitutione ſublatam priorem videri. Fundamentum eſt in d. § ſi quis autem Teſtamēto. Sicut enim prius Teſtamentum perfectum, in quo inſtituti ſunt extranei, poſteriore tollitur imperfecto coram quinque teſtibus facto, in quo venientes ab inteſtato, ſunt vocati; ita & ſubſtitutio, de qua agitur, ſublata eſſe videtur. Huc accedat, quòd ſubſtitutio pupillaris in Codicillo facta, videtur eſſe in Teſtamento facta, ſcilicet pupillari Teſtamento, § Igitur, in Inſtitut. de pupillari ſubſtitutione. Quod quidem pupillare Teſtamentum fieri poteſt etiam ſeorſim à Teſtamento patris, l. ſi quis eum, 16. §. 1. ff. de vulgari & pupillari ſubſtit.

Altera eſt ſententia Baldi, Angeli, Salyceti, & aliorum, quos commemorant Alex. & Iaſon in Comment. dicti loci; In hac ſpecie, de qua agitur, poſteriorem ſubſtitutionem

B in Codicillis factam non valere, & ideo priorē non videri ſublatam. Fundamentum eſt, quia in Codicillis hęreditas neque dari, neque adimi directè poteſt, l. 2. C. de Codicillis, §. Codicillis, in Inſtitutionibus, eodem titulo: in hac autē ſpecie noſtra hæreditas directè auſertur prioribus ſubſtitutis in Teſtamento, & datur alijs ſubſtitutis in Codicillis; igitur non valet, & conſequenter priorem ſubſtitutionem non infirmat.

Poſtrema eſt ſententia, quæ mihi cęteris probabilior videtur, Alex. in d. §. ſi quis autē, poſt alios, quos commemorat: poſteriore ſubſtitutione in Codicillis facta, ſublatam videri priorem, non quidem iure directo, ſed per fideicommiſſum, ita videlicet, vt ſubſtituti in Teſtamento, rogati eſſe videantur hæreditatem reſtituere ſubſtitutis in Codicillis. Fundamentum habet hęc ſententia ſatis firmum, in l. Scæuola, ff. ad Trebel. *Si pater*, ait textus, *filium ſuum ex aſſe hæredem ſcripſerit, eiq; Codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licet ſubſtitutio inutilis ſit,*

C *quia Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi poteſt; tamen benigna interpretatione placet, vt frater, qui ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.* Hactenus Iuriſconſult.

Quod quidem reſponſum ad quæſtionem noſtram rectè accommodari poteſt, in hūc ſanè modum, vt licet inutilis ſit ſubſtitutio directa in Codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Teſtamento ſubſtituti fuere, atque adeò ipſi pupillo ſuccedere poterunt, fideicommiſſo obligentur ijs, qui in Codicillis ſubſtituti ſunt.

Ad argumentum prioris ſententiæ reſpondeo, textum in d. §. ſi quis autem, directè non comprehendere hanc ſpeciem, & licet eadem ſit ratio in Codicillis, quæ in Teſtamento, præſertim cùm & poſterius Teſtamentum non valeat, vt Teſtamentum, ſed vt voluntas ab inteſtato defuncti; illud tamen eſt impedimēto in quæſtione noſtra, quòd in Codicillis hæreditas directè dari non poteſt, conſequenter ij, qui in Codicillis ſubſtituti ſunt, directè

D ſuccedere non poſſunt, ſed per fideicommiſſum. qua ratione rectè perpenſa, reſponſio patet ad argumentum alterius ſententiæ: nihil enim aliud probat, niſi ſubſtitutionem in Codicillis factam iure directo non valere, quod nos etiam concedimus atque defendimus: ſed valere tamen iure fideicommiſſi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera eſt controuerſia. Pater Teſtamentum fecit, & liberis hæredibus inſtitutis in legitima portione; vel illis iuſtas ob cauſſas exhæredatis, extraneos inſtituit hæredes, adhibitis ſolennibus teſtamentorum, poſtea aliud Teſtamentum fecit, in quo hæredes filios ſuos inſtituit, non adhibitis quinque teſtibus, ſed ſeruata tamen forma Nouellæ Iuſtiniani de Teſtamentis imperfectis; quæritur an poſteriore teſtamento ſic imperfecto, ſublatum eſſe videatur prius perfectum & ſolenne; Et quidem ſublatum non videri Oldradus, ſubobſcurè tamen, reſpondit, in conſil. 119. Idem docuerūt Iaſon & Sichardus, in Comment. d. §. ſi quis autem. Fundamentum eſt in eo textu, quatenus Imperator diſertè requirit quinque teſtes in

in posteriori Testamento, in quo venientes ab intestato instituti sunt, inter quos procul dubio sunt & liberi: Quare cùm in proposita specie quinque testes adhibiti non fuerint, primum testamentum sublatum non videtur.

Nec obstat: si dicatur Testamentum inter liberos valere etiam sine testibus. seruata tamen forma Nouellæ de Testamentis imperfectis: quia hic non tantùm opus est vt valeat, verùm etiam vt tollat præcedens Testamentum, quod videtur difficilius. Et ratio est; quia vbi nullũ præcessit Testamentum, tunc causa intestati iuuat caussam testati, vt loquuntur Doctores nostri, hoc est, quia liberi ab intestato successuri sunt, idcirco facilè conceditur Testamentum valere inter ipsos liberos confectum à parentibus: sed vbi aliud præcessit Testamẽtum, in quo alij hęredes instituti sunt, hæc ratio cessat; quia defuncto succedunt hæredes instituti, non autem liberi.

Sed contrariam sententiam habuit Castrensis in Auth. Hoc inter liberos, C. de Testam. Et Alexander post Baldum, quem citat, in l. hac consultissima, § ex imperfecto, C. eodem titulo.

Huius sententiæ fundamentum est: quia tale testamentum imperfectum inter liberos sine dubio valet Si valet: ergò prius testamentum rumpitur: quia nemo potest decedere cũ duobus testamentis validis, l. postumus, §. si paganus, ff de iniusto, rupto & irrito testamento. Argumentum a simili affertur de Testamento militis: Primum enim militis testamentum iure communi celebratum rumpitur posteriore, quod iure militari conditum est. l. Eius militis, §. militia missus, ff. de militari Testamento.

Mihi prior sententia magis probatur, atque pro eiusdem sententiæ confirmatione perpendo totam seriem ac dispositionem, l. hac consultissima, C de Testamentis, vbi Theodosius primùm recenset solennia Testamentorum in scriptis. Secundò statuit testamentum illis solennitatibus carens, imperfectum esse. Tertiò, ex imperfecto testamento defuncti voluntatem tãtum inter liberos tenere. Quarto commemorat solennia testamenti nuncupatiui, vt in §. per nuncupationem, Postremò, in §. si quis autem vi, statuit primum testamẽtum perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi in primo extranei; in secundo autem venientes ab intestato instituti sint, & in secundo fuerint quinque testes adhibiti.

Hoc postremum legis caput ad omne testamẽtum imperfectum referri debet, & sic etiam ad testamentum imperfectum, quod inter liberos factũ est, de quo prius Imperator verba fecit; & sic Theodosius hoc vult, vt licet testamentum imperfectum aliquando seruandum sit, puta inter liberos, non tamen locum habere possit, vbi de priori testamento solemni rumpendo agitur, nisi hæc duo prętерea concurrant: Nempe, vt in primo extranei sint instituti, in secundo autem instituti sint ipsi liberi, vel alij ab intestato venientes coram quinque testibus.

Quibus ritè perpensis, patet contrariæ sententiæ argumentum non obstare: Neque enim bona est collectio: Testamentum inter liberos ita conditum valet: ergò tollit præcedens testamentum solenne: valet enim, si nullũ præcedat testamentum, sed non potest aliud præcedens testamentum infirmare.

Nec simile obstat, quod affertur à nonnullis ex l. eius militis, §. militia missus, quia nouissima voluntas militis testamentum est, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea distinctio non adhibetur, quæ in cæterorum testamentis adhiberi solet: Vtrum nempe, prius testamentum perfectum sit & solenne: nostra autem quæstio non est de milite.

A

CAPVT VIII.

Vtrum Theodosij Constitutio, de qua in d. l. hac consultissima, §. si quis autem testamento, C de Testamentis. locum habeat, si quis testamento facto extraneos heredes instituerit; deinde quinque testibus adhibitis se intestatum decedere velle, & testamentum suum reuocare declarauerit. Et an primum testamentum reuocetur per secundum, si testator iurauerit se illud non reuocaturum.

QVidam testamentum fecit solennibus adhibitis, atque in eo hæredes extraneos instituit; deinde testibus quinque adhibitis declarauit, se illud reuocare velle, quoniam intestatus decedere in
B animo habet. Quæritur, an prius testamentum perinde infirmetur ac si secundum scripsisset testamentum, atque hæredes ab intestato venientes instituisset.

Communis est sententia reuocatum videri prius testamentum, ita Alexander, in l. Sancimus, C. de Testamentis. Couarruuias ad Rubricam de Testamentis, in secunda parte. Versiculo, Sexta conclusio Alios citat Cardinalis Franciscus Mantica, de coniecturis vltimarum Voluntatum, libro secundo, titu. decimoquinto, nume decimooctauo. Et fundamentum est, quia is, qui vult intestatus decedere, censetur hæreditatem venientibus ab intestato relinquere, l. conficiuntur, ff de iure Codicillorum: sicut ergo primum testamentum esset reuocatum, si secundum condidisset, in quo venientes ab intestato instituisset hæredes, vt in l. Hac consultissima, § si quis autem, C. de Testamentis: ita etiam respondendum videtur in hac specie, in qua tacitè venientibus ab intestato hæreditatem reliquit.

C Sed contrariam sententiam habuerunt Paulus Castrensis & Fulgosius in d. l. Sancimus. C. de Testamẽtis, pendetque hæc iuris controuersia ab ea quæstione: An testamentum reuocetur ex eo, quod testator declarauerit, se velle illud reuocare, ac intestatum decedere Qua in re aliqua sunt iuris loca, ex quibus decisio colligi possit: in primis textus in l militis, §. Veteranus, ff de militari Testamento. *Veteranus miles*, inquit Papinianus, *testamentũ iure communi, tempore militię factum, irritum esse voluit, et intestatus esse maluit. Heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit Legata vero petentes exceptione doli mali secundum ius commune submoueri, cuius exceptionis vires ex persona petentis æstimantur, & alioqui potior est in re pari, causa possessoris.*

Sententia legis hæc est. Testamentum minimè reuocari quantum ad institutiones, & substitutiones, ex eo, quod testator dixerit, velle se illud irritum esse, & intestatum decedere, sed quantum ad legata, reuoca-
D tum censeri, & ideo legatarijs petentibus legata ex tali testamento, doli mali exceptionem obijci posse: Si tamen res legatas possideant, eorum causam meliorem esse: quia scilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus est in l. prima, §. si hæres, ff. si tabulæ Testamenti nullæ extabunt. Vlpianus: *Si hęres institutus non habeat voluntatem* (defuncti) *vel quia incisę sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel qua alia ratione testator voluntatem mutauit, voluitque intestato decedere: dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.*

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult: Hæreditatem pertinere ad venientes ab intestato, propterea, quòd testator priori mutata voluntate declarauerit se velle intestatum decedere.

Tertius locus est in §. ex eo, in Institutionibus: Quibus modis Testamenta infirmentur: *Ex eo autem solo*,

inquit Imperator, *non potest infirmari testamentum, quòd postea testator id noluerit valere*, &c.

Hic locus videtur esse similis primo, quem citauimus.

Quartus locus est in l. Sancimus, C. de Testamentis, vbi Iustinianus ita dicit: *Si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure tollitur primum testamentum: Si autẽ testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel alijs verbis vtendo, contrariam apparuerit habuisse voluntatem, & hoc vel per testes idoneos, non minùs tres, vel inter acta manifestauerit, & decennium fuerit emensum, tunc irritum esse testamentum tàm ex contraria voluntate, quàm ex cursu temporali*, &c.

Sunt igitur tria iuris loca, ex quibus probatur: Testamentum non reuocari ex eo solo, quod testator dixerit: se nolle illud valere, sed potius intestatò decedere; ex quibus planè efficitur, vt in quæstione proposita Fulgosij & Castrensis sententiam iuris magis consentaneã esse non dubitem: Si enim testamentum illo modo reuocari non potest, nisi & decennale tempus concurrat, sequitur dicendum in proposita quæstione, reuocatum non videri.

Respondent cõtrariæ sententiæ authores; Leges proximè allatas loqui, quoties testator tres tantùm adhibuerit testes in reuocando testamento autoritate d. l. Sancimus, ibi. *Et hoc vel per testes idoneos, non minùs tres*, &c. Non rectè; Quia idem vult textus in d. l. Sancimus. Etiamsi essent plures testes quàm tres; illa enim verba, *Non minùs tres*, significant, non pauciores esse oportere, quàm tres, sed tamen idem esse respondendum, licet sint plures, quàm tres.

Non obstat textus in d. l. t. § si hæres, ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt: quia Iurisconsultus ibi non docet ex professo; Testamentum irritum fieri ex eo, quod testator illud reuocet, & velit intestatus decedere: sed præcipua eius mens ac intentio est, explicare: Vtrum ab intestato venientes, qui bonorum possessionem acceperunt, excludere aliquando possint hæredẽ scriptum: & respondit, posse, si hæres scriptus non habeat defuncti voluntatem, vt puta, si tabulæ testamenti sint incisæ, vel cancellatæ à testatore, vel si qua alia ratione voluntatem testator mutauerit, volueritque intestatus decedere. Quæ autem sit illa ratio, Iurisconsultus non declarat, neque verò illa ratio esse poterit: Si videlicet testator dixerit, se velle intestatum decedere: quia hæc sola non sufficit ad infirmãdum testamentum prius confectum, vt iam dictum est; sed hoc intelligere oportet, si testator aliquid aliud fecerit simile incisioni & cancellationi tabularum, ex quo manifestum sit, ipsum mutasse voluntatem, vt puta, si testium sigilla, vel subscriptiones, vel partem scripturæ testamenti lacerauerit, dixeritque se velle intestatum decedere: tunc enim irritum efficitur testamentum, l. penult. C. de Testamentis.

Non obstat textus in d. l. hac consultissima, §. si quis autem, loquitur enim de eo, qui post primum testamentum aliud fecit. Et licet eadem ratio esse videatur etiam in hac specie, tamen illud est impedimento, quod secundum iuris regulas primum testamentum ex eo solo non rumpitur, quod postea testator dixerit, se nolle, illud valere.

Quòd attinet ad alteram quæstionem: sunt qui existiment, primum testamentum iuramento non obstante reuocari, sunt qui negent; sunt qui reuocari quidem putẽt, sed testatorem in periurium incidere. Vide Couarruuiam, ad Rubricam de Testamentis, in 2. parte, nu. 9. Et Iulium Clarum, §. Testamentum, q. 94.

Qui reuocari putant, eo mouentur argumento; quod iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur, l. vltima, C. de non numerata pecunia. hæc autem est natura testamenti, vt reuocari possit. qui verò negant, iuramento nituntur, & is, quæ pro eius efficacia, & virtute Sacris Canonibus constituta sunt, c. cùm contingat, de iureiurando, cum alijs similibus.

Sed mihi magis probatur reuocari posse, quamquam temerè iurantem, hoc modo à peccato excusare non possim, ex notatis in c. vlt. de Procuratorib. lib. 6. Etsi enim iusiurandi magna sit virtus & efficacia in contractibus, & cæteris conuentionibus, non tamen eandem esse in actibus, qui ex sola voluntate facientis pendent, iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non possint. Illud non probo, quod nonnulli asserunt, tale iuramentum esse contra bonos mores: quia liberam testandi facultatem impedit, ex l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligationibus. Neque enim illa lex ad hunc casum rectè accommodari potest, & si quæ aliæ sunt similes leges: quia de stipulante & paciscente loquuntur, qui liberam testandi facultatem alijs præripere conatus est.

CAPVT IX.

Vtrum testamentum ex causa exhæredationis filiorum sit nullum.

VAriæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ, si paterfamilias Testamento facto suos exhæredauerit liberos, an valeat testamentum. Et quidem nequaquam valere, si exhæredationis causæ non adscribantur; vel adscriptæ non probentur, docuit olim Martinus Glossator, & Iacobus Beluisius, quorum sententiam de iure veriorem esse scribit Aretinus in Commentarijs Auth. Non licet, C. de Liberis præteritis. Cæterùm, communis sententia est, distinctionem adhibendam esse, in hunc modum. Vt si quidem nulla exhæredationis causa testamento fuerit inserta, vel talis causa inserta fuerit, quæ legitima non sit ac sufficiens, tunc testamentum sit nullum: si verò causa legitima inserta sit, sed probari ab hærede non possit, tunc testamentum consistat, sed tamen rescindi per quærelam de in *officioso* possit. Ita docuerunt Bartolus, Alexander, Iason, numero 18 Cagnolus num. 75. in Authen. Ex causa, C. de Liberis præteritis. Iulius Clarus, §. Testamentum, quęstio. 40.

Tertia denique est sententia, in omnibus his casibus testamentum quidem valere: cæterùm quærela proposita rescindi tanquam inofficiosum posse. Ita docuere Fulgosius, in Commentarijs. d. Auth. Ex causa, Ioannes Imolensis, ad l. 1. ff. de Testamentis. Viglius ad Institutiones, titulo de inofficioso tastamento, in principio *Vasquius de* Successionum creatione, parte. 1. lib. 2. §. 10 *num. 162.* Et in eandem sententiam inclinare videtur *Couarruuias*, ad c. Raynucius, in principio, nu. 6. de Testamentis. Adde Duarenum in Commentarijs ad Tit. C. qui testa. facere possunt. c. 3. & ad Titulum de inoff. testamento.

Atque hanc sententiam postremo loco relatam, ego verissimam esse iudico, quam breuiter confirmabo; deinde argumentis contrarijs respondebo.

Probatur igitur hæc sententia primò, quia certum est, ante Nouellam Iustiniani, de qua in §. aliud quoque capitulum, in Authentic. Vt cùm de Appellatione cognoscitur: Eiusmodi testamentum inofficiosum appellari posse, ac proinde rescindi per quærelam, non autem nullum esse & inualidum. id patet ex toto ferè titulo, ff. & C. de inofficioso Testamento, ergò nullo alio argumento nullũ esse demonstrari potest, quàm ex dicta Nouella Iustiniani, sed in d. Nouella ius antiquum non corrigitur à Iustiniano circa quærelam inofficiosi testamẽti, quod sanè ius antiquum si tollere voluisset Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuisset id exprimere, sicuti exprẽssit, dum causas iustas exhæredationis & præteritionis constituit. Et sanè cuilibet vel mediocriter versato in lectione Nouellarum, notum esse potest, cum esse morem Iustiniani, vt nunquam ius antiquum emendet ac mutet, nisi præmissa præfatione, & causis, quibus se inductum fuisse commemoret. Quam ob rem cùm in tota illa Nouella nullum sit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non est à nobis temerè inducenda.

Secundò probatur ex verbis d. Nouellæ Iustiniani, in § sin autem hæc obseruata non fuerint, ibi: *Sed quantum ad hoc non rescissum testamentum*, &c. Et rursus ibi: *Et*

rescisso

reſciſſo teſtamento,&c his enim verbis indicatur teſtamẽtum reſcindi poſſe, & conſequenter nullum dici non poſſe; quia id quod nullum eſt, reſcindi non poteſt. l. nam etſi ſub conditione, ff. de iniuſto, rupto & irrito teſtam.

Nec valet reſponſio illa: Reſcindi poſſe teſtamentum impropriè, quatenus de facto proceſſit: ſicuti & alibi id, quod nullũ eſt, reſcindi dicitur, l. 1. ff. de Ferijs, l. 1. ff. quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur. Nam nulla ſuppetit ratio in d. Nouella, ita accipiendi verbum *reſcindi*, quod cum propriè referatur ad actum validum, qui tamẽ infirmari poteſt, noſtrum non eſt à proprietate verbi recedere; præſertim cum ex hoc inducatur correctio legum antiquarum, ſed potius ſequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona eſt conſequentia. Verbum aliquod alibi in eo ſenſu accipiendum eſt: igitur & hoc in loco: alijs enim locis conuenire poteſt, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ ſumitur ex § Aliud quoque capitulum, Nou. illæ ſupra dictæ, in illis verbis: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ, &c. filium ſuum, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exheredes in ſuo facere teſtamento; niſi forſitan probabuntur ingrati; & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento, &c.* Ergò niſi hæc obſeruata fuerint, teſtamentum eſt nullum, veluti factum contra legem, argumento l. non dubium, C. de legibus, & l. cum lex, ff. de fideiuſſoribus.

Reſpondeo: Teſtamentum nõ eſſe nullum, ſed reſcindi poſſe per querelam. Nam & olim ſine iuſta cauſa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen teſtamentum valebat, ſed reſcindi poterat: hoc enim ſufficit in eum qui legis præcepta non obſeruat, conſtituere, vt ſcilicet actus effectu non conſiſtat, & infirmari poſſit.

Secundum argumentum eſt ex eadem nouella, in §. ſiue igitur, vbi Imperator ſtatuit: Teſtamentum ſuam habere firmitatem, ſi parentes vnam, vel plures ex cauſis ibi enumeratis expreſſerint in exhæredatione liberorum & ſcripti hæredes eam probauerint: Ergò à cõtrario ſenſu nullum eſt teſtamentum, ſi hæc ſeruata non fuerint.

Reſpondeo. Non hoc ſequi, ſed teſtamentum ſuam firmitatem non habiturum, quia videlicet reſcindi poterit. cauſis autem expreſſis & probatis nequaquam. & ſic argumentum à contrario ſenſu rectè ſumetur.

Tertium argumentum eſt ex eadem Nouella, vbi Iuſtinianus poſt §. ſiue igitur, ita dicit: *Si autem hæc obſeruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari*: ſi enim nullum generari poteſt præiudicium: ergo teſtamentum non valet: Nam ſi valeret, aliquod præiudicium generaretur, ſi vel tempore conſtituto querela inofficioſi teſtamenti non proponeretur, vel filius exhæredatus antequam eſſet præparata, moreretur.

Reſpondeo, nullum fieri præiudicium liberis exhæredatis, ſcilicet ſi querelam propoſuerint tempore conſtituto, non autem ſi teſtamentum approbauerint. Nam etſi nullum eſſet teſtamentum, & ipſi illud approbarent, præiudicium oriretur. Fateor vtilius eſſe liberis ſi teſtamentum ſit nullum, quàm ſi ſit inofficioſum: ſed non propterea inferri poteſt, nullum eſſe, & querela opus non eſſe: quia ſatis eſt, ſi propoſita querela, quam proponendi liberam habent poteſtatem, vt teſtamentum reſcindatur, liberi poſſint impetrare, & ea ratione ſuæ indemnitati proſpicere.

Quartum argumentum eſt ex eadem nouella poſt § ſiue igitur. in illis verbis: *Sed quantum ad inſtitutionem hæredum teſtamento euacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato peruenire.*

Reſpondeo, *euacuato teſtamento*, ſcilicet per querelam. Nam per eam reſcinditur & exinanitur teſtamentum, & res ad cauſam inteſtati reducitur.

Poſtremum argumentum eſt ex eodem § ſiue igitur. in illis verb. *Si tales igitur cauſas, vel vnam ex iis liberis teſtamentis inſcripſerint, & ſcripti ab iiſdem heredes eam probauerint, teſtamentum in ſua firmitate manere præcipimus;* A *ſi autem hæc omnia non fuerint obſeruata, nullam vim huiuſmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem hæredum habere ſancimus.*

Reſpondeo; *Nullam vim habere*, quia reſcindi poterit. id patet ex verbis ſequentibus: ſtatim enim ſubdit textus: *Sed reſciſſo teſtamento, eis, qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari diſponimus.*

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Auth. Præterea, C. de liber. præteritis, ſi teſtamentum irritum ſit ex cauſa præteritionis & exhæredationis, cætera tamen firma manere.

Controuertitur autem quo modo ſit accipiendum, quod dicitur in d. Authen. Præterea, cætera in teſtamento contenta præter inſtitutionem ſirma B manere; vtrum ſcilicet in ea parte ita teſtamentum conſiſtat, vt ex eo naſcatur actio legatarijs & fideicommiſſarijs. Duplex eſt Doctorum ſententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agendum eſſe ex teſtamento. ita Bartol. Caſtrenſ. Alexand. Iaſon, Corneus, in Commentarijs d. Authen Præterea, C. de liber. præterit. Aud Geyll. lib. 2. Obſeru. 113. ad finem.

Fundamentum eſt in §. ſiue igitur, in Authen. vt cum de Appell cog. ibi. *Tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.*

Secunda eſt ſententia Dyni, Cyni & Petri, actionem ex teſtamento non oriri, ſed agendum Condictione ex lege. Fundamentum eſt: quia nemo poteſt decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſecundum vulgarem Iuris Regulam. Igitur cum teſtamentum, quantum ad inſtitutionem, ſit irritum, valere non poteſt quoad cætera in ea diſpoſita, licet cætera firma maneant, ac præſtari debeant. Non enim ex teſtamento peti poterunt, C ſed Condictione ex lege, tanquam ab inteſtato. Præſertim vero, quod ex lege firmantur, & cum aliquid confirmatur agendum ſit ex confirmante, non ex confirmato, argum. l. aſſe toto, ff. de hæred. inſtit. l. ſi quis priore, ff ad Trebell. l. poſtum. § vlt. ff. de iniuſto, rupto & irrit. teſtamento. Huc accedat quod textus in dicto §. ſiue igitur, non abſolutè dicit, teſtamentum in ea parte valere, ſed inquit, *Et tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum* Illa dictio *Tanquam*, eſt improprietatis nota, ſecundum Albericum, in Dictionario, in verbo, tanquam. Denique, nemo poteſt decedere cum duobus teſtamentis validis, ſed ſi poſterius valet, tollitur prius, § poſteriore, in Inſtitut. quibus modis teſtam. infir. Si quis ergo vnum faciat teſtamentum, deinde aliud, in quo filium exhæredet hoc ſecundum teſtamentum, cum ſit irritum, nõ poterit præcedens tollere; ergo præcedens manebit firmum, & ſimul quoque poſterius, quantum ad cætera in eo diſpoſita præter inſtitutionem.

D Verum iſtis nil morantibus, communem ſententiam veriorem eſſe iudico, & ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo: ab initio quidem neminem poſſe decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum; ſecus ex poſt facto, l. circa, ff. de inof. teſtamen. Ergo pro parte rumpi teſtamentum poterit defuncto teſtatore, & pro parte obtinere; Et cum hæc de re clara ſit Conſtitutio Iuſtiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & ſtatuto obtineri poſſe, vt teſtamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius, ad l. ius noſtrum, ff de regu. iur. Quod vero dicebatur ex confirmante agendum, non ex confirmato, non ſemper verum eſt, id patet: quia cum pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur, l. legitima, ff de pactis. Et ratio eſt; quia, ſi teſtamentum, quod reſcindi poterat, ita confirmatur à lege, vt valeat, nec reſcindi poſſit, ſine dubio illud, tanquam validum, actionem producit, ſicut cætera teſtamenta. Et dictio *Tanquam* aliquando eſt veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum

mentum reſpondeo i ſi talis proponeretur facti ſpecies: primum teſtamentum vires habiturum, non ſecundum quippe quod in omnibus non conſiſtat, nec aliter poſteriore teſtamento prius infirmetur, quam ſi poſterius voluerit. Vide Angelum inter conſilia Petri Ancharani, conſil. 203.

CAPVT XI.

Cum teſtamentum eſt nullum, ex cauſa præteritionis filij, vel inofficioſum, ex cauſa exhæredationis; vtrum filius, qui ab inteſtato vindicat hæreditatem, eam reſtituere teneatur hæredibus in teſtamento ſcriptis virtute Clauſula codicillaris in teſtamento adiecta.

COmmunis eſt ſententia; filium, qui ab inteſtato vendicat hæreditatem, eam ob cauſam, quod ſit exhæredatus, vel præteritus in teſtamento, vigore clauſulæ codicillaris fideicommiſſo teneri ad reſtituendam ſcriptis hæredibus hæreditatem, detracta ſcilicet legitima. Vide Bartolum in Authent. ex cauſa, C. de liber. præteri. in leg. prima, num. 9. ff. de iure codicillor. Caſtr. Alexand. Iaſon, & alij, de quibus per Gabrielium commun. concluſ. titu. de clauſulis, concluſ. 7. & Iulium Clarum, in § teſtamentum, quæſt. 46.

Et fundamentum eſt primo in l. ex ea, §. 1. ff. de teſt. Paulus: *Ex his verbis quæ ſcriptura paterfamilias addidit; Hoc teſtamentum ratum eſſe volo, quacunque ratione poterit, videri eum voluiſſe, omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam ſi inteſtatus deceſſiſſet.* Secundò, quia codicillaris clauſula idem operatur, ac ſi teſtator venientes ab inteſtato rogaſſet, vt hæreditatem ſcriptis hæredibus reſtituerent, l. vlt. C. de codicill. ibi: *Illud quoque pari ratione ſeruandum eſt,* &c. Sed ſi ita rogaſſet expreſſe venientes ab inteſtato, vt ſcriptis hæredibus reſtituerent hæreditatem, nullum videretur eſſe dubium, quin fideicommiſſum præſtandum eſſet, l. ſi quis cum teſtamentum, de iure codicillor. Ergo idem reſpondendum, vbi clauſula codicillaris teſtamento adiecta eſt.

Verum huic communi ſententiæ vt aſſentiri non poſſim facit textus in l. Titia, ff. de inoff. teſtam. Scæuola: *Titia filiam hæredem inſtituit, filio legatum dedit; eodem teſtamento ita cauit. Ea omnia, quæ ſupra dari fieri iuſſi, ea dari fieri volo ab omni hærede bonorumve poſſeſſore, qui mihi erit etiam iure inteſtato Item quæ dari iuſſero, ea, vti dentur fiantque fidei eius committo. quæſitum eſt, ſi ſoror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommiſſa ex capite ſupra ſcripto debeantur. Reſpondit ſi hoc quæratur: an iure eorum, quos quis ſibi ab inteſtato hæredes, bonorumve poſſeſſores ſucceſſuros credat, fideicommittere poſſit Reſpondit, poſſe. Paulus notat. probat autem nec fideicommiſſa* ab inteſtato data deberi, *quaſi à demente.*

Vides hic, quod Paulus docuit in l. ex ea, §. 1. ff. de teſtamen. non probari eidem Paulo in hac, de qua agitur, ſpecie: quia fideicommiſſum à demente factum videtur. Et ſanè leges, quæ teſtamentum has ob cauſſas reſcindunt, & filijs præteritis ſiue exhæredatis ab inteſtato ſucceſſionem deferunt, quodammodo eluderentur, hac, de qua agimus, cautela clauſulæ codicillares, omniſque minueretur ferè honor liberis debitus ex honorabili inſtitutionis titulo, ſi reſciſſo teſtamento hæreditatem nihilominus reddere ſcriptis hæredibus cogerentur.

Idem docet Scæuola in l. patronus, § vlt. ff. de legat. 3. *Apud Scæuolam* (inquit textus) lib. 18. *Digeſtorum, Claudius notat, nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cuius de inofficioſo teſtamento conſtitiſſet: quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe, ideoque nec aliud quid pertinens ad ſuprema eius iudicia valet.*

Dicebam olim, ſublatam eſſe hanc rationem, qua nititur l. Titia ex Iuſtiniani Nouella, ſtatuentis cætera in teſtamento contenta, præter inſtitutionem, firma manere. Sic enim præſumi ac cenſeri non poſſunt, veluti à demente ordinata, alioqui firma non manerent. Corre-

A cta autem ac ſublata ratione legis, videri ſublatam & correctam legem, vt docet Gloſ. in l. prima, ff. de legit. tutor. Iaſon ad l. poſtum. nu. 18. C. de bonorum poſſeſſ. contra tabu. Sed iam non placet hæc reſponſio: quia procedere poteſt quoad alia in teſtamento ordinata præter inſtitutionem. hic verò eſt quæſtio de ipſa inſtitutione, an vigore clauſulæ codicillaris conuertatur in fideicommiſſum: Et de hac re nihil Iuſtinianus ſtatuit, ſed de alijs duntaxat legans & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Et ratio eſt; quia teſtator nil peccauit circa reliqua legata & fideicommiſſa, ſed duntaxat circa ipſam inſtitutionem, meritò illa irrita efficitur, non cætera legata. Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quo modo poſſit ad fideicommiſſum trahi; Non lex, non ratio id ſuadere poteſt. Quare à communi ſententia recedendum puto, vnà cum Accurſio in Authen. ex cauſſa, C de liber. præterit & cum multis alijs à Gabrielio citatis loco annotato. Adde Burſatum in conſil. 15.

B num. 8 lib 1.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: concedo eam eſſe regulariter vim clauſulæ codicillaris, ſed nego eam in propoſita ſpecie obtinere; quia præſumitur in ea re fuiſſe teſtator furioſus, ac non ſanæ mentis.

Ad ſecundum reſpondeo, ſi paterfam rogaſſet filios ſuos, qui ab inteſtato ſuccedunt, vt hæreditatem illis reſtituerent, tunc omnia ſalua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de reſtitutione excipienda eſt, iuxta §. quamobrem, in Authent. de reſtitu. & ea quæ parit, & c. Reſtituturos hæreditatem. quia nihil continet abſurdi illa diſpoſitio ac voluntas teſtatoris. Filij enim ſunt hæredes, ſicut lex præcipit, & fideicommiſſo grauati, quod lex non vetat. At vbi filijs præteritis vel exhæredatis, alius hæres inſtituitur, manifeſtus eſt dementiæ teſtatoris prætextus, ac cui per codicillarem clauſulam prouideri non poteſt.

C

CAPVT XII.

Vtrum clauſula codicillaris teſtamento adiecta, operetur, vt poſthumus ignoranter præteritus, qui teſtamentum rumpit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo.

SVbnectam his vulgarem, ſed arduam & celebrem controuerſiam de poſthumo ignoranter præterito; an, etſi rumpat teſtamentum, teneatur tamen ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem vigore clauſulæ codicillaris teſtamento adiectæ, legitima ſcilicet, vel etiam, ſecundum aliorum ſententiam Trebellianica detracta. Bartolus reſpondit, non teneri, in l. prima, num. 10. ff. de iure Codicillor. quem multi ſecuti ſunt, & multi reprobarunt, vt videre licet ex Alexandro,

D in conſilio 50 lib. 6. Crauet. conſil 34. Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in verbo, *Donatione largitus,* nume. 269. C. de reuocand. donat. Antonio Gabriel. commu. concluſ. titu de clauſulis, concluſ. 8. numero 8. Rolando à Valle, in conſ. 7. lib. 4. Cagnol. in Authent. ex cauſſa, C. de liber. præter. Iulio Claro, §. Teſtamentum, quæſt. 46. Burſato, in conſil. 15. Andrea Geyll, lib. 2 Obſeru. 114. Omnium latiſſimè Anton. Teſſauro, deciſ. Pedemont. 141. Menochio, conſil. 499. lib. 5. & de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 32.

Argumenta Bartoli & ſequacium hæc ſunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate, l. ſi vnquam, C de reuoc donat. Ergo multo magis fideicommiſſum, quod in clauſula codicillari continetur. Nam donatio ex conſenſu duorum perficitur, nempe donationis & donatarij; Fideicommiſſum autem ex conſenſu vnius tantum, nempe, defuncti, & conſequenter difficilius reuocari debet, quam fideicommiſſum, argumento eorum quæ notantur in l. 1. C. de pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò

Secundò, in testamento militis, quod iure communi confectum est, tacitè inest illa clausula, Vt, si non possit iure communi valere, iure militari valeat, l. 3. ff. de milit. testam. & tamen postumi ignoranter præteriti natiuitate, rumpitur, argum. l. qui iure militari, ff. eod. titu. & l si cum vel in vtero, C eod.

Tertiò, legata non debentur à postumo ignoranter præterito, vbi alius heres institutus est, & ipse coheres, efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitauit, l. qui grauis, l. penult. ff de iure codicillor. Ergo multo minus fideicommissum ipsius hæreditatis debebitur. neque enim verisimile est, defunctum testatorem voluisse postumo, de quo non cogitauit, tale fideicommissum iniungere, vt hæreditatem restituat heredi scripto.

Quartò, hęc confirmantur ex eo, quod non præsumitur testatorem voluisse alienam sobolem suę anteponere, atque adeo bona sua peruenire ad heredes scriptos, exclusis filijs proprijs, argumento l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. l. generaliter, C. de instit. & substit. l. ex testamento, ff de vulgar. & l si is qui ducenta, § item si pater, in fine, ff. de reb. dub. Videretur autem istud voluisse, si Clausula Codicillaris in hac specie id efficeret, vt filius postumus videretur esse grauatus fideicommisso bona restituere scriptis heredibus.

Fundamentum autem contrariç sententiæ est in eo positum, quod per clausulam codicillarem testator videtur velle, (præsertim cum verbis ad futurum tempus respicientibus, concepta est) vt in testamento disposita iure fideicommissi effectum habeant, si testamentum quomodocunque infirmetur, l. vlt. C. de codicill. Cum igitur ob postumi preteritionem, testamêtum rumpatur, videtur ipse postumus tanquam proximior & hęres ab intestato, quasi ex Codicillis, rogatus fideicommisso hæreditatem restituere scriptis heredibus.

Confirmari potest hoc argumentum ex eo, quod licet postumus natus, testamentum rumpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicommissa prestare tenetur, vt in l. si quis cum nullos, §. sed & si post codicillos, l. conficiuntur, § si post factum, l. qui grauis, & l. pen. ff. de iure codicillor. Denique, iuuare hanc sententiam videtur textus in l generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. libertat. vbi rupto testamento postumi natiuitate, libertates deberi, probatur, cum à legitimis quoque heredibus relictę sunt.

Ego iuri & equitati magis consentaneam existimo priorem sententiam, quam Bartolus amplexus fuit, & multi alij secuti sunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potissimum ratione, quod, cum nulla lex propositam hanc facti speciem decidat, ex iuris & equitatis ratione decidendam necessario esse. Illa vero maximè pugnat pro sententia Bartoli; siue etiam testatoris defuncti expressam voluntatem contemplemur, siue id, quod verisimile est ipsum facturum fuisse, si de postumo nascituro cogitasset, siue rei ipsius æquitatem & iustitiam intueamur, proculdubio existimabimus, postumum testatoris filium, fideicommisso de quo agitur, grauatum non videri. In expressa etiam testantis voluntate, quę testamento continetur, nullum est verbum de fideicommisso postumo nascituro iniungendo; immò verbum nullum, nulla prorsus de postumo cogitatio. Quod si de nascituro filio cogitasset testator, qui defunctus est, quis est interpres tam durus voluntatis paternę, qui eam in alios magis, quàm in proprium sanguinem propensuram existimare velit? Si iustitiam ipsam & æquitatem respiciamus, hereditatem rupto testamento secundum leges filio attribuemus; Ceteris quidem legatis saluis, prout magis videbitur eiusdem defuncti voluntati conuenire. Ceterum institutione prorsus irrita effecta, non autem ex fideicommisso vires habitura. Que enim est hęc subtilitas, quę legum iustitięque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac sententia virtus ordinaria clausulæ codicillaris, quasi argumēto sit, testatorē saltem in genere cogitasse de casu isto, quo postumi natiuitate

A testamentum rumpi solet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit testator, qui de postumo nihil cogitabat, quem ignorabat se habiturum, & quem si habiturū sperasset, proculdubio heredem fecisset? Aut quanti momēti est imaginaria isthęc cogitatio generalis, vt honestati, rationi, & equitati preferatur, filijs hæreditatis emolumētum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc sententiam leges, quę docent: postumum codicillos non rumpere. Cur enim romperet codicillos, in quibus nec alijs directè data est hæreditas, nec ipsi adempta: neque enim dari aut adimi directò potest, §. codicillis, in instit. de codicillis? At in hac specie de testamento agitur, in quo alij, postumo ipso prætermisso, instituti sunt hæredes. Hoc vero, si rumpit postumus, vecertum est, qui fieri potest, vt illud per obliquum exequi cogatur? Fac parentem de postumo cogitasse, tum codicillos fecisse, quibus postumi fidei committat, vt alijs

B hæreditatem restituat: tunc concedam natum postumum codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere. Si non cogitauerit de postumo defunctus, tunc non equidem natus ille, rumpet codicillos, sed non eos exequetur, præsertim vero in hac, qua de agitur specie, qua hæreditatem alijs restituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, postumum legitimam suam detracturum, quæ detractio cessat in specie, de qua loquitur l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. Etenim, non ea ratione nititur l si vnquam, quod inofficiosa sit donatio, sed quia verisimile non est donaturum fuisse parentem, si de liberis nascituris cogitasset: quæ ratio in hac specie euidenter militat. Enimuero, quod de legitimæ detractione adsertur, nihil motatur; quæ enim est ratio, assignare liberis exiguam portionem trientis, alienisque bessem hæreditatis per fideicommissum restitui oportere?

Ad textum in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. liber. responsio ex dictis patet; neque enim

C agitur ibi de hæreditate præstanda hæredibus scriptis, vt in specie nostra, sed de libertate danda, quæ legaro vel fideicommisso relicta est à legitimis hæredibus. Ex quo non rectè inferri potest ad hæreditatem relictam, postumo scilicet auferendam, & alijs restituendam.

CAPVT XIII.

An sit idem respondendum circa postumum ignoranter præteritum, cum testator superuixit, & testamentum non mutauit.

Sed rursus controuertitur: quid si post natum filium, quem in vtero vxoris existentem ignorans testator præterijt, ipse aliquo tempore superuixerit, nec testamentum mutauerit, an id operetur clausula codicilla-

D ris testamento adiecta, vt filius teneatur fideicommisso restituere scriptis hæredibus hæreditatem? Affirmant multi ex his quos annotauimus in præcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud est fundamentum, quod cum testator diu superuixit, & testamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & consequenter velle, suam hæreditatem ad legitimos hæredes peruenire, cum sciat ruptum esse testamentum filij præteriti natiuitate. Argumento sumpto ex leg Athletæ, §. dat remissionem, ff. de excusat. tutor. ex l. tractabatur, ff de milita. testamen. ex l. 3. C. de inoffic. testam. ex leg 3. & l. enim qui, ff. de probation.

Negantis autem sententiæ fundamentum est potissimum primo, in l. filio, §. Seia, ff. de adim. leg. vbi legatum ob superuenientes inimicitias reuocatum, non debetur, tametsi postea testator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Authent. Vt factæ Nouæ Constitutiones, & c. quatenus nihil imputari posse Iustinianus dicit testatori, quod testamentum non mutauerit: *Non enim*, inquit Iustinianus, *omnia sunt in nobis*,

nobis, nec semper quibusque tempus est testandi, & repente plerunque incidunt hominibus mortis, testandi eis potestatem auferentes.

Mihi negantium sententia magis placet, sed alio argumento, illo nempe; quod directa hæredis institutio in testamento facta ad fideicommissum trahi non possit, etiamsi adiecta sit clausula codicillaris, rupto testamento filij præteritione, quia fideicommissa videntur ab intestato data, quasi à demente, hoc in casu ex l. Titia, ff. de inoffic. testamen. vt conclusum est supra, cap. 11. Videtur enim quasi dementis, hoc velle, vt filius cogatur extraneis vel alijs remotioribus hæreditatem restituere. Quare id nequaquam præsumendum est voluisse eum, qui post conditum testamentum superuixit. Hic pugnant inuicem præsumptiones. Illa i quia superuixit, videri in eadem voluntate decessisse. Ista, non videri, ne dementiæ arguatur, præferendo filijs alios remotiores & alienos. Quis vero ambigat hanc esse vehementiorem, verisimilem magis, æquiorem, iuri magis consentaneam? Vincat igitur aduersantem eamque prosternat. Nec vllum impedimentum afferunt leges in argumento allatæ, quibus voluntatis constantia elici videtur, ex eo, quod testator superuixit, nec mutauit testamentum: neque enim eo in casu loquuntur, quo contraria militat præsumptio, vt in specie ista.

Dices etiam in specie, de qua loquitur l. 3. C. de inoffic. testamen. filium præteritum fuisse, qui postea natus fuerat, & dici neglectum a patre eam ob caussam, quod testamentum cum posset, non mutauerit. Respondeo, etiam in specie nostra eousque fatemur parentum in eadem voluntate mansisse, vt videlicet postea natum filium neglexisse videatur, ac proinde testamentum ruptum esse dicatur nato postea filio, sed non dicimus, neque præsumimus, eum voluisse testamentum ita in codicillos conuerti, vt filius intestato succedens, alijs cogatur hæreditatem restimere, ne talem parentem dementiæ arguamus, charitate paterna exuamus, nobis præsertim cū existimare liceat, eum de suo nihil dispofuisse testamento, eo quod sciret filio suscepto reuocatum fuisse: nec putaret generalem illam clausulam codicillarem eas vires habituram, vt hunc etiam casum contra mentem eius, & iuris rationem comprehenderet, filiumque legitimum hæredem fideicommisso inducto luctuosa spoliaret hæreditate.

CAPVT XIV.

Vtrum legata conseruentur testamento ex postumi præteritione ignoranter facta rescisso.

SEd & si de legatis testamento relictis agatur quod præteritione postumi ignoranter facta rescissum est, inter Doctores controuertitur, vtrum ea conseruen tur ac præstari debeant. Et quidem negant conseruari Bartolus, Castrens. Iason, & alij multi, in commentarijs, Authen. ex caussa, C. de liber. præterit. & per Clarum, in §. testamentum, quæst. 52. versicu. Sed quid si postumus. Quorum illud est fundamentum; quod licet ex nouella Iustiniani, vt cum de Appel. cog. § aliud, & seq. perspicuum sit, legata conseruari ac firma remanere testamēto, præteritione, vel exhæredatione filiorum scienter facta, rescisso; quia filij appellatione intelligitur, tam is, qui natus est viuente testatore, quam qui postea, l. etiam, l. nomen filiorum, ff. de verb. sign. l. si quis filiabus, ff. de testamen. tutela. tamen vbi ignoranter est præteritus, alia est ratio. Non enim præsumitur is, qui testamentum fecit, ea legata donaturus fuisse, si se liberos suscepturum cogitasset. Argumento l. si vnquam, C. de reuoc. donat.

Confirmatur hæc sententia ex l. qui grani, ff. de iure codicillor. Papinianus. *Qui grauis vtero vxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis libertates dedit, nata post*

A *mortem patris filia, cum de ea nihil patrem sensisse constitisset, placuit libertates a solo filio præstari posse.* Idem respondit Marcellus in l. pen. ff. eo. tit.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alexander & Corneus, in dicta Auth. ex caussa, pro qua etiam teste ibi dem Cagnolo, num. 23, Collegium Mediolanense respondit, quorum duo sunt potissimum argumenta. Primum, quia cum parens ignoranter præterit filium suum, minus peccat, quàm cum scienter. Cum itaque legata firma manere inter omnes constet, vbi filius scienter est præteritus, multo magis idem est dicendum, vbi ignoranter præteritus est. Secundum argumentum est ex l. cum mater, ff. de inoff. testam. vbi Iurisconsultus: *Cum mater*, inquit, *militem filium falsò audisset decessisse, & testamento hæredes alios instituisse, diuus Adrianus decreuit hæreditatem ad filium pertinere, ita vt libertates & legata præstentur.*

B Sed planè fortiora sunt prioris sententiæ ac communionis argumenta, quamobrem me illi adscribo non inuitus. Et quod ad primum contrariæ sententiæ argumentum attinet; illud equidem valeret, nisi repugnaret coniectura voluntatis defuncti. Itaque non idcirco legata irrita sunt in hac proposita specie, quod testamentum irritum fit. Licet enim olim ita esset constitutum, tamen à Iustiniano emendatum est, ita statuente, vt testamento hâc ob caussam irrito effecto, firma tamen legata maneant, sed legata non debentur à filio ignoranter præterito; quia non ab eo relicta sunt. Et dubium est, an, si sciuisset testator alium nasciturum, relicturus fuisset.

Quod vero attinet ad l. cum mater, ff. de inoff. testam. cum illam Baldus obiecisset Bartolo, is respondit ex verbis sequentibus solutionem haberi. Subdit enim textus: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adijcitur. Nam cum testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

C His enim postremis verbis videtur responsum prius corrigi, quasi textus velit, non deberi legata. Et solutio hęc communiter recepta est, Cagnolo teste, nu. 30. versic. tenenda ergo.

Sed non est bona solutio, neque sensus legis est, quod superius dictum est, legata & libertates præstandas, id corrigi esse. At enim textus: *Hic illud adnotatum est, &c.* Non autem emendatum est: non ea est verbi significatio nec Iurisconsulti Pauli est emendare, quod D. Adrianus decreuit. Hic verò est sensus: Hic illud adnotatum est, quia cum Testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo Testamento valet, & consequenter etiam in ea specie idem respondendum videbatur. Sed tamen aliter est constitutum & decretum; & ratio est; quia cum filius est præteritus, quem mater non esse putabat, & ideo alios hæredes instituit, filius si extet, videtur tacitè institutus, & vocatus ad hęreditatem ex coniectura voluntatis maternæ, quę procul dubio illum instituisset, si putasset viuere, vt habetur in l. 3. C. de inoff. Testam & l. 1. vlt. ff. de hę red. instit. Cum itaque filius in ea specie hęreditatem cōsequatur, tanquam tacitè vocatus ex Testamento, & ex voluntatis coniectura, meritò legata & libertates præstare debet, sicut ea præstaret, si expressè institutus fuisset.

D Et hoc est, quod Iurisconsultus dicit: *Hic illud adnotatum est, &c.* Licet enim, cum Testamentum inofficiosum pronunciatur, omnia legata corruant, tamen in ea specie filius non succedit, quasi ab intestato, quasi inofficiosum testamentum sit; Sed succedit tanquam tacitè vocatus in ipso testamento à matre, & ideo legata præstare cogitur. Ita hanc legem, sed non ita clarè & prolixè Iacobus Cuiacius explicat, lib. 10. c. 22. Obseruationum.

Cæterum, ne quis impingat, scire oportet, nos hic non omnia legata infirmare, sed tantum ea, quæ postumus præteritus rupto testamento, pro sua parte præstare deberet, veluti ab intestato rogatus, ex clausula codicillari. Nam si alij extent filij in testamento instituti, qui pariter succederent, legata ab eis præstanda sunt: nisi tamen

in

in eam facti speciem incidamus, de qua textus loquitur in l. 3. C. de inoffic. testam. & in d. l. cum mater, ff eodem tit. tunc enim legata præstanda essent, etiam à filio præterito.

CAPVT VX.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. quoties. C. de hæred. institu. hæredem institutum in re certa, loco legatarij habendum, & quid si nullus alius institutus fuerit hæres, sed ipse in re certa institutus, prohibeatur plus habere.

HAeredem institutum in re certa, loco legatarij esse, docet textus in l. quoties, C. de hæred. institu. sed controuersia est, quo modo id accipiendum sit. Prima est interpretatio Accursij, ad l. si quis priore, ff. ad Trebell. institutum in re certa, in omnibus haberi pro legatario, præterquam respectu querelæ inofficiosi testamenti. Nam ne illa intentare queat, filius in re certa institutus, loco hæredis videtur.

Sed nō probatur hæc interpretatio, quoniam certum est etiam alias ob causas institutum in re certa pro hærede habendum, etiam extra causam impugnationis testamenti, vt in l. prima, §. si hæres ex fundo, ff de hæred. institu.

Secunda est opinio antiquorum interpretum, quos Bartolus recenset in dicta l. quoties, C. de hæred. institu. institutum in re certa, in omnibus esse loco hæredis, præterquam quoad actiones hæreditarias, vt in d. l. quoties.

Sed nec ista sententia placere potest, quia manifestum est, institutum in re certa, loco esse legatarij, non solum eo nomine, quod actiones hæreditarias non habeat, neque ijs obstrictus sit, verum etiam aliam ob causam. Nam etiam constat detractioni ex lege Falcidia instar legatarij obnoxium esse, vt in l. quoties, C. fam. hercisc.

Tertia est sententia, institutum in re certa, loco hæredis censeri, si sit filius, argumento eorum quæ habentur in §. Aliud quoq; Capitulum, in Auth. Vt cum de appel. cognosc. secus si filius non sit, & ita accipienda l. quoties, C. de hæred. instit.

Non placet, quia etiamsi extraneus sit hæres institutus in re certa, aliquando tamen loco hæredis habetur, si nullus scilicet alius hæres institutus sit, vt in d. l. 1. §. si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit.

Postrema est sententia vera & communis, quam secuti sunt Bartol. Castrens. Alexand. Iason. Sichardus, & alij, in dicta l. quoties, institutum in re certa, non esse propriè legatarium, nec propriè hæredem, sed tertiam quandam speciem constituere, quæ in aliquibus legatarij naturam; in aliquibus autem hæredis imitetur. Nam quatenus is non vtitur actionibus hæreditarijs, nec illis conueniri potest, naturam legatarij participat, & quatenus etiam ex lege Falcidia detractionem patitur: In summa quoad rē, in qua institutus est, legatarius censetur, l. ex facto proponebatur. l. si alterius, ff. de hæred. instit. Cæterum, respectu tituli institutionis, videtur quodammodo hæredis loco esse, & ideo nec testamentum impugnat, & totam hæreditatem, si nullus alius sit hæres institutus, cōsequitur, vt in d. l. 1. § si hæres ex fundo.

Sed oritur hic controuersia; si institutus in re certa, plus accipere prohibeatur, vtrum, nullo alio hærede existente, totam nihilominus consequatur hæreditatem detracta rei mentione.

Respondet Bartolus in l. quoties, §. si duo, ff de hæred. instit. quem secutus est Castrensis ibidem, necnon Corneus in d. l. quoties, C. eodem titu. Siquidem nullus alius in eo testamento hæres instituatur, hęreditatem tali instituto in re certa, non accrescere: secus verò si alius hęres instituatur qui vel nolit, vel non possit hæreditatem accipere.

Fundamentum est, quia cum institutus hæres alius A repudiat hæreditatem, vel eam capere non potest, tunc cessat ratio, quę testatorem mouit ad prohibendum, ne institutus in re certa plus acciperet; Ita enim prohibuisse censetur, vt alius hęres hęreditatem obtineret. Quare eo veluti obice iam sublato, videtur cessare ipsa prohibitio. argumēto l. peto, ff de leg. 2 l. 2. §. sed si sint, ff. ad Tertull. Istud autem argumentum cessat, vbi nullus est alius hęres institutus; tunc enim, quia testatoris voluntas refragatur, non licet in re certa instituto hęreditatem obtinere. argumento d. l. quoties, §. si duo, ff de hęred. instituend. Vlpianus: *Si duo sine hæredes instituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, vt detracta fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur: si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.*

Alij vero dixerunt in proposita quęstione non accrescere reliquam hęreditatem instituto in re certa, siue nul- B lus alius fuerit hæres institutus, siue fuerit quidem, sed is hæreditatem habere noluerit, vel non potuerit, ita Decius, in l. 1. num. 2. C. de testam. milit. Purpuratus, in consil. 558. lib. 2 quanquam hic in ea facti specie loquitur, in qua nullus alius hæres institutus est, & Iacobus Menochius, in conf. 483 lib. 5.

Fundamentum est in voluntate testatoris: Is enim voluit institutum in re certa, illam rem duntaxat habere, non alia bona Voluntas autem testatoris est seruanda, §. disponat, in Auth. de nuptijs.

Confirmatur hæc sententia argumento d. l. quoties, §. si duo, ff de hæred. instit. ibi: *Si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Si dicatur non posse quemquam ex paganis decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, respondent isti, hoc in casu testamētum corruere, quia nullus sit hæres institutus, l. vlt. ff. de iure codicillor. & consequenter rem ad causam intestati peruenire, ac hæreditatem in totum pertinere ad legiti- C mos hæredes.

Tertia denique sententia est hæreditatem hoc in casu accrescere instituto in re certa, siue nullus alius cohæres institutus sit, siue institutus quidem, sed hæres esse noluerit, vel non potuerit. Ita Imolensis, in c. Rainucius, nu. 64. de testam. & Alexander ad d. l. quoties, num. 11. C. de hæred. instit.

Fundamentum est: quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest, ff. de leg. 1. leges autem statuunt, neminem paganum decedere posse pro parte testatum, & pro parte intestatum, l. ius nostrum, de reg. iur. Et ideo si hæres in re certa instituatur, eum totam hæreditatē consequi detracta rei mentione, l. 1. si hæres ex fundo, ff. de hæred. institu. Et in milite specialiter est constitutum, vt possit vnum hæredem ex parte bonorum, puta ex fundo instituere, & in reliquis bonis intestatus decedere, l. si miles, 6. ff de mil. testam.

Et ideo Iurisconsultus in l. Si quis ita hæres institutus, D 74. ff. de hæred. instit. *Si quis*, inquit, *ita hæres institutus fuerit, excepto fundo, excepto vsufructu hæres esto, perinde erit iure ciuili atque si sine ea re hæres institutus esset, idque autoritate Caij Aquilij factum est.*

In hanc postremam sententiam ego sanè proclinior sum. Etenim cum testator in solo fundo hæredem quempiam instituit, satis apertè declarat, se velle vt solum habeat fundum; similiter cum hæredem quis instituit, excepto fundo, manifestum est eum nolle vt fundum habeat. Et tamen in his casibus hæres totam hæreditatem consequitur, ne inutilis illa adiectio vel detractio, vitiem vitiet institutionem. Quare & in proposita quæstione eadem est ratio, ideoque non voluntas ipsa testatoris sequenda, sed legis constitutio est; Quamobrem & Iustinianus in §. disponat, in Authent. de nuptijs: *Disponat*, inquit, *testator vnusquisque vt dignum est, & sit lex eius voluntas. Vt dignum est*, inquit Glos. id est, secundum leges & bonos mores.

Vnus est textus, ex quo pro contraria sententia argumentum

mentum sumitur non contemnendum, in l. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instit. in illis verbis: *Si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Cæterum respondeo, duplicem illa verba sensum habere posse; Vnũ, nisi patrisfamilias voluntas refragetur, hæredes scriptos hæreditate non potiri; sed fundum duntaxat habituros. Alterum, hæreditate non potiri quasi sine partibus, detracta fundi mentione, instituti essent. Prior sensus non est admodum probabilis: quia non dixit Iurisconsultus in verbis præcedentibus hoc tantum, videlicet hæredes ita scriptos hæreditatem consecuturos; tunc enim rectè subijceretur exceptio; nisi voluntas testatoris refragaretur; sed Iurisconsultus dixit, *detracta fundi mentione quasi sine partibus*, hæredes scriptos hæreditate potituros. Quam ob rem, illa exceptio, *nisi voluntas patrisfamilias manifestissimè refragatur*, huc referri debet, nempe, potituros hæreditate scriptos heredes quasi sine partibus, & sic æquis partibus, *nisi voluntas manifestissimè refragatur.* Quia si voluntas manifestissimè refragetur, potirentur quidem hæreditate; sed non æquis partibus, perinde, ac si sine partibus hæredes scripti essent, sed ex partibus inæqualibus, prout voluntas patrisfamilias manifestissima designauerit. Posterior ergò sensus magis est probabilis. Huc accedat, quod si priorem sensum admittamus, fateri cogimur, testatorem posse hoc efficere, vt in solo fundo hæredes habeat ex testamento, quod repugnat l. prima, §. si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit. Si verò posteriorem sensum amplectamur, nullum sequitur absurdum, & sententiam verbis ac rationi consentaneam colligimus. Porro ex coniecturis ab hac sententia recedendum nec ne sit, verbi gratia, si testator alium magis dilexerit, quàm institutum in re certa, vt verisimile sit eum maluisse ad eum reliqua bona peruenire, quã ad institutum in certa. Vide Crauettam de antiquit. tempor. in quarta parte principali, num. 132. & in consi. 856. num. 17. lib. 5.

CAPVT XVI.

Cum quis vxorem suam in vsufructu heredem instituit, alio post eius mortem herede instituto, quæ sit interpretatio adhibenda.

Controuertitur etiam illud, quo modo accipienda sit vxoris vel alterius institutio in vsufructu facta, alio post eius mortem instituto. Et duplex adhibetur interpretatio; Vna, prout verba sonant, nempe, vt vxor vsufructum habeat donec vixerit: alter verò, qui post mortem eius institutus est, videatur sub conditione institutus: Et si quidem vxori fructuariæ superuixerit, tunc hæreditatem consequatur; si verò præmoriatur, hæreditas accrescat vxori institutæ in vsufructu. Ita Corn. in l extraneum, C. de hæred. instit. Aretin. in l. filius à patre, ff. de libe. & posthum. Couuar. lib. 2. Variar. resol. capit. secundo, numero quinto. Ruinus in consil. 54. lib. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib 4. tit. 5. artic. 7.

Altera est interpretatio: vxorem detracta vsusfructus mentione, in totum hæredem esse, sed rogatam videri per fideicommissum restituere hæreditatem ei, qui post mortem institutus est. Hanc secuti sunt Alexander, in consil. 162. lib. 2. Crauetta, in consi. 820. lib. 5. Menoch. in consi 273. lib. tertio. & de præsumpt. lib. 4. capit. 141. numero 26.

Priori sententiæ magnopere adstipulantur voluntas testatoris, & verba ipsius, quę hanc interpretationem planè recipiunt; Aut igitur is qui post vxoris mortem institutus est, vxori superuiuet, & hæreditatem adibit, aut nõ superuiuet, vel hæreditatem non adibit: Priore casu à morte testatoris hęres fuisse videbitur; quia conditio retrotrahitur, l. quod dicitur, ff. de testam. milit. l. Heres quandocunque, 54 ff. de acquir. hered. Posteriore autem in casu hęreditas vxori accreuisse intelligitur, iuxta l. pri-

A nam, §. si hæres ex fundo, ff de hæred. instit. Et tale ius accrescendi ad hæredes vxoris transmittetur, l. si ex pluribus, ff. de suis & legitim. hæred. l. qui patri, ff. de acquiren. hæred.

Posteriorem autem sententiam iuuant aliquæ iuris nostri regulæ generales. Illa in primis. Hæres institutus in re certa, nullo dato cohærede vniuersali, in totum hæres est, detracta rei mentione, l. prima, § si hæres ex fundo, ff de hæred. instit. Ergo vxor in hac facti specie erit in totum hæres, quia nullus ei datus est cohæres. Secunda regula: Is qui semel est hæres, non potest desinere hæres esse, l. ei qui soluendo, ff de hæred. instit. l. & si fine, §. sed quod Papinianus, ff de Minoribus Ergò vxor, quæ semel est hæres, vt dictum est, non potest desinere hæres esse, & consequenter, quia post mortem eius alius est hęres institutus, videbitur fideicommisso rogata ei restituere hæreditatem. Tertia regula: Substitutio directa fieri non potest alicui pagano post pubertatem, l. verbis ciuilibus, B ff. de vulg Ergò talis substitutio valebit in vim fideicommissi, argumento l. Scæuola, ff ad Trebell.

Ego priorem sententiam magis probo. Nam certum est, hæredem sub conditione institui posse, §. hæres; in Inst de hæred instit. & post mortem alterius, l. filius à patre, ff. de liber. & posthumis. Is ergò, qui post mortem vxoris institutus est hæres, videbitur institutus sub conditione, si videlicet vxori superuixerit, l hæres meus, l. quibus diebus, § quidam Titio, ff. de cond & demonstr. Ergò nihil prohibet, quo minus hanc interpretationem accipiamus, quæ in omnibus est consentanea iuri, & menti testatoris. Huc accedat, quod posterior interpretatio magnopere videtur incommoda. In primis repugnat menti testatoris, qui voluit vxorem esse fructuariam; illa verò interpretatio facit eam hæredem. Deinde directa substitutio transfertur in fideicommissariam absque vlla necessitate, & detractioni Trebellianicæ sit locus. Denique, nõ est difficile ad argumentum contrariæ sententiæ responC dere. Nam cum dicitur in argumento, nullum fuisse datum vxori cohęredem, id negari potest: fuit enim illi datus cohęres, licet sub conditione, & post mortem vxoris quod iure permissum est.

CAPVT XVII.

Quid statuendum cum in solo vsufructu hæres est instituta Vxor, & nullus alius etiam post eius mortem hæres institutus est.

Sed & controuersia est, quid respondendum, si vxor instituta fuerit in vsufructu donec vixerit, & nemo alius post eius mortem institutus fuerit hęres, vtrum ea succedat in tota hęreditate simpliciter detracta vsusfructus mentione; an verò succedat quidem, sed D cum onere restituendi hęreditatem venientibus ab intestato, cum ipsa morietur. Etenim, rogatam quasi per fideicommissum tacitè videri hęreditatem legitimis hęredibus restituere, respondit Paulus Castrensis, in consi. 241. lib. 2. Idem responderunt multi alij, quos refert & sequitur Menochius, lib. 4. de præsumpt. cap. 141. num. 5. Cęterum, non videri, responderunt Corneus, in consi 60. nu. 6 lib 1. & alij quos refert & sequitur Franciscus Mantica, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. titulo 5. in principio, num. 13.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia cum testator auferat legitimis hæredibus hęreditatem donec vxor vixerit, ea mortua videtur velle ad eos peruenire, argumento l. vlt. C. de legatis, l. Titia, cum testamento, § vlt. de leg. 2. & l. peto, post principium. vers. Idem dicemus, eod. tit.

Sed posterior sententia magis mihi probatur; Nam certum est, hæreditatem ex die, & ad diem, dari non posse, sed detracta temporis mentione purè relictam videri l. hæreditas ex die, ff. de hæred. instit. Certum est etiam, si ex

si ex certa re quis hæres instituatur, detracta rei mentio A ne, in totum hæredem intelligi, l. 1 § si hæres ex fundo, ff eod. tit cùm ergo vxor in solo vsufructu instituta fue rit, donec vixerit, detracta têporis & rei mentione, cùm nullus alius cohæres datus fuerit, heres purè, & in totũ esse iudicabitur. Quod verò tacitè rogata esse videatur, hæredibus legitimis hereditatem restituere nulla ratione, nulla lege demonstrari potest.

Nec enim mouent, quæ superius allatæ sunt leges. Nã quod attinet ad l. vltimam, C. de legatis, Iustinianus hoc tantùm voluit: legata temporalia, siue ad têpus relicta, post completum têpus ad hæredem redire. Nihil id cõmune habet cum quæstione nostra. Nam in ea specie, de qua Iustinianus loquitur; hæres erat institutus in testamento, qui proinde lapso tempore legatis præstandis cõstituto, non tenebatur de cætero præstare. Hic verò nullus alius est hæres præter vxorem institutus.

Quod verò attinet ad l. Titia, §. vlt *Responsum est, licet ea verba non proponerentur, quibus testatrix si filia fidei-* B *commissum petere posset propter voluntatem, tamen post patris mortem petere posse.* Rectè. Nam cùm testatrix viro suo multa reliquisset, donec is vixisset, simul voluisse videtur, eo defuncto, res relictas ad hæredem filiam pertinere. Quamobrem & Bartolus in Summario inquit: *Qui voluit res ad aliquem pertinere ad tempus, post illud videtur velle ad suum hæredem redire.* Ibi ergò maritus erat legatarius, & hæres instituta filia. Hic vxor est hæres & nemo alius hæres institutus.

Denique, quod Papinianus scribit in d. l. peto, nihil iuuat priorem sententiam; loquitur enim Papinianus, cùm testator & rationem habuit legitimi hæredis, & illius mennouem fecit. Verba hæc sunt: *Idem dicemus, si, cùm ex asse scripsisset heredem eius gratia, qui legitimus hæres futurus esset ita loquatur. Peto pro hæreditate, quam tibi relinqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sit centum aureis.*

CAPVT XVIII.

Quid si vxori legatus fuerit omnium bonorum vsusfructus, alio post eius mortem hærede instituto, an valeat eiusmodi legatum.

Sed priusquam ad alias controuersias transeamus, non est illa disputatio neglegêda: an legatum vsusfructus omnium bonorum valeat vxori relictum in testamento, alio hærede post eius mortem instituto. Quæstio celebris, & ab antiquis Doctoribus agitata, nostris verò temporibus plurimum illustrata scriptis duorum præstantissimorum Iurisconsultorũ Francisci Mantice nunc Illustrissimo Cardinali, de Coniect. vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. artic. 10. & Iacobi Menochij de Præsump. lib. 4. cap. 141. numero 33. Non mihi faciendum putaui, vt tanquam actuarius omnia describerem, atque huc adferrem, quæ ipsi dixerunt: sed operæpretium du- D xi, meam potius sententiam breuiter adscribere. Existimo, saluis iuris nostri regulis, legatum consistere non posse; sed tamen testatoris voluntatem hoc efficere, vt locum habeat, quasi aliter dictum, aliter verò scriptum videatur. Primum quod asseui, haud quaquam probatu difficile est. Nam vsusfructus legatum ex die aditæ hæreditatis cedit, l. 2 ff. quando dies leg. cedat, l. vnica, § in nouissimo, vers. libertatibus, C de cad. tollend. Hic verò hæreditas adiri non potest, nisi mortua vxore, quo tempore vsusfructus extinguitur, §. finitur, in Institu. de Vsufruct. & consequenter præstari non potest.

Quod verò secundo loco dixi, non vsque adeo explo ratum est, sed tamen verisimile puto, propter volũtatem patrisfamilias. Nam eius voluntas tam extra deprehenditur legati conferuandi, vt non aliam ob causam hæredem alium instituerit post vxoris mortem, & non ante, quàm vt illa vsumfructum haberet, quasi dubitaret, ne alio hærede simpliciter instituto, illa vsufructu careret.

Nec improbabiliter quis dixerit, hæredem in hac facti specie purè institutum videri, detracta temporis mê tione, argumento l hæreditas ex die, ff de hæred instit. Neque enim vxor hoc in casu instituta est in vsufructu, vt vigore tituli institutionis dubitari possit, an cæteram ea iure accrescendi consequi valeat hæreditatem, vt in præcedentibus est disputatum.

Quæ cùm ita sint, non possum satis mirari, cur apud clarissimos auctores, quos citaui, tanta sit difficultas ac disputatio circa remedium, quo mulier hoc in casu consequi vsumfructum possit. Nam interpretatione hac recepta & admissa voluntatis testatoris, heres purè intelligitur institutus, & consequenter ad legatum præstandum ordinarijs actionibus conueniri potest. Vide de eadem hac quæstione Andream Geyll, lib. secundo. Obseruat. 143.

CAPVT XIX.

Vsufructuarius omnium bonorum ex testamento relictus, an teneatur æs alienum testatoris defuncti soluere.

Sed quando incidimus in vsufructuarium omnium bonorum, antequam eum relinquamus, operæprecium erit, celebrem illam controuersiam expen dere, an teneatur ad soluendum æs alienum defuncti. Quatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, vsufructuarium teneri. Secunda, non teneri. Tertia, non teneri quidem vsufructuarium, & hoc onus hæredi incumbere, sed eidem hæredi permittendum, vt ex bonis hereditarijs æs alienum in primis detrahat; deinde id, quod detracto eo superest, fructuario restituat. Quarta est sententia fructuarium non teneri, nec hæredem posse ex bonis æs alienum detrahere, sed omnia bona absq; C diminutione tradere oportere fructuario, vt eis vtatur, fruatur. Vide Bartolum ad l. vlt. ff. de Vsufr. leg. Bald. in consil. 23. lib. 2. & 477 lib. 3. & in conf. 217. lib. 1. Gozadin. in consil. 94 colum. 5. Guid. Papæ decis. 541. Angelum Aretin. in § constituitur, nu. 3. in Instit. de Vsufr. Pract. Papiens. in forma libelli, quo agitur ad dotem, in verbo, Dedit, col. 2. Decium in consil 536. & 590. & in consil. 620. in fine. Alexand. ad l. vsufructu, ff. ad legem Falcid. Couuar. lib 2. Variar. resol. cap 1. numero 4 Borgninum Caualcan. de Vsufr. mulieri relicto, nu. 211. Andream Geyll, lib. 2. Obser. 146. Menochium de Præsumpt. 143. post nu 9.

Ego eorum sententiam probo, qui dixerunt fructuarium ad soluendum æs alienum non teneri, sed hæredẽ, cui id incumbit onus, deducere in primis æs alienum ex bonis posse, & quod ęre alieno deducto, superest, fructuario tradere oportere: Nam hęc sententia textibus satis iuculenter probatur. In primis spectare ad heredem æris alieni dissolutionem, probat textus in l. 1. C. si cert. pet, & in l. 2. C. de hæred. actio. Hæredem autem deducere æs alienum posse, probatur ex l. vlt. ff. de Vsufr. legato. Venul eius: *Nam si bonorum vsusfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.* Item ex l. vsufructu, ff. ad leg. Falcid. Pomponius: *Vsufructu bonorum legato, æs alienum ex omnibus rebus deducendum est.*

Nec difficile est ad argumenta respondere, quibus aliæ sententiæ nituntur. Nam illorum argumentum, qui putarunt fructuarium ad soluendum æs alienum teneri, sumitur ex l. vxori meæ. ff. de Vsufruct. legato, Labeo: *Vxori meæ vsumfructum lego bonorum meorũ. Quæsitum est an prædiorum, tam rusticorum, quàm urbanorũ, & mancipiorum, et supellectilis, item q, Calendarij vsusfructus ad vxorem pertineat. Respondi secundùm ea, quæ proponerentur pertinere.*

Si Calendarij vsusfructus pertinet, ergò debita & credita uidentur pertinere: Calendarium enim continet debita & credita, l. qui filium, ff de leg. 3.

Respondeo, Calendarium debita non continere, sed nomina debitorum, & sic credita & pecuniam iam exactam & fœnori destinatam, vt declarat tex. in d. l. qui filium, de leg. 3. Cum enim veteribus menstruas vsuras facere moris esset, quæ singulis Calendis soluebantur, inde Calendarium est dictum, id est, negotiatio ipsa nominum faciendorum, vt diligenter explicat Connanna lib 7 Commentar iuris, cap. primo, numero. 12. Et verò, (bona pace doctorum virorum dictum sit) ineptum videtur eas stimare Iurisconsultum in dicta l. vxori meæ, ff de vsufr legat. illud quærere, an vsufructu à testatore legato, debita ipsius legantis contineantur sub Calendarij nomine: nisi hoc voluerint, etiam debita contineri in consequentiam creditorum, vt qui vsumfructum habet creditorum, onus etiam subire debeat debitorum: sed tunc nec tex d. l. vxori meæ; ad rem faciet, nec bona erit illa consequentia; cum ad hæredem onus soluendi æs alienum pertineat, ad quem spectat emolumentum & commodum hæreditatis.

Argumentum verò postremæ sententiæ superius à nobis relatæ, illud mihi videtur; quoniam ita onus æris alieni soluendi ad hæredem spectat, vt debeat fructuarius veluti legatarius eo nomine indemnis seruari; quod non fieret, si ea detractio permitteretur. Sed ista ratio locũ habere posset in legato vsusfructus rerum aliquot particularium, non autem in vsufructu omnium bonorum legato; si quidem perspicuum est bona appellari, quæ deducto ære alieno supersunt, l. subsignarum, §. bona, ff de verborum signific. & cum clarissimi sint textus, quibus hæc deductio manifestè probatur, non puto cuiusquam rationes tanti æstimandas, vt veritati ac legi anteponantur.

CAPVT XX.

Institutus in re certa, an comprehendatur in concessione emphyteusis facta pro hæredibus.

Antequam ad alia transeamus, cum multas de instituto in re certa, controuersias tractauerimus, non putauimus illam omittendam: an filius in re certa institutus, comprehendatur in emphyteusi concessa pro filijs hæredibus. Et hac de re tres extare Doctorum sententias animaduertimus. Vna est Bartoli, in l. vt iusiurandi, § liberi, ff de oper. libert. qui respondit, institutum in re certa, obtinere debere partem rei in emphyteusim concessæ, exemplo filiorum patroni, qui à liberto exigere possunt operas debitas, quamuis patroni defuncti hæredes sint ex partibus inæqualibus, vt in d. § si liberi, talibus enim liberis, vt hæredibus operæ debentur, l. cum patronus, § 1. ff. eo tit.

Altera est sententia Pauli Castrensis, ad l quoties, C. de hæred. inst si de re Ecclesiastica in emphyteusim concessa agatur, quoniam illa ad filios tantum, non etiam ad extraneos transit, tunc veram esse Bartoli sententiã; quia maior est habenda ratio eius, quòd sit filius, quàm quòd sit hęres. Cæterùm, si de re in emphyteusim data à priuatis, sit quęstio, quoniam illa etiam ad extraneos hæredes peruenire potest, tunc veram non esse Bartoli sententiam, sed istud etiam requiri, vt filius sit hæres, & ideo institutum in re certa, non esse admittendum; quia videtur esse legatarius, vt in d. l. quoties, C. de hæred instit.

Tertia est sententia vera & communis, emphyteusim hoc in casu non pertinere ad filium in re certa institutum, sed ad filios hæredes; quia duo hæc coniunctim requiruntur, vt filij sint, & simul etiam hæredes. Hæredis autem appellatione continetur vniuersalis successor, l. quædam, §. nihil interest, ff. de edend. Hæredes enim iuris successores sunt, l. quoties, § hęredes, ff de hæred. institu. Ita docent Alexand. Iason & Iacopinus, in d. l. to §. nihil interest, Couuarru. lib. secundo, variar.

A resolut. cap. 2. post nume. 5. Iulius Clarus §. emphyteusis, quęstio. 38. Bellonus Supputationum iuris lib. quarto, cap. 18.

Ad argumentum Bartoli responderi potest, aliam esse rationem eius, qui in summa sit pro parte inæquali hæres, de qua specie loquitur textus in dicto § si liberi, de quo in argumento, talis enim ita institutus hęres, nihilominus hęres est vere & proprie, cum in partem hęreditatis succedat, vnde meritò etiam in partem rei emphyteuticę succedere debet. At nos de filio loquimur in re certa instituto, qui alio herede instituto, non est hęres, sed instar legatarij, l quoties, C de hęredibus institu. neque enim in ius vniuersale, aut in totum, aut pro parte succedit, sed in re particulari duntaxat & certa.

CAPVT XXI.

B *De hęrede in re certa instituto, an sit in possessionem mittendus, ex l vlt. C. de edicto Diui Adriani tollend.*

Institutum in re certa, in testamento non abolito, non cancellato, neque ex aliqua parte vitiato, mittendum esse in possessionem, ex l. vltima, C. de edicto Diui Adriani tollendo, censuerunt Curtius iun. in Commentarijs dictæ l. vlt. nume 38 & alij, quos refert & sequi videtur Tiraquellus, in tracta. *le mort saisit*, parte secunda, Declaratione 4. numero 15. Quorum illud est argumentum, quod secundum illam legem hæres etiam ex parte mittendus sit in possessionem bonorum defuncti: institutus autem in re certa, videtur esse aliquo modo hæres, aut hæredi similis, cum possit autoritate propria possessionem accipere bonorum, in quibus institutus est, ad instar hæredis, vt docet Bartolus, in l.
C ex facto, nume secundo, ff de hæred. instit Alexander & Iason, ad l quoties, C. eod. titu. Ex quo sequitur, eum multo magis eam possessionem autoritate Iudicis obtinere posse. Denique, non videtur vlla ratio diuersitatis inter hæredem & institutum in re certa, vterque enim à testatore institutus est, cuius voluntatem executioni mandari publicè interest, l. vel negare. ff. quemad. testam. aper.

Sed contrariam sententiam magis probabilem existimo; quoniam institutus in re certa, re vera non est hæres, sed instar potius legatarij, dicta l. quoties, C de hæred. instit. lex autem illa de hærede loquitur. Nec obstat, quod possit autoritate propria possessionem bonorum accipere; quia, vt maximè id verum sit, de quo iam non disputo, non tamen efficitur eum hæredem esse. Et dum dicitur. Si potest autoritate propria: Ergò multo magis ex l. vlt. Negatur: quia consequentia non est bona. Illa est bona collectio; Ergò multo magis Iudicis au-
D toritate ex remedio iuris sibi competente, possessionem accipere poterit.

Non obstat quod dicitur, non esse rationem diuersitatis inter institutum in re certa, & hæredem; quia immò est diuersitatis ratio, illa nempe, quòd hæres ad onera hæreditaria tenetur: & vicem sustinet defuncti; quamobrem, eum statim in possessionem mittendum, summa ratione & æquitate constitutum fuit; vt scilicet exequeretur ea, quæ testator iniunxit, actiones que exciperet, & exerceret, ac personam defuncti repręsentaret; Non talis est institutus in re certa, nec tanto fauore dignus, ac proinde non est in eo eadem ratio, quę in hęrede.

CA-

CAPVT XXII.

Virum filia hæres ex teſtamento vel ab inteſtato, mittenda ſit in poſſeſſionem bonorum feudalium, contradicentibus agnatis, tanquam vocatis ex inueſtituris feudalibus.

SI proponatur patrèfamilias deceſſiſſe hærede relicta filia ex teſtamento, vel ab inteſtato, & adſint feudalia bona, an in poſſeſſionem eorum ſit mittenda, an verò potius agnati, qui contendunt, feuda ad ſe pertinere, controuerſi iuris eſt. Et hic totius difficultatis vertitur cardo, quia dicit tex. capitul. primo. § inter filiam, ſi de feudo defuncti controuerſia fuerit inter dominos & agnatos vaſalli *Inter filiam defuncti & agnatos defuncti, de quodam prædio mota eſt quaſtio, agnatis feudum, filia verò allodium eſſe aſſerentibus, ſuper poſſeſſione apud quem manere debeat, quærebatur. Reſponſum eſt, apud filiam poſſeſſionem interim eſſe collocandum.*

Huius ergo textus argumento, filiam eſſe in poſſeſſionem mittendam. Etiam quando conſtet bona eſſe feudalia, primus omnium Ioan. Andreas docuit, quem & alij omnes autorem laudant, in add. ad Specul. tit. de Teſtamen. § pen. verſ. perſonam, vbi ait, poſt miſſionem demum eſſe cognoſcendum ad quem feudum pertineat. Sequitur Alex. ad l. vlt. col. vlt. & ibid. Iaſon, num. 36. C. de edicto Diui Adriani tollen. & alij a Menochio citati de adipiſcen. poſſeſſ. remed. 4. nu. 375. & poſt eum ab Hartmanno Piſtorio, Quæſt. iuris. lib. 2. parte poſteriore c. 39. num. 32. Quibus (quatenus de filia ex teſtamento hærede loquuntur) aſtipulari videtur ipſa l. vlt. C. de edicto Diui Adr. toll. vbi generaliter eſt conſtitutum, hæredem eſſe mittendum in poſſeſſionem omnium bonorum defuncti. Non obſtat, ſi dicatur, in feudis regulariter fœminas non ſuccedere; quoniam in multis caſibus ſuccedunt, ut in c. 1. de natura ſucceſſ. feud. cap. 1. de feudo fœmin. & alibi.

Cæterum; in his terminis, in quibus loquimur, videlicet, quando conſtat bona eſſe feudalia, non eſſe filiæ, ſed agnatis tradendam poſſeſſionem, reſponderunt Iaſon in conſi. 152. lib. 4. Gozad. in conſi. 12. num. 8. Albert. Brunus in conſi. 18. nu. 18. Alba in conſi. 78. nu. 16. Plotus ad l. ſi quando, nu. 111. C. vnde vi, Iacob. in d. l. vlt. C. de edicto diui Adria. toll. nu. 49.

Horum argumentum illud eſt, quia fœminæ regulariter feudorum ſunt incapaces, & illa pertinent ad hæredes maſculos, cap. 1. §. filia, de ſucceſſ. feudi, c. 1. §. Hoc autem notandum, qui feudum dare poſſunt, c. 1. §. ad filios, de ſucceſſ. fratris. Quamobrem agnati & hæredes maſculi, ad quos feudum ſpectat, videntur potius in poſſeſſionem mittendi, quàm filia ad quam non ſpectat.

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochi, in d. remed. 4. nume. 381. de adipiſcen. poſſeſſ. vt ſi quidem conſtet bona eſſe feudalia, & præterea etiam agnati probationes in promptu habeant, eius eſſe qualitatis, vt fœminæ non ſuccedant, tunc agnatis danda ſit poſſeſſio, aliàs ſecus, & ita videtur opiniones Doctorum conciliare ac interpretari.

Mihi verò ea ſententia videtur probabilior, quæ maſculis hæredibus ſiue agnatis feudorum poſſeſſionem adiudicat, & multo magis, vbi ex inueſtituris conſtat fœminam ſuccedere non poſſe; ſed ſolos maſculos agnatos, exploſa prorſus prima illa opinione, quæ nullum habet fundamentum ſolidum. Nam cum fœminæ regulariter in feudis non ſuccedant, ſed agnati & hæredes maſculi, ipſi iam fundatam habent intentionem, ut loquuntur noſtri, tum ad fœminam excludendam, tum ad obtinendam pro ſe ipſis bonorum poſſeſſionem. Illis enim procul dubio dari debet, quibus a lege delata eſt, non alijs, qui non vocantur. Et licet in aliquibus caſibus fœminæ in feudis ſuccedant, dum tamen de hac re
A disputatur & cognoſcitur; quia regula iuris ipſis fœminis aduerſatur, fauetque agnatis, iuſtius eſt & æquius, vt interea poſſeſſio tradatur maſculis hæredibus quàm fœminis. Sic & textus in dicto §. inter filiam, dum cognoſcitur an res ſit feudalis vel allodialis, mandat fœminæ poſſeſſionem tradi; quia filia rem allodialem eſſe aſſerẽs regulam pro ſe habet, qua dicimus quamlibet rem præſumi liberam, & nulli obnoxiam ſeruituti, l. altius, C. de ſeruit. & aqua. Et licet feudalis eſſe poſſit; interea tamen viſum eſt iuri magis conſentaneum, fœminam in poſſeſſione eſſe, cui iuris regula fauet, quàm agnatos, quibus aduerſatur.

Ex quibus manifeſtum euadit, fundamentum prioris ſententiæ nixum d. § inter filium, & perquam infirmum eſſe, & potius noſtræ ſententiæ ſuffragari, ſi ratio tex. rectè perpendatur.

Quòd verò attinet ad l. vlt. C. de edicto Dauid Adriani tollen. illa prorſus nullum præſtat argumentum, ſi quidem, cui hæres in teſtamento inſtitutus, in poſſeſſionem
B bonorum defuncti mittendus ſit, illa eſt ratio; quia hæres ſuccedit in vniuerſum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de regulis iur. ſed fœmina in feudo non ſuccedit, meritò in poſſeſſionem mitti non debet, niſi prius cognitum fuerit tale eſſe feudum, in quo etiam fœminæ ſuccedant.

CAPVT XXIII.

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda ſit.

CVm filijs legitima in bonis parentum debeatur, eaque ſit triens, ſi filij ſint quatuor, vel ſemis, ſi plures exiſtant, vt notum eſt ex Nouella Iuſtiniani de Triente, & Semiſſe. Controuerſia eſt nonnulla,
C in quibus bonis debeatur, ſeu ex quibus detrahenda ſit: Quam rem ego quatuor propoſitis concluſionibus commodè explicari poſſe indico. Prima concluſio. Ex bonis iuri primogeniture ſubiectis, vt cum noſtris loquar, veluti ſunt Regna, Ducatus, Marchionatus, & ſimilia, hæc enim primogenito ex conſuetudine deferuntur, legitima detrahenda non eſt. Huius aſſertores concluſionis ſunt Guido Papæ, deciſio. 476. Gloſ. in cap. licet, de voto, Panormitan. in conſil. duodecimo, in tertio dubio, lib. primo, & alij, quos refert & ſequitur Tiraquellus, de iure primogenitorum, quæſtio. quinta. Ergo, ſi princeps plures habeat liberos, in principatu ſuccedet primogenitus, nec ex eo legitima debetur alijs filijs; licet aliquid aliud in pecunia, vel in alia re ſit dandum, ex quo alimenta, & alia neceſſaria conſequi poſſint.

Et huius concluſionis ratio eſt: quia eiuſmodi dignitates diuidi non debent, vt in c. 1. § præterea ducatus, de
D prohibita aliena. feudi per Fridericum. Nam vt Ariſtoteles inquit lib. 12. Metaphyſicor. *Multos imperitare malum eſt, Rex vnicus eſto.*

Secunda concluſio: Legitima debetur, iuſtèque deducitur & aſſignatur ex bonis feudalibus & emphyteuticis, ſi ſint hæreditaria, id eſt, conceſſa pro hæredibus quibuſcunque. Ita docent Bart. ad l. 1. § nec Caſtrenſe, nu. 6. ff. de collat. bono. Ripa, ad l. in quartam, nume. 177. ff. ad leg. Falcid. Clarus, in § feudum, q. 46. Menoch. in conſil. 251. num. 61. lib. 3.

Probatur hæc concluſio; quia talia bona ſunt ſicut cætera hæreditaria & patrimonialia, quæ allodialia vocantur. Quare ſicut ex alijs bonis legitima debetur, ita & ex iſtis.

Tertia concluſio: Legitima non debetur, neque aſſignari poteſt ex bonis feudalibus ac emphyteuticis, quæ hæreditaria non ſunt, ſed conceſſa pro filijs & deſcendentibus, Doctores appellant ex pacto & prouidentia, ſi non acquiſita ſint à patre, ſed ab auo, vel alijs aſcen-

dentibus, vti declarant Alexander, in consil 29. nume 4 lib 5. Ripa, in l. in quartam, nu. 179. ff. ad leg Falc. Ratio est: quia legitima est pars bonorū patris, de cuius successione agitur Hæc autem bona non sunt à patre profecta, seu acquisita, sed ab auo; Et consequenter quasi aduentitia ipsis filijs, & non patris, sed aui beneficio parta, argumento l. quæsitum, ff. de leg 1.

Quarta conclusio: Legitima non debetur ex eiusmodi bonis & feudalibus & emphyteuticis à patre acquisitis, si non hæreditariæ sint concessiones ac inuestituræ; sed ex pacto & prouidentia. Ita docent Ang. in § optimè, in Auth. de nuptijs. Castren. ad l si patroni, ff. ad Treb. Alex. in cons. 89. num. 5. lib 4.

Fundamentum est: quia hæc bona filius non videtur habere patris beneficio, sive à patre ipso; sed potius à domino, qui concessit ac inuestiuit patrem & filios: legitima verò debetur ex substantia patris, l. scimus, §. Repletionem, C. de inoffi. testam.

B Contrariam sententiam habuerunt multi, quos refert & sequitur Alex. in consi. 29 nu 4. lib. 5. & in l. si patroni, ff. ad Treb Ripa ad l. in quartam, num. 178. ff ad leg Falc. Clarus. §. feudum.

Fundamentum est, quoniam filius hæc bona videtur à patre habere. Primo, quia pater illa acquisiuit. Secundo, quia poterat illa alienare. Tertio, quia poterit ipsa feuda refutare in manus domini, vt loquuntur feudistæ. Postremò, quia cum stipulatur pro se, & filijs, primo sibi stipulari & acquirere intelligitur, deinde filijs: & sic videtur mortis caussa hæc bona filijs donare, argumento, l. 2. ff. de donat. cau. mort. Donatio autem caussa mortis in legitimam filio imputatur, l. etiam, § si patrono, ff. de bonis libertor.

Respondeo, si pater emerit eiusmodi bona, & precium numerauerit, argumenta supra dicta locum sibi vindicase. Et aliud præterea argumentum, quod sumi potest ex l. omnimodo, § imputari, C. de inoffi. testam. vbi in militia, quam pater emit, ita cōstitutum est, vt in legitimā imputetur. Cęterum, si de feudo agatur, quod ex mera gratia & beneficio domini processerit, argumenta illa cessare videntur: quia non immediatè ex patris substātia proueniunt eiusmodi bona. Nec obstat, quod pater potuisset non acquirere, vel refutare, vel alienare; quia, secundum Philosophos, caussa remouens prohibens, non dicitur esse caussa per se, sed per accidens.

C Non obstat, quod dicitur, patrem dum stipulatur primo sibi, deinde filijs, videri mortis caussa donare, quia id iure non probatur. Et cum ipse non det filijs, sed tantum secipiat, non potest vlla donatio fingi, quę proueniat ex patre, sed ex domino qui feudum dedit.

Si tamen proponatur feudalia bona fuisse concessa filijs, contemplatione ipsius patris & non filiorum, tunc putarem ea profectitia esse, argumento l. cum in plures, §. in arrogato, ff de vulg. & l. profectitia, vers. *Et quid si quis patri donaturus*, ff de iure dotium. Et consequenter in legitimę ratione computanda, sicut cętera bona, quę ex patris substantia proficiscuntur.

D

CAPVT XXIV.

Vtrum patris testamentum inter liberos valeat, si vni ex filijs legitimam absque titulo institutionis relinquat.

TEstamentum patris inter liberos valere, quo vni ex filijs legitima absque titulo institutionis relicta sit, autor est Accursius, in Auth. Nouissima, C. de inof. testam. in ver. tit. & alij, quos refert & sequitur Iaf. ibi, nu. 16. Argumenta verò sunt ista. Primum, quia testamentum etiam imperfectum inter liberos est seruandum, vt in l. hac consultissima, § ex imperfecto, C. de test. Ex quo sumitur argumentum non esse necessario adhibenda iuris solemnia: ergo multo minus illud erit neces-

A se, vt institutionis titulo legitima relinquatur. Id enim ad solennia pertinere dubium non est.

Secundum argumentum est ex c. p. Rainucius, de testamētis, in quo simpliciter titulo legati relictum aliquid fuit vni ex filijs, & illud testamentum ualere præsupponit; nec infringit.

Tertium est ex traditis per Bartolum in l. 1. num 62. C. de sacrosanct. eccl. & docet ibi Barto. testamentum ad pias caussas, in quo legitima filio relicta titulo institutionis non est, valere: quia in eo testamento non requiruntur Iuris Ciuilis solennitates. Sic ergo dicendum videtur etiam in testamento inter liberos, quia nec in eo tam subtiliter exigi oportet iuris ciuilis solennitates, relinqui posse legitimam absque titulo institutionis.

Quartum argumentum est: quia receptum est testamentum ualere, quo legitima titulo legati filijs relinquitur, si contineat clausulam, omni meliori modo, ut docet Baldus, in l. quoties, C. de hæred. instit. Marsilius Singul 36. Sed hæc clausula, omni meliori modo, tacitè intelligitur in testamento inter liberos, ut tradit Glos in l. cohæredi, § cum filia, in uerbo, *non videtur*, ff. de vulgargo testamentum inter liberos ualebit absque titulo institutionis.

Sed contraria sententia est communior, & ut mihi videtur, etiam uerior. Vide Couuar. in cap. Rainucius, §. 1. numero 2. ad Testament. Clarum, § Testamentum, quæstio 8 vers. sed pone testator. Fundamentum illud est solidum, quod generaliter sancitum est a Iustiniano, in § aliud quoque capitulum in Authen. vt cum de appell. cognosc. filios esse instituendos, vel ex iustis caussis exhæredandos, & sic a parentibus honorabili institutionis titulo vocandos ad hæreditatem. Cum ergo Imperator de testamento loquatur condito a parentibus, perspicuum est, ipsum loqui etiam de testamento inter liberos confecto & scripto. Quare omnis dubitatio est inanis, & superuacanea.

Ad primum argumentum respondeo, & si voluntas patris inter liberos seruanda sit, etiam ex testamento imperfecto, quod scilicet vel subscriptione testium destitutum sit, vel signaculis, vel id genus alijs solennitatibus, non tamen obtinere potest, & si ipsa institutione filiorum, siue honorabili institutionis titulo destitutum sit. Immo vero tale testamentum rescindi potest, ut d Nouella Constitutione lu tiui mi habetur.

Ad secundum respondeo, nullum posse fundamentum poni in capit Rainucius, quia narrat tantum Summus Pontifex testamenti tenorem, in quo filio aliquid relictum fuit, sed quo titulo relictum fuerit, & quomodo non explicat. Quamobrem intelligi debet, relictum fuisse eo modo, quo relinqui oportuit, ut declarat optimè Couuar. ibi. n. 7.

Ad tertium ex autoritate Bartoli responderi potest, eius sententiam iure non probari nec defendi posse.

Ad quartum negatur in testamento inter liberos tacitè illam Clausulam, Omni meliori modo intelligendam esset, & illam Glos multi reprobarunt, vt per Couuar. loco annotato, num. 3.

CAPVT XXV.

Quid si pater in testamento dicat, se filio centum pro sua legitima relinquere.

SEd rursus controuertitur: quid si pater dicat in suo Testamento, Titio filio meo centum pro sua legitima relinquo, vtrum valeat, ac sufficiat, licet non dixerit instituo? Respondit Bartolus sufficere, quia intelligitur relicta eo modo, quo relinqui debet, hoc est, titulo institutionis, ita inquam respondit in consi. 151. Idem respondit Franciscus Tigni eius coætaneus in consilio immediatè sequenti inter consilia eiusdem Bartoli. Sed con-

A contrarium quidam alius eadem tempestate Iurisconsultus respondit, cuius responsum est ibidem impressum post consilium Francisci Tigrini. Bartoli sententiã probarunt Castrens. & Decius in l humanitatis, C. de Impub. & alijs substit. Clarus alios citans, §. Testamentum, q. 38. vers. Sed quid si dicat. Diuersæ autem sententiæ adstipulati sunt Saly. ad l. quoties, C. de hæred. instit. Alexand. ad l. nam quod. §. non omnis, col. 4. ff. ad Treb. & in consil. 70. lib 2. Iason in auth. Nouissima, num. 48. C. de inoff. testam Couuar. alios citans in c. Raiuucius, §. 1. num. 6 de Testam.

Fundamentum Bartoli est hoc, quod cum parens ita relinquit, videatur tacitè relinquere eo modo, quo oportet, & sic titulo institutionis, argumento, l. vlt. C. de necess. ser. hæred instit. l. sciendum, ff. de verb. oblig. cum alijs similibus testimonijs, quibus dici, solet, intrinsecam solennitatem præsumi adhibitam fuisse.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ est illud; quod in proposita facti specie titulus institutionis non B fuerit adiectus, qui tamen necessariò requiritur, ut in d. Nouell a Iustiniani. Vt cum de Appel. cog §. aliud quoque capitulum Neque enim verbum, (Relinquo) certè rei adiectum, institutionem importat, ut declarat Bart. in l Centurio, num. 3 ff. de vulg.

Hæc sententia contra Bartolum videtur mihi sanè probabilior; quia si titulus institutionis esset præsumendus, non esse opus illum adijcere, nec vnquam testamentum eam ob causam rescinderetur, quod legitima non esset relicta institutionis titulo; semper enim dici posset, illum titulum institutionis tacitè subaudiendum, ac intelligendum. Quam ob rem, vana esset Iustiniani Constitutio in d. Nouella.

Nec me mouent argumenta Bartoli. Nam quod attinet ad primum, longè diuersam habet rationem; quia cum seruum quis hæredem instituit, necesse est vt libertatem ei reliquerit, vt in lege allegata: quia alioqui nec hæres esse posset, sed filius potest consequi ea, quæ relicta C sunt, etiam si titulo institutionis non fuerint relicta.

Quod verò dicitur in l. sciendum, ff de verbor. oblig. *Si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solèniter acta*, nihil obstat; quia loquitur in dubio, cum scilicet non apparet an solennia fuerint adhibita; neque enim rectè scriptum esse *fideiussisse*. Sed hic versamur in claris, cum in Testamento prætermissus fuit titulus institutionis, & pater dixit, se relinquere pro legitima, non est hic dubium, an adiecerit istitutionis titulum testator, necne; apparet enim non adiecisse. Quare longè dissimilis est casus, & longè dispar ratio.

CAPVT XXVI.

Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus post eius mortem?

Bona defuncti patrisfamilias augeri possunt vel extrinsecè, vel intrinsecè (placet enim vti vocabulis D vsitatis apud pragmaticos Doctores.) Extrinsecè dicuntur augeri, cum aliquid eis accedit, vel alluuione, vel alias ob causas. Intrinsecè verò, cum eorum æstimatio crescit: sæpè enim accidit, vt rerum precia pro diuersitate temporum varia sint ac diuersa. Et quidem si de extrinseco agatur augmento, communis est sententia, cui & ipse assentior, legitimam non augeri. Ita docent Paulus Castrens. & Alexander, in l. in ratione, 30. ff. ad legem Falcid. Romanus Sing. 128. Volo tibi vnum dicere, & alij, quos refert & sequitur Curtius senior in cons. suo omnium vltimo.

Et probatur hæc sententia ex l. cum quæritur, C. de inoff. testam. ibi: *Si quartam partem mortis tempore testator, reliquit*. Et ex l. si patronum, 44. § si ex bonis, ff. de bonis libert. Solet autem in contrarium adferri, l. serui qui, 41. ff ad leg. Falcid. Sed vera & communis est solutio, illum textum loqui de Falcidia, non autem de Legitima.

A Ratio diuersitas est; quia vt Falcidiæ locus non sit, latior fieri debet interpretatio: sic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Alia ratio est in Legitima. Nam si ea filio soli sit relicta, iam apparet noluisse defunctum plus filium habere; si verò non reliquit, Testamentum non ualet, sed rescinditur.

Cæterum, si de intrinseco augmento agatur, controuersia est inter Doctores; an inspiciendum sit tempus mortis testatoris, vel tempus, quo Legitima ipsa petitur. Sit hæc facti species: Decessit paterfamilias relictis bonis æstimationis trium millium aureorum, hæc bona post decem annos æstimantur sex millibus. Quæritur, an filius qui legitimam suam portionem non nisi post decem annos a parentis morte petijt; debeat illam obtinere secundum æstimationem eius temporis; quo pater vita functus est, quod si fiat, mille consequetur: an verò secundum æstimationem eius temporis, quo illam petit, quod si concedatur, longè plus obtinebit, ut patet.

B Et quidem inspiciendum esse mortis tempus, & eius temporis præstandam esse æstimationem, censuerunt Baldus, in cons. 22. lib 4. Curtius senior in cons. suo omnium vltimo Curtius iunior in cons. 21. n. 14. Hippolitus Riminaldus alios citans, in cons. 148. lib 2.

Argumenta sunt ista: Primum; legitima est portio bonorum, quæ erant tempore mortis patris, l. cum quæritur, C. de inoff testam. Ergò debet assignari filio secundum æstimationem eiusdem temporis mortis patris; quia si ea æstimatio non obseruetur, filius aliquando plus aliquando minus habebit, quàm tempore mortis patris esset habiturus.

Secundo, legitima non augetur, licet bona patris post eius mortem augeantur extrinsecè, quoad quantitatem, vt inter omnes conuenit, ergò idem respondendum est, si bona patris augeantur quoad æstimationem, & precium.

Tertiò, nisi tempus mortis patrisfamilias per omnia C spectetur, etiam quantum ad æstimationem, semper erit incertum, quanta sit legitima filij, quia semper bona augeri vel minui possunt, quoad æstimationem. Hoc autem est absurdum; Ergò, &c.

Contrariam sententiam habuerunt Corneus in consil. 263. libro 2. Gratus respond. 79 libro 2. Bertrandus, 141. libro 2. Berengarius ad l. in quartam, num. 122. ff. ad leg. Falcid.

Et hæc sententia mihi verissima videtur. Namque augmentum, ac diminutio æstimationis bonorum ad eum pertinere debet, ad quem bona pertinent, l. in ratione. 30 ff ad leg Falcid. l. pignus, C. de pig act.

Sed legitima ad filium pertinet statim a morte patris, l. Scimus, §. cum autem, C. de inoffic. testam. ibi: *Quia nostra constitutio omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pars pura, & mox filio restituatur*. &c.

D Ergò omne augmentum, ac diminutio legitimæ portionis ad filium ipsum spectare debet.

Omitto cætera argumenta, quia non videntur mihi tam fortia, ac vrgentia.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, legitimam esse portionem tertiam, vel semissem bonorum, quæ tempore mortis erant. Et ideò rectè infertur, eius augmentum ad filium pertinere; quia si tempore mortis patris illam habuisset, procul dubio etiam eiusmodi commodum habuisset augmẽti: Nec absurdum est, filium plus consequi ratione auctæ huiusmodi æstimationis, quam tempore mortis habuisset; Id enim fit ex accidenti, hoc est, ex mutatione precij rerum & varietate, quam varia, ac diuersa tempora inducere solent.

Ad secundum argumentum iam responsio patet; quia alia est ratio augmenti extrinseci, alia intrinseci quoad æstimationem, vt dictum est.

Ad tertium respondeo negando incertitudinem respectu corporum, hoc est, bonorum ipsorum defuncti:

legitima enim erit semper tertia pars, vel semis pro numero liberorum. Respectu verò æstimationis, nil refert an sit certitudo, necne, eo enim pacto omnibus incertū est quid & quantum possideant, quoniam æstimatio bonorum indies mutatur, vt notum est. A

CAPVT XXVII.

Si filio legitima à patre viuente fuerit assignata, vtrum an illis facultatibus patris, mortis eius tempore possit filius eam petere secundum bonorum quantitatem, quæ tempore mortis reperietur.

Pater filio legitimam suam dedit, postea factus est ditior, & mortuus est, filius petit legitimæ quantitatem iuxta tempus mortis, habita scilicet bonorum ratione postea quæsitorum. Quæritur an rectè petat. Non rectè petere, sed contentum esse debere quantitate bonorum sibi data à patre viuente pro legitima, docuerunt Iacobus Buttrigarius, in l. pactum, C. de Collat. Roman. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. oblig. & alij, quos refert, & sequitur Guilhelmus Benedictus, ad c. Rainucius, in vers. Duas habēs vxores, nu. 141. de Testam. Menoch. de Arbitr. iudic. Casu 149. num. 18. B

Fundamentum est, quia filius habuit legitimam iuxta facultates patris tunc viuentis, & sic cum voluerit eam ante tempus habere, sibi imputare debet; nec enim se læsum fuisse allegare poterit ex eo, quod pater alia bona quæsierit; quia potuisset amittere, & in summa paupertate mori; quo casu nemo diceret filium aliquid restituere oportere, quasi plus debito accepisset, habita ratione bonorum quæ tempore mortis erant: Itaque cum ita se res habet, vt lucrum, & commodum parere possit, idq; pendeat ex incerto, ac futuro euentu, læsio allegari, ac deceptio non potest, l. de fideicommisso, C. de Transact. l. 1. C. de pactis, l. si ea lege, C. de vsuris.

Huc accedat, quod ad læsionem cognoscendam inspiciendum sit tempus rei gestæ, l. voluntate, ad finem, C. de rescind vend. l. habitationum, ff. de periculo, & commodo rei vend. sed si tempus, quo legitima assignatur, inspiciatur, nulla apparet læsio ipsius filij; quia tunc pater non habebat plura bona, ergo nulla læsio allegari potest. C

Contrariam sententiam habuerunt Paulus Castr. & Alexand. in l. in ratione, 30. ff. ad leg. Falcid. Iason. in Authen. Nouissima, nu. 9. C. de inoff. testamen. & alij, quos refert, & sequitur Couarr. in c. quamuis, in 3. parte, § 1. nu. 2. de pactis, lib. 6. quibus adde Vasquium de successio. Creatione, lib. 2. § 20. 4 parte, num. 221. & D. meum Cephalum, in cons. 165 nu. 15. lib. 2.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur, & satis luculenter probari, ex l. si quando, § primo, C. de inoffic. testam. *Si quis* (inquit) *à patre certas res, vel pecunias accepisset, & pactus fuisset, quatenus de inofficioso aduersus testamentum paternum querela ab eo minimè moueretur*, Et paucis verbis interiectis, *huiusmodi pacto filium minimè pragrauari secundum Papiniani responsum, in quo definiuit meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos, quam pactionibus adstringendos.* D

Si non prohibetur filius impugnare testamentum, & consequenter plus petere, & consequi pro legitima portione, licet pactus fuerit, de non petendo, & de testamento non impugnando: cum certas res à parente pro legitima, vt ego interpretor, accepit: ergo multò minus prohiberi debet cum simpliciter accepit certas res pro legitima, & nihil pactus est in contrarium. Huc accedat ratio: nam legitima portio moderanda est ex bonorum quantitate, quæ tempore mortis patris reperiuntur, l. cum quæritur, C. de inofficiof testamen Cum igitur mortis tempore facultates auctæ reperiantur, manifestum est ex illis ita auctis legitimæ portionem esse constituendam.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo; non eam ob causam filio licere suam petere legitimam secundum quantitatem bonorum, quæ tempore mortis patris est, quia videlicet ex pactione sit læsus, qua legitimā illi pater viuens assignauit, sed alia de causa; nempe, quia aut filius res certas pro legitima accipiens, pollicitus est se nil amplius petiturum, & talis promissio nihil valet; aut nec tacitè, nec expressè promisit, & tunc nihil proponitur, cur petere non possit legitimam sibi assignari pro quātitate bonorum, quæ pater mortis tempore reliquit. At voluit inquies ante tempus habere legitimam, ergò sibi imputare debet: nec enim si bona patris diminuta essent, aliquid restitueret. Respondeo, filium quidem ita voluisse, sed eiusmodi pactiones iure non probari, sed potius reijci, ac proinde siue auctis, siue diminutis paternis facultatibus totam hanc legitimam portionem ad suum tempus referendam esse, & ex bonis relictis a defuncto prorsus moderandam fore.

CAPVT XXVIII.

De legitima parentum, & fratrum, an sit triens vel quadrans.

Filiorum legitimam non vt antiquo iure quadrantem hæreditatis, sed trientem esse, inter omnes constat ex Nouella Iustiniani de Triente, & Semisse. Sed parentum legitimam esse trientem, vera, & communis est sententia, vt notat Iason in Auth Nouissima, num. 16. C. de inoff. testam. Castr. in Auth. Ex causa, num. 2. C. de lib. præter. & Rolandus a Valle, *in consil.* 39. lib. 3. Et satis clarè probatur ex d. Nouella de Triente, & Semisse, in illis verbis: *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quartæ ratio de inofficioso lege decreta est.*

Cæterum, an idem constitutum sit in ea legitima, quæ fratribus debetur, quoties turpis persona est instituta, nonnulla est inter Doctores controuersia: Etenim auctam non esse fratrum legitimam, sed quadrantem intelligi, vt olim antores fuer Alexand. in l. si patroni, § vlt. ff. ad Trebell. Cagnol. ad l. 1. num. 22 ff. de inoffic. testamento. Natta in consil. 478. Afflictus *decis.* 204. quorum illud est fundamentum, quòd Iustinianus in Nouella de Triente, & Semisse legitimam duntaxat filiorum, & parentum auxerit, quibus ordinario quodam iure querela competit inofficiosi testamenti: non autem fratrum quibus ita demum querela datur, cum turpis persona est instituta. Id patet: quia Imperator in præfatione dicit se disponere uelle, secundum id, quod consequens est naturæ: Sed fratri non debetur legitima iure naturæ. Et cum fratribus ab initio querela non competat inofficiosi testamenti, sed ex post facto, cum scilicet turpis persona est instituta, colligitur Imperatorem non de legitima fratris esse locutum in versic. *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio*, &c.

Verùm istis uil morantibus, contrariam sententiam amplector, & autoribus vtor, Hieronymo Gabrielio, qui & alios citat, in consil. 126. & Iacobo Cuiacio, in expositione Nouellæ 18. non procul a principio. Et argumento sumpto ex d. Nouella, in versic. *Hoc obseruando*, &c. Si enim idem obseruandum est in omnib alijs, quibus antiquo iure querela competebat inofficiosi testamenti, vt videlicet eorum legitima sit aucta, & triens esse intelligatur, sequitur dicendum idem etiam obseruandum in fratribus, quibus constat querelam competisse turpi persona instituta.

Nec verum est Iustinianum auxisse tantum earum personarum legitimam, quibus ordinario quodam iure querela competebat. Non hoc dicitur in Nouella

Non obstat, quod dr ex post, facto cōpetere, non ob initio. Nā primū verba, *ab initio*, in tex. Nouellæ nil aliud signi-

ſignificant, niſi ſecundũ iura vetera : deinde ſi hæc ratio valeret, etiã parentibus non eſſet aucta; quoniam nec illi quærelam inſtituere poſſunt, niſi ſint exhæredati, & ſic ex poſt facto. Illud tantum eſt in fratribus conſtitutum, vt non habeant querelam, niſi ſint exhæredati, & ſimul inſtitutæ turpes perſonæ : ſed huius rei non eſt habenda ratio; quia ſatis eſt illos habuiſſe querelam antiquo iure, quod ſufficit, vt Conſtitutio locum habeat. Denique illa verba præfationis Nouellæ non obſtant; quia Imperatoris intentio præcipua fuit prouidere filijs; ſed tamen etiã ad alios extendit ſuam Cõſtitutionem, omnes videlicet, quibus querela competebat. Quare ſub hac lege fratres quoque contineri iudico, quia & ipſis olim querela competebat turpi perſona inſtituta.

CAPVT XXIX.

Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat.

CVm ſicut deſcendentium, ita & aſcendentium Legitima ſit tertia pars hæreditatis, vt dictum eſt in præcedenti capite. iam alia oritur controuerſia. Filius condito teſtamento matrem in legitima inſtituit hæredem, duos fratres vtrinque coniunctos hęredes inſtituit; quęritur, quanta ſit matris legitima. Eſt antiqua & celebris controuerſia inter Iacobum Butrigarium & Bartolum. Cenſuit Butrigarius Legitimam eſſe tertiam partem totius hæreditatis. Bartolus contra, eſſe tertiam partem tertiæ partis hęreditatis. Bartoli ſententiam ſecuti ſunt Iaſ. in conſil 61. lib. tertio, Alexander in conſil. 14 lib primo. Corneus in conſil. 150. lib. primo, & Iacopinus in l. pater filium, numero 40. ff. de inoffic teſtam. Butrigarij verò ſententiam amplexi ſunt. Bald. in Auth. Nouiſſima, C de inoffic teſtam. Oldr. in conſ. 123. Socin. ſen. in conſil. 75. num. 7. lib. 3.

Fundamentum Butrigarij eſt in § 1. in Authen. de Triente & Semiſſe, vbi Imperator ſtatuit legitimam filiorum augendam eſſe, ita, vt integram habeant tertiam partem hæreditatis : ac idem obſeruandum eſſe mandauit in omnibus, quibus querela inofficioſi teſtamenti cõpetebat : & ſic idem obſeruandum eſſe colligitur ac infertur etiam in legitima parentum, vt dictum eſt. Conſequenter legitima parentum erit integra tertia pars hæreditatis.

Fundamentum verò Bartoli eſt; quia legitima eſt iam tertia, ſed olim quarta pars eius partis, quam quis ab inteſtato habiturus eſſet, l. Papinianus, § ſi quis mortis cauſa, ff. de inoffic. teſtam. Sed hoc in caſu mater ab inteſtato ſuccedens habuiſſet tertiam partem hæreditatis; quia duo fratres extabant, inter quos & matrem hæreditas diuidenda erat in capita, vt notum eſt ex Authentic. Defuncto. C. ad Tertullianum. Ergo legitima matris erit tertia pars huius tertiæ partis. Et hęc ſententia mihi ſanè probabilior videtur: Quod enim ex Nouella de Triẽte & Semiſſe infertur legitimam matris portionem eſſe integram tertiam partem ſubſtantiæ ſeu hæreditatis filij, rectè infertur, ac ſibi locum id vindicare poteſt, vbi mater eſt ſola, cui debetur inteſtati ſucceſſio; non autem vbi ſunt alij legitimi hæredes. Nam ſi, verbi gratia, quatuor eſſent fratres defuncti hęredes ab eo inſtituti, & mater in ſola legitima inſtituta, plus haberet mater, quã alij hęredes ſinguli, quòd videtur eſſe abſurdum, præſertim ſi inſtituta mater fuerit in minima portione, quo in caſu legitimę ſupplementum petere poteſt, iuxta l. omnimodo, C de inoffic teſtam petendo ſupplementum plus conſequeretur, quam quilibet ex hęredibus eſſet habiturus, & quam ipſamet eſſet habitura, ſi vna cum fratribus eſſet inſtituta.

A

CAPVT XXX.

Vtrum legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt valeat teſtamentum.

LEgitimã aſcendentibus quocunque titulo relinqui poſſe, atque ideò inſtitutionis titulum non eſſe neceſſarium, Bar. exiſtimauit in Authen Nouiſſima, C. de inoffi teſtam. eo argumento adductus, quod idem ſit receptum in legitima patroni, iuxta no. in l. 1. §. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manum & quia, cum olim quocunque titulo rectè relinqueretur, vt probatur ex d. Auth. Nouiſſima, nullus extet locus, quo probetur in aſcendentibus ius antiquum immutatum eſſe, & legitimam inſtitutionis titulo illis relinquendam.

Sed contrarium docet vera & communis Doctorum ſententia, vt per Iaſonem in d. Authen. Nouiſſima, nu. 3.
B quæ probatur ex § Aliud quoque capitulum, in nouel 6. Et hæc quidem de parentum ordinauimus teſtamentis, in Authen. vt cum de appell cog Dicitur in §. aliud quoque capitulum, filios à parentibus hæredes inſtituendos eſſe, aut ex iuſta cauſſa exhæredandos, etiamſi eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint. Poſtea ſubdit Imperator: *Et hæc quidem de parentum teſtamentis ordinauimus. Iuſtum autem perſpeximus & econtrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere.* Et infra: Diſponit idem, vt non liceat filijs parentes exhæredare ſine iuſta cauſſa; ſed hæredes inſtituendos eſſe. Quamobrem illa verba hoc etiam in loco repetita videri debẽt, nempe: *Etiamſi eis legitimam portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint*. Sed hæc res mihi videtur eſſe clarior, quàm vt longiori egeat diſputatione.

CAPVT XXXI.

C

Vtrum filij, qui parentibus non ſuccedunt, in numero cenſendi ſint filiorum ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui ſuccedunt?

GRauis eſt, ardua, & ſubtilis diſputatio : vtrum filij, qui à parentum ſuorum ſucceſſione excluduntur, in numero filiorum exiſtimandi ſint ad aliorum, qui ſuccedunt, legitimæ portionem, vel augendam, vel minuendam. Ego aliquot concluſionibus propoſitis rei obſcuræ aliquam lucem adferre, & diſſidentium Iuriſconſultorum ſententias explicare conabor. Igitur filius filiave à ſucceſſione patris excludi poteſt; Primò, exhæredatione ex cauſſa legitima facta. Secundò, renunciatione iurata, iuxta c. quamuis, de pact. lib. 6. Tertiò, municipali conſtitutione : vtputa, ſi exiſtentibus filijs maſculis fœminæ excludantur, dotatę, vel dotandæ.
D Quartò, ſi filius incapax reddatur delicto perpetrato, vel religionis ingreſſu ordinis Minorum S. Franciſci. Poſtremo, ſi non velit ſuccedere, & ſic hęreditatem repudiauerit.

Rurſus, talis filius à ſucceſſione excluſus in numero filiorum haberi poteſt ad minuendam legitimę portionem aliorum filiorum, qui ſuccedunt, vel ad eam augendam. Ad minuendam, exempli cauſa. Pater quatuor habet filios, quorum vnus aliqua ex pręmiſſis cauſſis à ſucceſſione repellitur, alij verò tres ſuccedere poſſunt. Quęritur, quanta ſit legitima horum trium filiorum; videlicet, quoniam eſt triens, an non triens diuidendus ſit in quatuor partes, an verò in tres? ſi filius à ſucceſſione excluſus, in numero ſit habendus ad minuendam aliorum legitimam, triens erit in quatuor partes diuidendus, & ſic filiorum quilibet vnciam tantum habebit : ſi verò filius excluſus non ſit in numero filiorum, totus triens in tres tantum partes diſtribuetur, ita vt quilibet filiorum ſucceſſionis capacium tertiam partem trientis,

tis, non autem quartam, vt in alio caſu, conſequatur.

Ad augendam verò legitimę portionem aliorum, qui ſuccedunt, filius à ſucceſſione exclusus haberi in numero filiorum poteſt, hoc modo: Pater habet quinque filios: Vnus eorum non poteſt ſuccedere, is ſi in filiorum numero ſit habendus ad aliorum portionem augendam, tunc legitima erit ſemis, quaſi quinque ſint filij, ſin minus legitima erit triens, perinde ac ſi eſſent tantum quatuor, nulla ratione habita eius filij, qui non ſuccedit.

Tractant hanc quæſtionem Alexander & Iaſ. In l. planè, §. ſi duobus, ff de leg. 1. Caſtrenſ. l. huiuſmodi, §. ſi Titio, ff eod. ti. & in conſi. 287 lib. 1. Guido Papę deciſ. 245. & 599. Curt. ſenior conſi. 5. Alciatus in conſil. 775. Socinus iunior in conſilio 25. lib. 1. Fabianus de Giochis, & Marcus Antonius Cucchius in Anthen. Nouiſſima, C. de inoffic teſtam Bellonus in conſil. 83. Dominus meus Cephalus in conſil. 245. libro ſecundo, Iacobus Menochius in conſi. 207. lib. 3. Andreas Geyll, lib. ſecundo, Obſeruat. 122.

Hæc igitur ſit prima Conclusio: Filius exhæredatus à parente ex iuſta & legitima cauſſa, in filiorum numero cenſendus non eſt ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Itaque, ſi pater reliquerit tres filios, & iuſtam ob cauſſam vnum ex eis exhæredauerit, aliorum duorum legitima erit triens integer.

Probatur hæc concluſio ea ratione, quia cũ filius exhęredatus nihil ex hæreditate patris habiturus ſit, cæteri filij, qui excluſi non ſunt, in tota hæreditate ſuccedunt; ergo legitima eorum erit tertia pars hæreditatis: quoniam legitima eſt tertia pars eius partis, quæ ab inteſtato defertur, l. patentiaus, C. de inoffic. teſta. l. Papinianus, §. ſi quis mortis cauſſa, & §. quoniam, ff. eod. tit.

Confirmatur hæc ſententia ex l. ſi poſt mortem, §. liberi, ff. de bonorum poſſeſ contra tab. *Liberi*, inquit, tex. *qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt. Quod enim bonum eſt eis fauere, vt partem faciant nihil habituri.*

C Huc accedat tex. in §. ſi verò filios, in Auth. de nupt. vbi Imperator ſtatuit lucra nuptialia reſeruanda eſſe filijs: *Sed ſi* (inquit) *quis ex eis ingratus videtur, premium hoc alijs damus nihil tale agentibus, vt & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum reſpicere.*

Poſſem huc adferre regulam, l. planè, § ſi duobus, ff. de leg. 1. vbi dicitur: eum qui ad partem non admittitur, partem non facere: ſed quia alibi contrarium dicitur, qua de re eruditè Zaſius diſputat lib. 1. Sing. Reſp. c. 19. Ideo hoc argumento non vtor.

Cæterùm ſententiæ ſupra dictæ aduerſantur Bart. & Paulus Caſtrenſ. ille, in l pater filium, num. 14. ff. de inoffic. teſtam. iſte, In d. l. planè, § ſi duobus, & in conſil. 286. lib. 1. in eo tantum caſu, quo pater tres filios habens, vnũ exhæredauit, & alios hæredes inſtituit in re certa, ac in omnibus alijs bonis extraneum hæredem inſtituit. Hoc

D in caſu exiſtimant exhæredati filij portionem nequaquam lucro cedere aliorum filiorum, ſed hæredis inſtituti. Hanc rationem afferunt, quod filij non exhæredati melioris conditionis eſſe non debeant propter alterius exhæredationem, ne culpa vnius alijs proſit. Sed hæc ratio nihil valet, quia contrarium docet Iuſtinianus in d. § ſi vero, in Auth. de nupt. nempe, partem exhæredati & ingtad aliorum, qui digni ſunt, & bene merentes, lucro cedere.

Secundum argumentum adferunt, quia, cum filij non exhæredati non ſint vniuerſales hæredes ſed particulares in re certa, non poteſt eis accreſcere pars exhęredati, arg. l. Proculo, de leg 2.

Reſpondeo, filios non exhæredatos non hoc commodum habere ex iure accreſcendi; quaſi videlicet eis accreſcat pars exhæredati, ſed per remotionem obſtaculi, vt ita dixerim. Nam cum legitima ſit triens, illis ſolis debetur, qui ad ſucceſſionem vocantur; & filius exhæreda-

A tus obſtare alijs poterat, quo minus integrum haberent trientem; iam vero non obſtat: quoniam ille non ſuccedit, & cum à ſucceſſione ſit excluſus, videtur in conſequentiam à legitima quoque excluſus, quæ ſucceſſionis eſt pars.

Tertio vtuntur hoc argumento, quòd teſtator exhæredati portionem maluiſſe credatur ad vniuerſalem hæredem peruenire, quàm ad filios in re certa inſtitutos. Sed quis talem patrisfamilias mentem cognoſcere poterit? aut qua æquitate propriam quis ſobolem extraneis poſt habere credatur?

Secunda concluſio: Sicut exhæredatus filius in numero filiorum non habetur, ad aliorum portionem in legitima minuendam, ita nec ad augendam. Itaque, ſi paterfamilias quinque liberos habens, vnum ex illis exhæredauerit, & alios in legitima inſtituerit, illa erit in hoc caſu triens, quaſi quatuor ſint filij, non autem ſemis, perinde, ac ſi quinque forent.

Probatur hęc communis & vera concluſio duabus ra-

B tionibus: altera, quia legitima eſt pars hæreditatis, vt iã dictum eſt. Cum ergo quatuor duntaxat filij ad hæreditatem vocentur, ſequitur legitimam eſſe trientem, nulla ratione habita eius filij, qui exhæredatus eſt, quia videlicet ab hæreditate excluditur. Altera eſt ratio, quoniam Imperator ideo decreuit legitimam eſſe ſemiſſem, quãdo ſunt plures filij, quàm quatuor, ne nimis pauperes eſſent, ſi tantum trientem haberent, vt in d. Nouella, de Triente & Semiſſe. Sic enim ait tex. *Frequenter igitur & alia vice miratiſumus, quomodo legitimis & beneuolis filijs, quibus agunt gratias parentes, quibuſque quod relinquitur iam etiam debitum vocant ſolum triunciam deſinerunt, ex neceſſitate relinqui; reliquum verò interim voluntate parentum, & capiunt quidem cognati omnia, & extranei; filij verò, licet multi conſiſtant, confunduntur: & triuncium diuidũt ſolum, vel ſi decem forte, aut amplius fuerint pauperes erunt filij, donec vixerint parentes idonei.*

Vbi ergo quatuor tantum exiſtunt, inter quos legiti-

C ma diuidatur, ceſſare videtur ratio paupertatis. Eſt autem ita in propoſita facti ſpecie: quia filius exhæredatus non habet partem, & ſic ſoli tres trientem participabunt.

Sed iterum hic repugnantem Bartolum habemus, in d. l. pater filium, nu. 15. ff de inoff teſtam. vbi docet, eo in caſu, quo exhæredati portio cæteris fratribus accreſcit, legitimam portionem filiorũ non exhæredatorum ex perſona exhæredati augeri Mouetur hoc argumento: quod videlicet filij exhæredati portio cæteris filijs accreſcat, ex l qui repudiantis, & l. ſi ponas, §. vlt. ff. de inoffic. teſtam. Quibus in locis habetur: vno ex filijs exhæredatis renunciante querelæ. reliquis eius portionem accreſcere, ita, vt reſciſſo per querelam teſtamento, totam obtineant hæreditatem.

Sed hæc videntur mihi diſſimilia; quoniam ibi filio exhæredato competit querela, & portio hæreditatis reſciſſo teſtamento, quamobrem ſi non velit querelam in-

D tentare animo repudiãtis, vt inquit tex merito illius portio cæteris accreſcit, iuxta l. vnam, C. quando non petentium partes petentibus accreſcant. Cæterum, in ea facti ſpecie, de qua agitur, cum filius ex legitima cauſſa exhæredatus proponatur, ille non habet partem vllam, ideoq; nec alijs accreſcere poteſt: Tunc enim ius accreſcendi locum habet, cum portio vni eſt delata, qui non vult, vel non poteſt eam habere, vt in d. l. vna, C. quando non peten. partes, & in l vna, §. vbi autem, C. de caducis tollen. & in ſpecie noſtra declarat Alexan. in d. l planè § ſi duobus, num. 5. de leg. 1.

Tertia concluſio; filius ex delicto, vel aliã ob cauſſam incapax hæreditatis & ſucceſſionis effectus, inter filios recẽſendus non eſt, quo ad aliorum filiorum, qui capaces exiſtunt, portionem vel minuendam, vel augendam.

Hæc concluſio confirmari poteſt iiſdem argumentis, quibus in pręcedentibus vſi ſumus, neque enim ratio diſcriminis apparet inter hunc & pręcedentes caſus.

Quar-

A Quarta Concluſio; Filia excluſa renunciatione ab hæreditate paterna, iuxta formam, cap. quamuis, de pactis, lib. 6. non eſt referenda in filiorum numerum ad augendam aliorum filiorum, qui non renunciarunt, portionẽ, ſed ad eam minuendam inter filios reputanda eſt.

Probatur vtraque pars Concluſionis hoc modo: Vbi filia renunciat hæreditati paternæ, illa renunciatio cedit in fauorem, & commodum patris: quia pater dote ei data non tenetur amplius eam inſtituere: Ergò ſi, v.g. pater habeat tres filios, & filiam, eaque renunciauerit, iam pater eius portionem conſecutus eſt; & conſequenter in numero filiorum eſt habendus, ad hoc, vt triens diuidatur in quatuor partes, quarum vna cedat patri vigore renunciationis, aliæ tres cedant alijs tribus filijs. Non habetur autem in numero filiorum, ad augendam aliorum legitimam: quia ſic pater damnum ſentiret ex renunciatione. Et quia ſi, verbi gratia, ſint quinque filij; & inter eos filia renuncians, ſoli quatuor inter ſe diuident trientem.

B Quinta Concluſio: Filia à ſucceſſione excluſa vigore Statuti mandantis eam dotari, & filios maſculos ad ſucceſſionem vocantis, non eſt in numero filiorum ad minuendam portionem legitimæ maſculorum.

Probatur: quoniam excluſa a ſucceſſione, dicitur eſſe excluſa etiam à legitima; cum illa ſit pars hæreditatis, & ſucceſſionis: Et cum ita non admittatur ad partem, nec partem facere debet ad aliorum detrimentum, l. planè, §. ſi duobus, ff. de leg. 1.

Huc accedat, quod tale Statutum conditum eſſe videtur in fauorem maſculorum, & agnationis; ſed ſi filia faceret partem ad diminuendam maſculorum portionem, videretur in odium quodammodo retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus.

Contra iſtam Concluſionem adferri ſolet textus in l. huiuſmodi, § ſi Titio, de leg. 1. *Si Titio, & Meuio* (inquit textus) *legatus fuerit Stichus qui Titij erat, debebitur pars Stichi Meuio. Nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem facit.*

C Reſpondeo, Titius ibi non admittitur ad partem legati: quia dominus erat ſerui, & res propria non poteſt alicui legari, l. proprias, C. de legatis. Facit autem partem: quia ius retentionis habet iure vetuſtioris dominij, vt ibi explicat Bartolus, & poſt eum Zaſius, libro primo. Sing. Reſponſ. cap. 19. & Socin. iun. in dict. conſil. 25. num. 12. lib. 1.

Sexta Concluſio: Filia Statuto excluſa a ſucceſſione, vt ſuprà, inter filios annumeranda eſt ad legitimæ portionem maſculorum augendam, vt, ſi verbi gratia, ſint quinque, & inter eos filia excluſa: legitima ſit ſemis, non autem triens.

Probatur: quia hic ſunt quinque filij; ergò legitima eſt Semis, vt in Nouella, de Triente, & Semiſſe. Non obſtat, ſi dicatur filiam quidem extare, ſed non ſuccedere, quia nihilominus in numero eſt habenda ad commodum filiorum. Ratio eſt: quia dotem habuit, vel habitura eſt, & ſic dos videtur eſſe loco legitimæ: qua- D mobrem erit perinde, ac ſi ipſa quoque legitimæ portionem habuiſſet; conſequenter alij pinguiorem partem habere debent; quia incommodum ex dote data, vel danda, habituri ſunt. Et ſanè, ſi trientem tantum haberent, cum onere dotis dandæ, nimis exigua eſſet portio eorum.

Sed contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſil. 287. lib. 1. atque vtitur hoc argumento. Is qui loco extranei cenſeri debet, non poteſt in numero filiorum haberi; quia hæc longè differunt, haberi pro extraneo, & haberi pro filio: Sed filia ſic excluſa, pro extranea habetur, quantum ad ſuccedendum patri: Ergò non debet pro filia haberi, quantum ad eum effectum. Aſſumptio probatur quia nec talis filia querelam habet inofficioſi teſtamenti, nec ei legitima debetur: cum enim à ſucceſſione excluſa ſit, videtur etiam excluſa à legitima, quæ pars eſt ſucceſſionis.

A Reſpondeo, filiam ſic excluſam non haberi prorſus pro extranea perſona: quia dotari debet, & dos eſt loco legitimæ; quæ res cum in detrimentum cedat filiorum maſculorum, meritò & ipſi ex eius perſona pinguiorem, & vberiorem facient legitimæ portionem.

Quædam alia adferuntur argumenta contra ſuperiorem ſententiam, ſed illa, & leuia ſunt, & diligenter à Domino meo Cephalo refutantur in dict. conſ. 245. lib. 2. vt non ſit operæpretium actum agere.

Poſtrema Concluſio: Si filius ſit excluſus a ſucceſſione, quia nolit ſuccedere, ac repudiauerit hæreditatem, illius portio hæreditatis conſequenter etiam legitimæ cæteris accreſcit, l. vna, C. quando non petent. partes, petentibus accreſcant.

CAPVT XXXII.

Vtrum legitima filiorum Statuto tolli poſſit.

B Controuerſia etiam eſt circa legitimam filiorum, an ea tolli ex Statuto poſſit? Sunt enim qui exiſtimant tolli poſſe, ſunt qui negant; & non deſunt, qui minui poſſe affirment, tolli autem poſſe negent. Vide Couuar. in 4. lib. Decret. par. 2. c. 8. § 6. nu. 5. Andream Geyll, lib. 2. Obſeru. 122.

Qui tolli poſſe exiſtimant, hoc argumento vtuntur: Id quod Iure Ciuili conſtitutum eſt, alio Iure Ciuili, nempe, ex Statuto, mutari, & tolli poteſt, vt in §. ſed naturalia, in Inſtit. de iure natur. gent. & Ciuili. Sed legitima eſt à Iure Ciuili conſtituta; ergo alio Iure Ciuili puta Statuto, tolli poterit.

Aſſumptio probatur ex l. Lege XII. Tabularum, C. de legit. hæred. vbi Imperator ait: Lege XII Tabularum conſtitutum eſſe, vt ad ſucceſſionem tam maſculi filij, quàm fœminæ vocentur. Legitima verò eſt pars ſucceſſionis. Et ex §. 1. in Auth. de Triente, & Semiſſe, vbi Imperator C dicit: Legem parentibus neceſſitatem imponere, vt filijs legitimam relinquant.

Confirmatur hæc ſententia: nam remedia, quibus ipſa hæreditas, ac legitima obtineri poteſt, Iure Ciuili prodita ſunt, veluti querela inofficioſi, petitio ſupplementi, & ſimilia: Ergò Iure Ciuili videtur eſſe legitima conſtituta.

Negantis autem ſententiæ firmamentum eſt in contrario Syllogiſmo. Quod iure naturali debetur, mutari ac tolli Iure Ciuili non poteſt, §. ſed naturalia, in Inſtitut. de iure natur. gent. & ciuil. ſed legitima iure naturali debetur, & filijs conſtituta eſt: Igitur Statuto tolli non poterit.

Aſſumptio probatur primum ex l. cum ratio, ff. de bonis damnator. *Cum ratio naturalis* (inquit textus) *quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adijciat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando*, &c.

Secundò, ex l. ſcripto, ff. vnde liberi, Papinianus: *Libe-* D *ros ad bona parentum natura ſimul, & commune parentum votum admittit.*

Tertiò, ex §. primum itaque, in Authent. de hæredib. Falcid. *Primum itaque* (inquit textus) *illud eſt cogitandum; quia teſtantibus alijs quidem neceſſitatem imponit Lex, diſtribuere quandam partem perſonis quibuſdam, tanquam hoc ſecundum ipſam naturam eis debeatur, quale eſt filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus, interdum verò etiam fratribus*, &c.

Quartò ratione probatur: nam legitima debetur filijs, vt ex ea ſe alere, & ſuſtentare poſſint, teſte Imperatore in Auth. de Triente, & Semiſſe: Cum ergo alimenta iure naturæ filijs debeantur, l. 1. § ius naturale, ff. de iuſt. & iur. ſequitur, & legitimam eodem iure deberi.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in eo poſitum, quòd iure naturali legitima debeatur; & idcirco tolli in totum non poſſit, ſed quia eius quantitas Iure Ciuili præſcripta, & definita eſt, idcirco ex lege municipali

aliqua

aliqua ex parte minui posse, iusta scilicet caussa subsi- A stente.

Hanc postremam sententiam æquiorem, ac probabiliotem esse iudico, & omninò sequendam; tum, quia supremum Cameræ Imperialis tribunal eam seqni solet, teste Andrea Geyll, loco proximè citato; tum, quia illam amplecti soler eriam Rota Romana, vt notatur decisio. 18. in nouis. Fuit dubitatum, & decis. 476. Nota consuetudo, in antiquis.

Ita tamen hanc sententiam arbitror locum sibi vendicare posse; si modò non ita minuatur, vt ad filiorum sustentationem non sufficiat; Cuius declarationis antore vtor Couuarruuia, loco prosimè citato: & eo argumento, quod alioqni Statutum esset iniquum, & irranonabile, & consequens non valeret, cap. Erit autem lex, quarta distinct.

Ex his argumenta in contrarium non obstare manifestum est. Est enim legitima partim Iure Ciuili, partim Iu- B re naturali constituta Iure ciuili, quoad quantitatem, Iure Naturali, quoad rem ipsam, & substantiam; ideo, quatenus ex Iure ciuili definitionem accepit, mutari potest, quatenus verò ex Iure Naturali debetur, mutari non poterit; vti nec ipsum Ius Naturale.

CAPVT XXXIII.

Vtrum pater assignare filio legitimam possit in pecunia numerata.

SI pater filium in legitima instituerit, eamque in pecunia assignauerit; vtrum filius cogatur acquiescere paternæ voluntati, non eadem est omnium sententia Etenim, si in hęreditate relicta, pecunia reperiatur, affirmat cogendum filium acquiescere, & eam acceptare, post alios, quos citant Ripa, ad l. in quartam, nu. 126 ff. ad legem Falc. & Iacobus Menoch de arbit iudic. Casu 163. Fundamentum est: quia legitima relinqui debet ex sub- C stantia patris: Talis autem est pecunia in hæreditate inuenta; ergo nihil prohibet, quo minus in eiusmodi pecunia assignari possit ac relinqui. Nam & omnia bona patri alienare permissum est, si velit, eaque in pecuniam redigere, nec filio iniuriam facere videtur.

Cęterum, negantem sententiam amplexi sunt Bartol. in l suus quoque, ff. de hæred instit. ad finem. Alexand. in consi. 79. lib. 1. Iason ad l non amplius, § cum bonorem, numer. 7. de legat. 1. Et fundamentum est: quia legitima est tertia pars vel Semis, pro numero liberorum, paternę substantiæ, vt patet ex §. 1. in Authent de Triente, & Semisse. Ergo in ipsis bonis ac substantia est assignanda, nō autem in pecunia: Interest enim filij, potius res habere, quam pecuniam, propter iustam affectionem, eam ob caussam, quod fuerit maiorum suorum, argumento l. si in emptionem, ff. de minorib.

Hæc sententia videtur mihi tutior: & confirmari potest ex eo, quod parentibus non licet, nec modum, nec D dilationem, nec conditionem, nec quodcunque aliud grauamen legitimæ adijcere, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testamen. Videtur autem aliquis modus, immò grauamen adijci, cum in pecunia numerata legitima assignatur filio. Nam debet ei liberum ius patere eam consequendi, prout iustum videtur; non quidem vnam rem eligendo meliorem, vel ex rebus singulis cum aliorum præiudicio partem deducendo: sed ita res est moderanda Iudicis arbitrio, & prudentia, vt ex vna vel pluribus rebus legitima deducatur, filioque assignetur, prout magis commodum, & minus alijs damnosum videbitur, argumen. l non amplius, §. cum bonorum, & l. Sequentis, de legat. 1. & l 2. C. quando, & quibus quarta pars debeatur, lib. decimo, vide Menoch. dicto casu 163. nume. 16.

CAPVT XXXIV.

Vtrum legitimam filius amittat, propter inuentarium non confectum.

NOn est omittenda celebris hæc controuersia Vtrũ filius Legitimam amittat propter Inuentarium non confectum. Et quidem filium legitimam amittere propter Inuentarium non confectum, atque adeo, ad omnia legata, & fideicommissa persoluenda teneri, etiam si eis solutis nihil pro legitima ei superfit, autores sunt multi. Oldrad. in consil. 134. Paulus Castrens. in cons. 188. lib. 2. & alij quos distinctione quadam adhibita refert & sequitur Couuar. in cap. si hæredes, num. 10. de testam. sed latissimè omnium Franciscus Sarmientus lib. 2. Selectar. Interpret. cap 7. addi potest his & Cuiacius, in expositione d Nouellæ, de hæred & Falc. & Phanucius de Inuentario hæredis, parte 7. num. 13.

Argumenta vero tria sunt potissimum. Primum est; quia hæres, qui Inuentarium non confecit, tenetur etiam vltra vires hæreditarias; nec distinguitur an sit suus hæres, vel alienus, l. vlt. C de iure delib. § sin autem dubias, & in §. si verò postquam. Et diserte habetur in §. sancimus, in vers. si vero non fecerit, in Auth. de hæred. & Falcid. *Si vero non fecerit Inuentarium*, &c. inquit Iustinianus, *complebit legatarios, & fideicommissarios, quamuis puræ substantia morientis excedat mensuram legatorum datio.*

Secundum argumentum est. Hæres non conficiens Inuentarium; si sit creditor defuncti, actionem, & creditum amittit, l. debitori, C. de pactis. Hoc est enim vnum ex beneficijs, quæ consequitur ex Inuentarij confectione, vt actiones hæredi sint salnę, quas contra defunctum habuit, vt in d l. vlti. §. In computatione, C. de iure deliberan. Ergo etiam filius hæres non conficiens Inuentarium, actionem ad legitimam, & illud quasi creditum, amittet.

Tertium argumentum est: quia ita constitutum est in Falcidia, vt eius commodo & beneficio hæres non fruatur, qui Inuentarium non confecerit, vt in dict. l. vlt. C. de iure deliber. & in Auth de hæred. & Falcidia. præsumitur enim subtraxisse bona, quæ Falcidiæ sufficiebant, vt ibi dicitur. Ergò idem est in legitima.

Et confirmari potest hoc argumentum: quia in Falcidia eadem ratio videtur, quæ in legitima. nam ante ius nouissimum, etiam Falcidia a testatore prohiberi non poterat; l. si ut ... legas, l. quanquam, C. ad legem Falcid. sicut nec legitima. Ergo idem iuris videtur esse in vtraque.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Glos. & Alexand. in l. vlt. § penult. C. de iure deliber. Idem Alexander, in consil. 67. lib quarto, & 134. lib primo Imol. in cap primo, numer. 10. de testament. Alciatus in consil 41. lib. 9 secundum impressionem Lugdunensem Cagnol. in l. Papinianus, § meminisse, num 15. ff. de inoffic. testam. Olaścus decisio. Pedemont. 148. num. 6 Rolandus à Valle de Confectione Inuentarij, §. 5. §. dubitatio oritur. Andreas Geyll, lib. 2. pract. Obseru cap. 138. numer. 14. qui & alios citant.

Et hanc sententiam ego probabiliorem esse iudico. Primum enim satis firmum pro eius confirmatione illud est argumentum, quod nulla lege cautum hoc sit, quemadmodum in Falcidia, quæ locum habet cum vltra dodrantem legata relinquuntur. Deinde illud est firmissimum argumentum; quoniam hæc disputatio oriri non potest, nisi cum filius hæres institutus, & legatis vel fideicommissis vniuersalibus aut particularibus grauatus est: Quantum enim attinet ad æs alienum defuncti, inter omnes constat, illud legitimæ præferendũ esse, ex l. Papinianus. § quarto, ff de inoffic testamen. Sed illud certum est, legitimam nec directè tolli posse, nec indirectè, nec vllum grauamen præiudiciumve filio inferri in legitima

posse,

posse, vt in l. quoniam in prioribus, C. de inoff. test. posse, A scimus, § cum autem, C. eod. & habetur in Nouella de restitutionibus & eaquæ parit in vndecimo mense, vbi cauetur, legitimam esse excipiendam ab onere restitutionis iniunctæ. Ergo legata & fideicommissa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita sunt, & pro non scriptis habenda. Ergo filius etiam inuentarium non conficiens, propter eiusmodi legata & fideicommissa, damnum in legitima sentire non potest, nec debet: neque enim inuentarij confectio ei a lege iniungitur, vt legitimam integram & nulli oneri subiectam obtinere valear. Quod sanè, si necessarium fuisset, æquum erat exprimere, vt filius sciuisset leges, quibus legitimæ prospectum est, cessare inuentario non confecto, sicut espressè cautum est Falcidia.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdetur, hæredem inuentarium non conficientem ad legata præstanda & fideicommissa teneri vltra uires hæreditarias, cum talia sunt legata & fideicommissa, quæ de B iure valent, & relinqui potuerunt, sed legata & fideicommissa in præiudicium ac diminutionem legitimæ ordinata, irrita sunt, ac nullius momenti, & pro non scriptis habentur, vt iam dictum est, ergo filius ad ea soluenda non tenetur.

Ad secundum respondeo, argumentum illud locum habere posse, cum filius hæres institutus, vel ab intestato succedens nemini tenetur hæreditatem restituere, vel legata præstare, quibus hæreditas exhauriri possit: tunc enim cum sit hæres, & bona teneat, actiones illi cõpetentes confunduntur: sed cum hæreditatem alijs restituere tenetur, vel legata præstare, alia est ratio; tunc enim separare potest legitimam sibi debitam, eamque saluam ac præcipuam retinere, & reliquum restituere. Nec illud ius legitimæ siue ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confundi potest; quia iam per legem prorsus exceptum & exemptum est ab omni restitutione ac onere. Si enim vult lex legitimam exemptam esse a restitutionis onere, consequenter vult legitimam filio reseruare, eamque separate ab omni onere restitutionis *Quamobrem præsentem ponimus legem*, inquit Iustinianus in Auth. de restitut. & ea quæ parit, &c *Omnia quidem alia prioris a nobis posita constitutionis, rata manere volentes: hoc verò innouantes solummodo, ut si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum, primum quidem seruet filio legitimam partem, non quartam*, &c.

Hæc igitur legitima, quo modo possit legatis vel fideicommissis exhauriri, & exinaniri, eò, quod filius inuentarium non confecerit, cuius conficiendi ad hunc effectum, legitimæ non amittendæ nullum a lege præceptũ habet, ego prorsus non intelligo; si enim legatum xe fideicommissum ab ipso initio non præiudicat legitimæ, nec illam tangit, quia reseruanda est, quomodo fideicommisso absorberi poterit ex post facto, ob inuentariũ non confectum?

Ad tertium argumentum respondeo, de Falcidia id quidem luculenter constitutum fuisse; sed alia est detractio ex lege Falcidia, alia est legitima filijs debita, illa, vt maximè olim prohiberi non potuerit a testatore, nunc tamen potest, vt illa ipsa Nouella de hæredibus & Falcidia constitutum est à Iustiniano, hæc verò nec olim, nec hodierno iure prohiberi a parente, tolli, minui, aut absorberi potest, & omnia quæ in eius grauamen scripta sunt, pro non scriptis censentur. Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ duodecim tabularum repugnat, qua constitutum erat; vti quisque rei suæ legasset ita ius esto, hæc iure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & nouis adiuuatur, ac relinqui præcipitur. Cur igitur argumentari liceat ex Falcidia ad legitimam, cum ad affirmandum infirmum argumentum appareat a minori ad maius? ab eo quod diuersum est? quod differentem rationem habet?

CAPVT XXXV.

De inuentario hæredis controuersia aliqua, & prima circa tempus illud conficiendi, an incipiat ex die adita, an verò delata hæreditatis.

NOn alienum fore putamus aliquas his adnectere controuersias Doctorum de Inuentario hæredis. Et illam inprimis: quoniam in l. vlt. C. de iure deliber. triginta dies constituti sunt ad illud inchoandum, & alij sexaginta ad perficiendum, nisi res hæreditariæ, vel maxima earum pars posita sit alibi, tunc enim hæres anni spatium habet ad inuentarium conficiendũ, vt in ea lege dicitur. Hæc cum ita constituta sint, oritur controuersia; quando tempus hæredi incipiat currere, an ex die aditæ hæreditatis, an verò delatæ: Et quidem communior videtur sententia, illud incipere ex die aditæ hæreditatis: ita enim docet Glos. in dict. l. vlt. in ver. *delatam*, quam sequuntur Bartolus, Paulus Castrensis, Alexan. Iacopin. & Corneus in Commentarijs eiusdem loci, alijque non pauci, quos refert, & sequitur Roland. à Valle de Confectione inuentarij in 3. parte, § quæritur quo tempore.

Fundamentum est primò in d. l. vlt. §. si verò postquã, C de iure delib. *Si verò postquam adierint, vel sese immiscuerint præsentes, vel absentes, inuentarium facere distulerint, & datum iam à nobis tempus ad inuentarij confectionem effluxerit*, &c. His enim verbis text. indicare videtur tempus præfixum currere, postquam hæres adiuit hæreditatem.

Secundo, quia textus dicit in d. l. vlt C. de iure delibet. in ipso inuentario ante omnia præponendum esse venerabile signum Sanctæ Crucis manu hæredis; sed nemo dicitur hæres propriè, nisi qui hæreditatem adiuit, l. si in diem ff de cond. & demonstr. l. statu liberos, § si quis hæ
C redi, ff de statu lib. Ergo tex. præsupponit iam aditam esse hæreditatem cum inuentarium conficitur.

Terno, quia dicitur in d. l. vlt. §. donec, C. de iure delib. hęredem intra tempus inuentarij conficiendi à ereditoribus, legatarijs, & fideicommissarijs molestari nõ posse. Hoc autem frustra diceretur, nisi cum inuentarium hæres conficit, iam adiuisset hæreditatem. Si enim hæreditatem non adierit, indubitatum est molestari nõ posse.

Sed contraria sententia mihi longè probabilior videtur, nempe, tempus, de quo agitur, ex die delatæ hæreditatis currere. Ita docuit olim Ricardus Malumb. Ioan. Andr ad Specul. tit. de instr. editio § vlt. Odofr in Auth. Sed cum testator, C. ad leg. Falc. Abbas in consil. 73. Phanuc. de inuentario in 1 par. in princ.

Et omissis inutilibus argumentis, iuxta meum antiquum morem, (quid enim prodest inutilia referre argumenta eaque refellere?) Fundamentum huius sententiæ solidum est in dicta l. vlt. C. de iure deliber. vers. Sin
D autem dubius, vbi textus ita dicit: *Si autem dubius est, vtrum admittenda sit necne defuncti hæreditas, non putet sibi esse necessarium deliberationem, sed adeat hæreditatem, vel sese immisceat, omni tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur, vt intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hæreditatem cognouerit, numerandos exordium capiat inuentarium.* Hactenus verba legis. Ex quibus patet, tempus inuentarij conficiendi exordium sumere ex die, quo apertæ sunt tabulæ testamenti, delatamque sibi hæreditatem hæres cognouit.

Respondent contrariæ sentẽtiæ autores, illa verba supplenda esse ex §. si verò postquam, in eadem lege, vt nimirum tempus hæredi currat ex die delatæ hæreditatis, & simul etiam aditæ. Sed non probatur hæc suppletio ex d. §. si verò postquam, nec aliquo alio testimonio.

Respondeo enim ad dictum §. si verò, non loqui de tempore ex quo initium sumere inuentarij confectionem

nem oporteat, verùm de hærede, qui inuentarium non confecit, & dicit eum in solidum teneri creditoribus, & alijs.

Ad secundum argumentum respondeo, quod dicitur venerabile Crucis Signum manu hæredis præponendū esse, id accipiendum tam de hærede, qui hæreditatē adiuit, quam de eo, qui non adiuit. Constat enim, & hæredem, qui nondum adiuit inuentarium cōficere posse, vt in eadem l. vlt. § finauterm hoc aliqua fecerit.

Ad vltimum respondeo, illud beneficium, quod Lex concedit, vt interim donec inuentarium conficitur, hæres molestari non possit, vtile esse, & nullo modo frustra concessum, cum hæres adiuit; licet, cum non adiuit, necessarium non sit. Et cum Lex aliquid operatur, saltem in aliquo casu, superflua reputari non debet, l. 2. C. de no xalibus act. declarat Dec. in l. cum quidam, numer. 1. C. de instit. & substitut. Dominus meus Cephalus in consi. 104. num. 17.

CAPVT XXXVI.

Alia controuersia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede.

EST, & controuersia circa locum, in quo inuētarium ab hærede confici oportet. Nam in præsentia iudicis esse conficiendum, autores sunt Angelus, de inuentario, num. 7. Socin. iun. in consil. 19. num. 14. lib. 4. & alij, quos refert, & sequitur Roland. à Valle, in consil. 73. nu. 36. lib. 2. Alij verò negant iudicis præsentiam esse necessariam. Ita Bart in consi. 154. Castrens. & Salic. in d. l. vlt. C. de iure delib. Alios commemorat Rolandus à Valle de Confectione inuentarij, §. Præsentia iudicis, vbi relatis omnium sententijs, distinguit, & docet præsentiam iudicis requiri, quantum ad hoc, vt inuentarium fidem faciat aduersus creditores, & alios, non autem quantum ad obligandum ipsum hæredem.

Ego verò neque iuris neque moris esse puto, vt in conficiendo inuentario iudex præsens esse debeat: sed vocatis creditoribus, & alijs, fieri solet à notario vno, vel pluribus in loco honesto, & congruo. nimis enim, & indecens, & molestum esset, iudicem occupari in ea re, quæ plures dies plerunque requirit. Et fanè, cum & in l. vlt C. de iure delib. & in Auth de hæredib. & Falc. inuentarij solennia diligenter à Iustiniano commemorentur, si & præsentia iudicis inter solennia recensenda esset, æquum erat id exprimere, & declarare. quod tamen factum non est. Nec textus in l. de creationibus, C. de episco. audien. qui pro contraria sententia adserri solet, præsentiam iudicis exigit in eo inuentario, de quo loquitur; sed tantum hoc dicit, inuentarium illud publicè conficiendum. Similiter & tex. de tutorum, & curatorum inuentario verba faciens, in l. tutores, 24. C. de admin. tutor. præsentiam duntaxat requirit publicarum personarum, non autem iudicis.

CAPVT XXXVII.

De hærede, qui non omnes res in inuentario scripsit, an amittat inuentarij beneficium.

INsignis est controuersia in eadem materia inuentarij: si hæres non omnes res scripsit in inuentario, sed aliquas omisit, ac celauit, sciens prudensque, nec postea etiam adiecit: vtrùm amittat inuentarij beneficium, an vero in duplum tantum teneatur rei omissæ. Etenim, eum in duplum teneri probat textus, in l. vlt. §. licentia, C. de iure delib. *Licentia* (inquit tex.) *danda creditoribus seu legatarijs, vel fideicommissarijs, si maiorem putauerint esse substantiam a defuncto derelictam, quam hæres in inuentario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod su-*

A *perfluum est approbare, vel per tormenta forsitan seruorum hæreditariorum, secundum anteriorem nostram legem, quæ de quæstione seruorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint, vt vndique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod hæres ex huiusmodi sentiat hæreditate: Illo videlicet obseruando, vt si ex hæreditate aliquid hæredes surripuerint, vel celauerint, vel amouendum curauerint, postquam fuerint conuicti, in duplum hoc restituere, vel hæreditatis quantitati computare compellantur.*

Hoc cum ita sit, non debet amittere beneficium inuētarij; nam si illud amitteret, & simul etiam in dupli pœnam incideret, grauius puniretur, quàm is qui intra tempus constitutum inuentarium non confecit, qui in eo dūtaxat, punitur, quoniam inuentarij beneficium amittit, vt in d. l. vlt. §. si verò postquam, C. de iure delibet. cum tamen plus delinquat, quia bona surripuisse præsumitur, & longè plura, quàm is, qui vnam duntaxat rem occultauit.

B Præterea, nemo duplici pœna est afficiendus ob vnam & eandem causam, l. Sanctio, in fin ff de pœnis, l. Senatus, ff. de accus. Argumento vasalli id confirmari potest. Nam vasallus qui partem feudi alienat absque domini consensu, illam duntaxat partem amittit, non etiam totum feudum, vt docet Glo. in c. 1 § allodij, de prohib. feu di alien. per Frideric. Clarus, § feudum, q. 31. vers. Sed pone vasallus. Et cum res sit dubia, & obscura, minor pœna locum habere debet, l. interpretatione, ff de pœnis. Dec. ad l. semper in obscuris, nu. 10. de reg. iur. Alciat. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 6.

Denique si hæc videtur esse magis communis Doctorum sententia. Ita enim docent Odofred. in d. l. vlt. § licentia, C. de iure deliber. & Oldradus, vt refert Cynus, Bartol. in cons. 154 nu. 8. lib. 1. Fulg. & Salic. in d. §. licentia, necnon etiam Castr. & Alexan. num. 4 post Imolam, quem citat Corneus ibidem, num. 9. Ias. & Iacop. Romanus in cons. 276. num. 8. Alexand. de Neuo, in consil. 38.

C num. 17. Ang. Aret. de testamen. Glo. 112. col. vlt. Guliel. de' Bened. cap. Rainucius, vers. Mortuo itaque testatore, num. 401. de Testam. Procellinus de inuentario, c. 3. nume. 6. Vitalinus tract. Clausular. clausula 41. nu. 38. Bellonus in consi. 30 num 6. Pottius in cons. 50. num. 7. cui subscripsere Manrica, Tornellus, Rogerius, & Cattarus. Benincasinus de Paupertate, q. 9. Villalob. comm. op. vers. hæres, nume. 8 Roland. de inuentario, 4. par. 3. vtilitate, §. quod si hæres, vers. Quid dicendum. Monticellus de inuent. nu. 154. Caualcan. de tutor. & curat. num. 10. Io. Corasius de inuentar. num. 24. Dionysius Pontanus ad consuetudines Blesenses, ti. 2. ar. 5. ti. de inuentario, q. 7. Do. meus Decianus in cons. 49. nu. 56. lib. 2. Menoch. qui hos citat, in consi. 571. lib. 5.

Verùm istis non obstantibus, contrariam sententiam veriorem puto, nempe, hæredem hoc in casu beneficio inuentarij indignum esse, ac merito priuandum, si ita legatarij & creditores velint. Moueor in primis ex § fin autē

D dubius, iuncto § Et si præfatam, d. l. vlt. C. de iure delib. Dicitur in § finautem dubius. hæredem inuentarium conficientem subscriptionem ponere debere *significantem, & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda, apud eum remaneant.* Sequitur § & si præfatam: vbi dicitur: *Si præfatam obseruationem hæredes solidauerint, hæreditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ aduersus legatarios vtantur beneficio, & in tantum hæreditarijs creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos deuolutæ valeant.*

Igitur, si hæres non descripsit omnia bona in inuentario, sed cum aliqua malignitas est, ea occultando, non est dignus beneficio legis.

Respondent contrariæ sententiæ autores, sumi non posse argumentum à contrario sensu, eo modo, quia repugnat textui in dicto §. licentia. Sed replicari potest, immò sumi posse argumentum à contrario sensu; nam quod attinet ad dict. §. licentia, infra respondebitur.

Pro-

Probatur: quia, nisi tale argumentum sumeretur, illa verba sequentia perperam subijcerentur: *Etsi præfatam obseruationem solidauerint*, &c. nam etsi non solidauerint, idem tamen statutum esset, quod est absurdum. Præterea valet argumentum regulariter a contrario sensu, vt notum est ex l. prima, ff. de offic. eius, cui mand. est iurisdict. Tertiò dicit textus in § si vero postquã, hæredem qui non confecit Inuentarium intra tempus constitutum, legis beneficium non habere, quam contemnendam putauit. Sed nonne & hæres, qui non omnes res opponit, legem contemnere videtur? Quartò dicit textus. *Subscriptionem tamen hæredem supponere necesse est significantem et quantitatem rerum, & quod nulla malignitate*, &c. Subdens, *& si præfatam obseruationem solidauerint* &c. Si hæres non subscribat inuentario, amittit legis beneficium, quia non obseruat eius præceptum, vt respondit egregiè Natta in consil. 214. numero 13 & Roland. de Confect. inuent 3. parte § Requiritur. Cum ergo inuẽtarij beneficia habere debeat is, qui scripsit quidem, sed non fideliter, scilicet omnia bona indicans, vt debuit, Quid plura? vrget hoc argumentum Iustinianus ipse, in § sancimus, in Authen. de hæred. & Falcid. ibi mandat inuentarium fieri secundum legis formam; & si non fiat, priuat hæredem beneficijs quæ illi concessit.

Et hoc est secundum argumentum, quod me mouet, nempe, ex dicto § sancimus. *Fiat igitur inuentarium*, inquit textus, *ab hærede metuente, ne forte non habeat post debita & legata, Falcidiam, secundum modum & tempora, per quæ dudum sancimus, quando homines excepimus ex damno rerum suarum in aditionibus, statuentes oneras usque ad substantiæ relictæ mensuram.*

Hic Imperator æquiparat modum & tempora inuentarij conficiendi: Sicut ergò, cum intra constitutum tempus non fit inuentarium, hæres illius commodo priuatur, ita etiam priuari debet, si non fiat secundum modum & formam a lege præscriptam, qui modus est, vt omnia bona scribantur in eo, & nulla fiat malignitas, vel fraus.

Et ideo subdit textus: *Illo adiecto solo, vt oporteat huiusmodi hæredem, qui non creditores solum, sed etiam legatarios & fideicommissarios veretur & metuit, non damnificari solum sed etiam non lucrari*, &c. Quibus verbis declarat Imperator hæredem, qui non vult damnificari; hoc est vltra vires hereditarias obligari, inuentarium cõficere oportere, secundum modum & tempora iam sancita: Ergo, si modus non seruetur, hæres inuentarij commodum & beneficium amittet.

Tertio confirmatur hæc sententia ex verbis sequentibus eiusdem textus, *Si verò non fecerit*, inquit, *inuentarium secundum hanc figuram, quam prædiximus, non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet puræ substantia morientis transcendat mensurã legatorum datio: Et hoc dicimus, non nostram minuentes legem, quam possumus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus; sed hoc, dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari: sed ex diuerso etiam falcidia lege lucrari.*

Respondent Bartolus in dicto consilio 154. lib. 1. & Vitalinus de Clausulis loco superius relato, illum textũ loqui de hærede, qui non confecit inuentarium; non autem de eo, qui confecit & aliquid omisit. Non rectè; quia textus, non simpliciter dicit: *Si vero hæres non fecerit inuentarium*; sed dicit: *Si vero non fecerit inuentarium secundum formam prædictam*. Quibus verbis patet, sermonem esse de eo, qui non fecit inuentarium secundum formam legis. Præterea dicit textus: *Sed dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis*. Quæ verba locum habent in hærede, qui confecit quidem inuentarium, sed malignè, celando scilicet, vel surripiendo aliqua bona. Huc & illa verba spectant; *Cur leges transcenderit, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari*. Hæc enim verba rectè conueniunt in hæredem, qui inuentarium fecit, sed non cautè, non rectè, non secundum leges.

Respondent præterea contrariæ sententiæ autores, aliud ex illo textu non induci, nisi hæredem, qui secundum leges antiquas non poterat ex re omissa in inuentario Falcidiam detrahere, & qui secundum Iustiniani legem in duplum tenetur, rei omissæ, nunc Falcidiæ beneficio penitus priuari, quoad omnes res hæreditarias. Ita Menochius dicto consilio 471. libro quinto, sed non placet hæc responsio; Quia manifestè repugnat verbis textus: Ait enim hæredem, qui non fecerit inuentarium *secundum figuram prædictam, complere debere legatarios, etiamsi substantiæ morientis mensuram transcendat legatorum datio*. Quibus verbis apparet non solum hoc Imperatorem velle, vt hæres amittat Falcidiam, verum etiam, vt teneatur vltra vires hæreditarias. Quod magis patet ex sequentibus verbis: *Et hæc dicimus, non nostram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur*, &c. *Sed hoc dabit ei exactio suæ malignitatis, cur trascenderit leges, ex quibus cautè omnia agẽs, nihil poterat damnificari: sed ex diuerso etiã falcidia lege lucrari.*

Et hanc sententiam amplexi sunt multi, quibus autoribus vtor, ita enim docuere Bartolus in l. rescriptum, ff de his quibus vt indig. Bald in dict. l. vlt § licentia, & in consilio 219. num. 4. libro primo, consilio 243. num. 6. lib. 5. Abb consil 73. lib. 2. Guido Papæ consil. 42. & tracta. de inuentario num. 8. Ioan. Crotus in consil 201 nume. 23. Ioannes Petrucius olim appellatus, Doctor integerrimi iudicij, vt refert Corneus, in d § licentia, Mansuerius in sua Praxi, tit. de successi. colum. vlt. numer. 49. Bertachin. tracta de Episcopis. lib. 4. parte 4. num. 34. Natta in cons. 574. num. 16. Herculanus ad l. Paulus, ff ad leg. Falcid. Dominus meus Cephalus, in consi. 314. num. 24. lib. 3. cons. 506. nu 14. lib. 4. cons. 702. num. 16. lib 5. Cranetta in cons. 348. nu. 46. Menoch. in consi. 89. num 146. lib. 1. Cardinalis Albanus in cons. 2. num. 16. & 19. Hipp. Riminal. in cons. 417. nu. 124 lib. 4. Phanucius de Inuentario, in 3. parte. nu. 53.

Ad argumentum contrariæ sententiæ sumptum ex § licentia, respondeo, illum textum loqui, & locum sibi vindicare eo in casu, quo creditores ac legatarij probare volunt hæredẽ aliquid occultasse, & celasse ex bonis hæreditarijs, ad eum finem, vt veritate detecta, non lucretur, sed ex bonis occultatis satisfieri possit ipsis creditoribus, & legatarijs; Hoc in casu eis licentia datur id probandi, & propterea decernitur, vt hæres conuictus, dupli pœnam soluat. Sic enim ait textus; *Licentia danda creditoribus, vel legatarijs*, &c. *vt veritate vndique exquisita neque lucrum aliquod, neque damnum hæres ex huiusmodi sentiat hæreditate*, &c.

Cæterum, si hac via prætermissa creditores, & legatarij allegauerint hæredem indignum esse commodo, & beneficio legis; quia non confecit inuentarium secundũ formam, & modum à lege præscriptum; quin hæc allegatio eis profutura sit, ad hoc, vt hæres omni prorsus commodo inuentarij cadat, nihil proponi video. Alioquin repugnantiam lex Iustiniani continebit. Vno enim in loco statuet hæredem pœna dupli coercendum propter dolum, & malignitatem. Alio loco, commodo ac beneficio Inuentarij multandum. Cum igitur promptum sit leges legibus concordare, l. 1. C. de inoffi. dotib. dicendum est, hæredem priuari ex causa, de qua agitur, commodo inuẽtarij, nisi legatarij & creditores elegerint aliam viam, nempe, demonstrandi ac probandi alia esse in hæreditate bona, præter ea, quæ descripta sunt in inuentario; ad hoc vt ex eis satisfiat, neq; dolosè illa hæres lucrifaciat: tunc enim electa illa via ex rebus celatis creditoribus, & legatarijs satisfiet, & præterea pœna dupli hæres multabitur.

Quod vero dicebatur hæredem, qui non confecit inuentarium tempore constituto plus peccare, quam eum, qui res aliquas celauerit, haud immeritò negari potest; siquidem eius, qui bona aliqua celauit, iã dolus certus est,

& manifestus: cæterum eius, qui Inuentarium facere distulit, non est certus, sed præsumptus dolus.

Nec absurdum est, duplicem hanc viam concedi legatarijs, & fideicommissarijs. Nec enim duplex est pœna hæredi inflicta, quæ vno & eodem tempore locum sibi vendicet; sed ita res habet. Si legatarij & creditores contenti erunt, vt in lucem prodeat res ab hærede subtracta, multabitur pœna dupli: retinebit tamen in alijs Inuentarij, ac legis beneficium, neque enim vltra res hæreditarias, & dupli pœnam condemnabitur. Si verò eligent hanc viam, vt beneficio Inuentarij hæres careat, cessabit pœna dupli, & ille tenebitur vltrà vires hæreditarias: Quare ad rem non pertinent, quæ de vasallo dicuntur, & de mitioris pœnæ interpretatione in re dubia. nam hæres in totam formam à lege præscriptam circa Inuentarij confectionem peccauit, dum malitiosè res subtraxit; & ideo omni legis beneficio carere debet, quam contemnendam putauit, & hie clara est legis constitutio non dubia, vt ex dictis patet.

CAPVT XXXVIII.

Trebellianica nunquid hæres priuetur ob Inuentarium non confectum.

DE Trebelliani quadrantis detractione, quod Senatusconsulti autoritate constitutum est, in hærede rogato per fideicommissum hæreditatem restituere, nobilis est controuersia inter Doctores: Sitne ei locus, cum hæres Inuentarium non confecit? Negant plures quàm sexaginta Doctores à Cacherano citati, decis. Pedemont. 147. Qui testatur ita iudicasse Senatum Taurinensem. His accedant Fernãdus Vasquius, de success. Creation. lib. 1. § 8. nume. 14. Purpuratus, in cons. 1. num. 5. & 375. num. 8. lib. 1. & 568. num. 27. lib. 2. Pancirolus in cons 90. num. 30. Menochius in cons. 272. nu 81. lib. 3.

Sed contrariam sententiam secuti sunt alij, fortè plures numero, quos commemorat Roland à Valle, in consil. 27. lib. 1. Phanucius de Inuent par. 7. num. 32. Dominus meus Decianus, in consil 49. lib. 1 Dominus meus Cephalus, in cons. 392. numc. 59. lib. 3. Hippol. Riminal. in cons. 187. lib 2. Stracca ad Crauettam in cons. 17. Andræas Geyll, lib. 2. Obseruat. 138. Sarmientus, lib 2. Selectarum Interpret. [illegible]num, cap. 7. Isti docent, locum esse detractioni Trebellianicæ, licet hæres Inuentarium non confecerit.

Alij quos refert, & sequitur Hyppolit. Riminald. in cons. 156. num. 58 lib. 2. distinctione vtuntur: Aut hæres statim à morte testatoris hæreditatem adiuit, eamque fideicommissario restituit, & tunc etiam Inuentario nõ confecto lucratur Trebellianicum quadrantem; quoniã nulla est suspicio ipsum aliquas res surripuisse, cum hæreditatem statim restituerit. Aut hæres non statim restituit, sed post aliquod tempus; quia fortè sub conditione rogatus erat restituere, quæ non tam citò euenit, & tunc ob Inuentarium non confectum Trebellianicam amittit, quia surripuisse aliqua bona præsumitur.

Alij denique distinguunt inter extraneum heredem, & filium testatoris defuncti: hæredem extraneum Trebellianicam amittere docent; filium verò nequaquam. Huius sententiæ autores commemorat Dominus meus Decianus, in cons. 49. num 61. lib. 2. Franciscus Bursatus, in cons. 44. nu. 19.

Mihi verò perpendenti & fundamenta Doctorum & eorum autoritatem, ac religuas omnes circumstantias, probabilior videtur eorum sententia, qui simpliciter negant Trebellianicam amitti ob Inuentarium non confectum. Primò, quia hanc sententiam secuti sunt Ioannes Andræas & Bartolus, quorum alter inter iuris Canonici antiquos Interpretes, alter inter iuris Ciuilis magnã habet autoritatem in iudicijs, vt dicebat in proposito Natta in cons. 220 Deinde, quia hanc sententiam Rota

A Romana secuta est apud Cassiodorum, tit. de Testamentis, decis. 3. numc. 6. Cuius quanta sit autoritas, nemo est qui nesciat, ex traditis à Ludouico Gomes in procemio Regulatum Cancellariæ. Vant. tit. de Nullitate ex defectu iurisd deleg. nume 20. Menochi. de Præsumpt. libro 2 cap 71 nu. 13. Tertiò, quia & Imperialis Camera eandem sequitur, teste Andræa Geyll, loco proximè citato, & Mynsingero Centur. 3. Obseru. 60 Denique ea ob causam, quod hæc sententia consuetudine recepta videatur, teste Baldo in cons 383. lib. 1. Corneo in cons 80. in 8 dub lib. 4. Socinun in cons 137. lib. 1. & 88. lib 4. & Aufferio ad Capellam Tolosanam, decis 314.

Fundamentum verò iuris illud mihi videtur satis firmũ; quod nulla sit lex; *tale aliquid dicens*, vt verbis vtar Iustiniani, ad aliud tamen propositum, in Anth. de non eligend. secundò nubentes, §. cum igitur: Cum enim nulla lex inducat talem priuationem, nostrum non est illam inducere, cum nulla nos necessitas compellat, vt

B ex responso ad argumenta contrariæ sententiæ apparebit.

Primum argumentum est: Hæres non conficiens Inuentarium, amittit legis Falcidiæ beneficium, vt in Authen de hæredibus, & Falcid § hinc nobis, ergò & Trebellianicæ, præsertim, quia est eadem ratio. Nam Falcidiæ beneficium cur amittat, Iustinianus ibi declarat, dicens: *Vt non per ea, quæ fortè surripiunt, aut malignantur, inducere tenent Falcidiam*, &c. Hęc ratio locum sibi vendicat in Trebellianica.

Respondeo, negando consequentiam: quia non debent odia & pœnales Constitutiones temerè extendi. vt dum subijcitur, eandem esse rationem in Trebellianica, respondeo id negando. Nam textus ita dicit: *Vt non per ea, quæ fortè surripiunt* (hæredes) *aut malignantur, inducere tenent Falcidiam: cum vtique si nihil malignati essent, fortè non competeret.* Hæc ratio Trebellianicæ non conuenit: quia etsi nihil hęredes restituere gra

C uati malignentur, idest, nihil surripiant vel occultent, semper tamen detrahere possunt quartã partem pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani. In Falcidia, quæ locum habet, cum vltra dodrantem legata hæreditas grauatur, hæc ratio optimè procedit. Nam si hæres nil surripiat, facilè fiet, vt legata solutis ac detractis, remaneat illi quarta pars integra hæreditatis, quo in casu Falcidia cessat.

Secundum argumentum: Falcidia & Trebellianica æquiparantur à lege veteri, vt in casibus, in quibus Falcidia cessat, etiam Trebellianica cesset, l Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebell. Ergò quicquid in Falcidia est constitutum, trahi debet etiam ad Trebellianicam, argumento, l si quis seruo. C de furtis.

Respondeo, Falcidiam & Trebellianicam æquiparari iure antiquo, vt si Falcidia cesset, etiã Trebellianica cesset, quando vigore Testamenti conditi Falcidiæ non est locus. Ita enim loquitur textus in d. l. Marcellus. Sed hic

D Falcidia cessat ob aliam causam, quàm ex Testamento; videlicet ex eo, quòd Inuentarium hæres non conficiat; ergò non id necessariò ad Trebellianicam extendi debet.

Tertium argumentum est ex eo, quòd textus in §. sancimus, in Auth. de hæred. & Falcid dicit; cum inuentarium debet confici, citandos esse legatarios & fideicommissarios, si hæres velit non tantum damnum effugere, sed & lucrum non amittere Igitur inuentario non confecto, textus indicat hæredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommissis. Præterea, textus subdit: *Si verò non fecerit inuentarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios, & fideicommissarios.* Ex quibus verbis significare videmur; sicut legata & fideicommissum integra, & absque deductione ac diminutione soluenda & præstanda esse.

Respondeo, illa verba, *non lucrari*, quæ sunt in textu, referenda esse ad legem Falcidiam, vt patet ex sequentibus ibi: *Fiat igitur inuentarium ab hærede metuente, ne*

tam

non habeat Falcidiam, &c. Et rursus ibi. *Et his omnibus obseruatis habere ex Falcidia præsidium*.

Similiter & illa verba: *Complebit legatarios, & fideicommissarios*, &c. ad Falcidiam pertinent. Id patet ex sequentibus: sic enim ait Imperator: *Et hæc quidem dicimus, non nostram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur heredes creditoribus. Sed dabit eis pœnam exactio sua malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari, sed ex diuerso etiam Falcidia lege lucrari*, &c. Nullum verbum vnquam fit amissionis quadrantis huius Trebellianici.

Quartum argumentum, Falcidiæ appellatione venit etiam Trebellianica, l. cum filio, de leg. 2. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. l. irritum, l. si cui tallegas, C. ad leg. Falc. l. iubemus, C. ad Senatusconf. Trebell. Ergo, quòd de Falcidia in hac quæstione constitutum est, locum habet etiam in Trebellianica.

Respondeo, antecedens verùm esse latè sumpto vocabulo. Etenim propriè Falcidia differt à Trebellianica, vt patet ex diuersitate nominum, & titulorum de Falcidia, & ad Trebellianum, & ex re ipsa. Nam illa locum habet in hærede grauato particularibus legatis vltrà dodrantem, hæc autem in hærede grauato hæreditatem restituere. Imperator autem in ea Constitutione loquitur de Falcidia, vt patet ex illis verbis: *Hinc nobis ingressa est cura, & quædam consideratio Falcidiæ legis quæ etiam in suis testatoribus, si expendantur res per legata, præbet eiis retinere heredes, quantum eis impleat quartam substantiæ*, &c. Id patet etiam ex verbis positis in principio, vt suprà deductum est.

Quintum argumentum: Hæres rogatus hæreditatem restituere, tenetur reddere rationem rerum hæreditatis fideicommissario, l. cum tale, §. Titius, ff. de cond. & demonstr. Ergò tenetur inuentarium conficere, quia illud est caput, & fundamentum rationum reddendarum, l. 1. §. officio, ff. de tutel. & ratio. distrahen. Ergò si illud non conficiat, legis beneficium amittere debet.

Respondeo, negando consequentiam; nam si inuentarium non confecerit, tenebitur, quanti fideicommissarij interest, argum. l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tutor. non autem necessariò infertur eam Trebellianicam amittere.

Sextum argumentum: Heres surripiens aliquam rem hæreditatem amittit, non solum Falcidiam, sed etiam Trebellianicam ex illa re, l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Ergò, si inuentarium non conficiat, Trebellianicam amittet, quia præsumendus erit subtraxisse aliquam rem hæreditariam.

Respondeo, negando consequentiam, quia non præsumit lex subtraxisse, sed dicit; *ne fortè per ea, quæ subtrahere contendit, induceret Falcidiam*. Dubitat lex ac suspicatur, ne subtrahat, sed non absolutè præsumit.

Septimum argumentum; Hæres inuentarium non conficiens, tenetur satisfacere legatarijs, & fideicõmissarijs, & creditorib. etiam vltrà vires hæreditarias, vt in d. Nouella, de hæred. & Falcidia, Ergò fideicommissa restituere cogendus erit tota & integra, absque vlla diminutione, ac detractione.

Respondeo, hæredem vltrà vires hæreditarias, & sic in solidum teneri creditoribus, & legatarijs, ac etiam fideicommissarijs particularibus: ita enim loquitur textus in d. Nouella, non autem vniuersalibus fideicommissarijs, quia detrahere poterit quartam ex Trebelliano, cùm illa non priuetur ibi ab Imperatore, sicut Falcidia, nec respectu fideicommissi vniuersalis, nempe, oneris hæreditatem restituendi, dici potest, vltrà vires hæreditarias hæredem fore obligatum, vt patet, quia tantum restituit hæres grauatus, quantum est in hæreditate, non plus.

Postremum argumentum: Cum hæres inuentarium non conficiens, damnum patiatur, quia vltrà vires hæreditarias tenetur, vt dictum est, videtur dicendum cum

A multò magis amittere debere lucrum Trebellianicæ, argumento, l. vlt. C. de Codicillis.

Respondeo, negando consequentiam, neque enim pœnæ sunt extendendæ, & si argumentum valeret, opus non erat exprimere de Falcidiæ amissione, de qua tamẽ, cum expressè cautum sit, & nihil de Trebellianica amissione, argumentum sumi potest, non idem placuisse legislatori, quoad Trebellianicam, quod placuit circa Falcidiam.

CAPVT XXXIX.

Heres inuentarium conficiens, an possit creditoribus, & legatarijs in solutum offerre res hæreditarias, ad interpretationem l. vlt. §. & si præfatam, vers. Sed & à legatarijs, C. de iure deliber.

B Est etiam controuersia; vtrum hæres, qui inuentarium confecit, dare possit in solutum bona hæreditaria creditoribus, & legatarijs. Textus legis ita dicit. *Sed & si legatarij interea venerint, eis satisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel earum forsitan venditione*. Controuersia inquam est, quomodo illa verba accipienda sint; sunt autem verba l. vlt. §. & si præfatam, C. de iure deliber.

Cynus & Iacobus de Arena, quos refert, & sequitur Roland. à Valle, de Confectione inuentarij, parte 4. §. quæro an sit dare, necnon Phanucius, de inuentario, parte sexta, numero secundo, ita distinguunt. Aut hæreditas est soluendo; & tunc hæres soluere cogendus est in pecunia numerata, argum. l. si pecunia, de leg. 2. l. hæredes, §. vlt. ff famil. hercisc. aut soluendo non est: & tunc hæres vendere tenetur res hæreditarias, si quis inueniri possit, qui absque euictionis obligatione emere velit.

C Bartolus verò in d. §. & si præfatam, ita distinguit: vt si certum sit res hæreditarias in domino fuisse testatoris, tunc hæres eas vendere teneatur, & ex precio satisfacere, si reperiatur, qui emere absque promissione euictionis velit: Si verò sit dubium, an defunctus dominus fuerit rerum necne, tunc, ne hæres ab emptore vexetur euictionis nomine, vendere bona non tenetur. Bartolum sequi videtur ibi Alexander, dum ad eum se remittit.

Baldus autem dicit, hæredem dare posse creditoribus bona vendenda cum protestatione, quod non intendat de euictione teneri. Alij aliter docent, ac distinguunt, vt videre licet ex Francisco Bursato, in consil. 9. libro primo.

Ego, si pecunia reperiatur in hæreditate sufficiens ad satisfaciendum creditoribus, & legatarijs, non dubito, quin hæres teneatur, & debeat ex ea satisfacere. Cæterum, si non adsit pecunia sufficiens, hanc esse puto Iustiniani sententiam, vt ex suis proprijs pecunijs hæres co-

D gi non possit ad soluendum, *sed ex ipsis rebus defuncti, vel earum venditione; Ex ipsis rebus*: hoc est, si pecunia sit relicta, seu debeatur illam creditoribus soluendo: si non sit pecunia, sed aliæ res, illas tradendo in solutum, si creditores velint accipere; Neque enim aliud pro alio inuito creditore solui potest, leg. 2. §. Mutui datio, ff. si certum pet. Cæterum, si accipere recusauerint, vendi debet ab hærede, & ex precio creditoribus satisfieri. Vendi inquam debet, eo modo, quo poterit iustè, & sine læsione: ita vt ex euictionis periculo non hæredis bona (illum enim ab omni damno præseruat inuentarium) sed hæreditaria subiaceant. Quod si non inueniatur emptor, res addici poterunt ipsis creditoribus. argumento l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re indicata.

CAPVT XL.

Vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum habeat, matre exiſtente in medio.

EXiſtimo pupillarem ſubſtitutionem tacitã, q̃ in expreſſa vulgari continetur, locum non habere matre pupilli viuente; quia illa ſubſtitutum excludit, ſuccedítque filio in pupillari ætate præmorienti. Moueórque potiſſimum autoritate duarum legum, nempe, l. precibus, C. de Impub. & alijs ſubſtit. & l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtit. Et quod attinet ad l. precibus, illa verba perpendo & induco: *Nam non eſt incerti iuris: quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat ſucceſſio.*

Illa verba: *primo tantum caſu*, ſignificant vulgarem ſubſtitutionem expreſſam. Illa verba, *ad te enim modo eius pertineat ſucceſſio*, ſignificant matrem filio ſuccedere quandocunque morienti, ſiue in pupillari ætate, ſiue poſtea quandocunque ſunt enim generalia & præciſa valde, nec vllum excludunt tempus: vt nequaquam veriſimile ſit, tempus pupillaris ætatis excludi, ſi enim illud excluderetur, dicendum erat; *eo defuncto poſt pupillarem ætatem: vel eo defuncto pubere, ad te ſucceſſio pertinebit.*

Quod vero attinet ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. mouent me illa verba: *Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationem reſecantes, ſubſtitutionem quidem in huiuſmodi caſu, vbi poſthumus natus adhuc impubes viua matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſthumus minimè editus fuerit, vel poſt eius partum mater prior deceſſerit.*

Præclarè Cuiacius lib. 12. Obſeru. 27 ad finem: *Quia non tantum ea ratione vtitur l. vlt. Quod mater ſit cohæres adiecta filio, ſed quod æquum ſit, matrem, ad quam ſummus mœror morte filij peruenit, & amiſſi filij & luctuoſæ hæreditatis damnum non ſentire ex ſolo tacito intellectu pupillaris ſubſtitutionis quę ratio locum habet etiam matre filio cohæredi non adiecta, & ceſſat in alio legitimo hęrede.* Hactenus Cuiacius.

Et hanc eſſe communiorem Doctorum ſententiam non ignoro: ſed eam & probabiliorem contendo, Autores non laudo, quoniam in Scholis trita eſt quæſtio in explicatione d. l. precibus, citantur fusè à Trentacinquio de ſubſtitutionib. parte 1. cap. 11.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſententia; vel etiam eas diluere obiectiones, quæ aduerſus argumenta noſtra afferri ſolent.

In primis Fulgoſius dicebat, non conſtare, an in facti ſpecie, de qua loquitur l. precibus, filius impubes deceſſerit, nec ne. Reſpondeo, ſatis eſt conſtare matrem eſſe admittendam ad ſucceſſionem, eo quãdocunque defuncto, ſiue ante, ſiue poſt pubertatem: quod probatur illis verbis: *Eo defuncto ad te* (Matrem) *omnimodo eius ſucceſſio pertineat.*

Secundò obijcit Salycetus, in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, ſubſtitutionem factam fuiſſe in primum caſum tantum; & ſic fuit ſubſtitutio duntaxat vulgaris quæ pupillarem non continebat. Reſpondeo, illa verba textus *primo tantum caſu* poſita eſſe ad differẽtiam ſubſtitutionis factæ in ſecundum caſum, vel expreſſa vel cõpendio, vt patet ex verbis ſequentibus: *Si verò*, inquit, *ſubſtitutio in ſecundum caſum*, &c. non autem ſignificant ita in primo caſu ſubſtitutionem factam, vt illa non poſſet comprehendere pupillarem tacitè iuxta eius vim & naturam, l. Lucius, ff. de vulg.

Tertiò opponit Viglius in Inſtitut. de ſubſtit. nu. 16. textum in l. Lucius, ff. de vulg. in illis verbis: *Alter ſi eiuſdẽ ętatis liberi inſtituti inuicemque ſubſtituti fuiſſent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius ſucceſſio non ad matrem, ſed ad ſubſtitutum fratrẽ eius deuoluitur.*

A Quibus verbis probatur, pupillarem tacitam, quæ in reciproca continetur, matrem excludere: Ergo etiam tacita pupillaris, quæ in vulgari continetur matrem excludet. Reſpondeo, pupillarem, quæ continetur in reciproca, non eſſe tacitam, ſed expreſſam verbis illis generalibus: *Vos inuicem ſubſtituo.* cenſentur enim filij generaliter ſubſtituti, tam in primum caſum, ſcilicet vulgaris, quàm in ſecundum, nempe pupillaris. Alia eſt ratio de tacita vulgari, quæ nullo modo ex verbis vulgaribus comprehenditur, illis nempe, *ſi hæres non erit*, ſed venit ex tacito legis intellectu ac ſubtili quadam interpretatione; quæ proinde ceſſare debet matre exiſtente viua, ne à luctuoſa filij hæreditate excludatur.

Quartò obijcit idem Viglius l. vlt. C. de Inſtit. & ſubſtitut. perpendens in eius ſpecie matrem ſubſtituto præferri propter voluntatis coniecturam; Erat enim hæres adiecta. quo argumento vſus eſt etiam Vaſquius de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 15. tit. de Exemplari, num. 10. Reſpondeo, vt ſuprà dictum eſt, non eam ſolam rationẽ fuiſſe, B quæ Imperatorem mouit; ſed quia non eſt æquum ei viſum, vt ex tacita quadam, ac ſubtili iuris interpretatione ac intellectu mater excluderetur.

Quintò adferunt contrariæ ſententiæ autores regulam cum limitatione, l. Lucius, ff. de vulga. ex qua probatur vulgari expreſſa, contineri tacitam pupillarem, & nõ excipitur ille caſus, cum mater ſupereſt. Reſpondeo, alijs legibus ac rationibus excipiendum, vt docent argumenta communis ſententiæ.

Sextò, adferunt argumentum, taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem, l. cum quid, ff. ſi certum petat. Et ideo ſicut expreſſa pupillaris matrem excludit, ita etiam tacita. Reſpondeo, in hac materia diuerſam eſſe rationem inter pupillarem expreſſam, & tacitam. Nam expreſſa vocat abſolutè ſubſtitutum, & conſequenter matrem ſed illum vocat ex tacito quodam intellectu, qui contra matrem locum non habet. Quædam alia ſolent adferri, ſed leuiora, quibus diligenter Trentacinquius reſpondit C loco annotato, vt noſtro non ſit opus labore, nec res vllam habeat difficultatem.

CAPVT XLI.

Pupillaris ſubſtitutio tacita, an excludat matrem, quando ſubſtitutus eſt filius teſtatoris.

SEd & controuerſia eſt in eadem facti ſpecie. quid ſi ſubſtitutus non ſit extraneus, ſed filius teſtatoris, vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, matrem excludat? & non excludere Bartolus reſpondit in d. l. precibus, C. de impuber. & alijs ſubſtit. cuius ſententia communiter recepta eſt, vt latè adductis autoritatibus tradit Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus in prima parte, cap. D 12. num. 22.

Fundamentum vero eſt in eo poſitum: quod paterfamilias, qui ſubſtituit, magis filium diligere præſumatur, quàm vxorẽ, argum. l. iſti quidem, ff. de eo quod metus cau. & eorum, quæ habentur in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. conſequenter præſumitur voluiſſe ſubſtitutum matri præferre.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Baldus in dicta l. precibus, numero decimoquarto, & Imolenſis in l. moribus, ff. de vulg. & pupilla. & in capitulo Ranucius. in materia pupillaris ſubſtitut. de teſtamen. quorum fundamentum eſt; quoniam pupilli bona & hæreditas magis debeatur matri quam fratri. Nam matri legitima debetur, & poteſt inofficioſum teſtamẽtum dicere, l. nam etſi parentibus; ff. de inofficio. teſtamen. frater vero non poteſt, niſi turpibus perſonis inſtitutis, l. fratres, C. eod. tit.

Tertia eſt ſententia Alexandri in d. moribus, nu. 35.

quem

quem secutus est Decius in d. l. precibus, adhibendam esse hanc distinctionem: Aut filius impubes, cui facta est vulgaris substitutio expressa, adiuit hæreditatem patris, & sic est commixta paterna cum pupillari, tunc procedat Bartoli sententia; quia cum hæres pupilli sit hæres testatoris, l. paterfamil. ff. de vulg. & pupill. l. vlt. C. de hæredib. instit. ratio Bartoli militat, & ratione commixtionis substitutus consequitur, quod alias non consequeretur: sicut & aliquando contingere solet, vt in l. si communẽ, ff. quemad. seruit. amit. Aut filius abstinuit ab hæreditate paterna, & sic tractamus solũ de pupillari tacita, quoad bona ipsius pupilli; & tunc, quia Bartoli rationes cessant contraria sententia locum sibi vindicare potest.

Ego hac in re sic statuo, in proposita facti specie iniquum videri, vt ex tacita quadam interpretatione & intellectu, mater excludatur a luctuosa filij successione, quæ a lege ei defertur, ut notum est. Sed quoniam etiam frater pupilli vtrinque coniunctus vocatur vna cum matre. vt in Authen. Defuncto, C. ad Tertullian. opinor ipse hoc in casu tacitam substitutionem eatenus censere, vt filij defuncti successio tam ad matrem, quam ad fratrem æqualiter diuidenda pertineat. Nec aliter præsumendum est voluisse testatorem. Eius enim voluntas talis esse præsumitur, qualis iustitia exigit, ut in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad Trebellian & ibi Bartol. nnr. num. 4 Alexand. num. 9. Estque tutissima & receptissima propositio.

Nec me mouet, quod dicitur, patrem plus diligere filium, quam vxorem. Nam hoc dato non propterea præsumitur ita eum diligere, vt contra ius & æquitatem, debitam matri successionem auferre velit, in re dubia & obscura. Cur enim expresse filium, exclusa matre, non substituit, is qui tanto filios suos prosequitur amore? Neque verò leges patris erga filios amorem ita prædicant, ac præsumunt, vbi æquitas & ratio repugnat.

Porrò ad rem nostram haud quaquam pertinet id, quod habetur in l. cum acutissimi, C. de fideicommissis, quia agitur ibi de substitutione facta filio testatoris ita interpretãda, vt locum habeat, si filius absque liberis decesserit, ne videatur testator propriæ soboli alienam anteponere. quæ sanè iustissima est interpretatio At hic longè diuersa est species, & diuersam habet rationem, vt dictum est.

Et licet hæres hæredis videatur hæres esse testatoris, vt Alexander distinguendo dicebat, nihil tamen id obstat; quia id esset verum in proposito, si succederet substitutus exclusa matre pupilli; sed hoc est, de quo disputatur. Dicimus enim patris hæreditatem aditam, effectam esse patrimonium pupilli adeuntis, iuxta l. primã §. veteres, ff. de acquiren. possess. ac proinde ad letigimos hæredes peruenire, matrem scilicet pupilli, & fratrem, nisi contraria sit defuncti patrisfamilias voluntas, eaque euidenter appareat; non autem ex tacito intellectu; quia tacitus intellectus non est admittendus ad matrem excludendam a luctuosa filij successione, l. vltim. C. de instit. & substit.

CAPVT LXII.

Pupillaris substitutio expressa matrem a legitima an excludat: & quid in foro conscientia?

NOn est dubium, quin substitutio pupillaris expressa matrem viuentem a legitima excludat; quoniam & iure Cæsareo, & Canonico id satis disertè cautum videtur. Iure quidem Ciuili his verbis: *Sed neque impuberis filij mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater hoc ei fecit*, vt in l. Papinianus, § sed neque impuberis, ff. de inoffi. test. Nam si testamentum inofficiosum dicere non potest; necesse est affirmare substitutionẽ pupillarem (quod impuberis filij testamẽtum Iuriscõsultus appellat) excludere matrem etiam a legitima; quia

A si non habet querelam, nec legitimam habere potest. Iure autem Canonico clarius his verbis: *Licet autem filius testamento suo matrem portione iure naturæ debita priuare non possit; pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest Nam testamentum huiusmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars est testamenti*. vt in cap. primo, de testamentis, lib. 6 quamobrem licet nonnulli Doctores contrarium scripserint, vt videre licet ex Alexandro Trentacinquio de substitutio. parte secunda, capit. 16. non putabam tamen hanc inter controuersias referendam. Sed vt eam inter controuersias adscripserim Iacobus Menochius effecit, qui libro quarto, de præsumpt. capitu trigesimooctauo, latè hac de re disseruit, ac conclusionem firmauit ex iure ciuili; Matrem à legitima exclusam non esse, distinctione tamen adhibita inter bona patris & bona filij, hoc modo: vt quantum ad legitimam filio debitam ex bonis patris, & ad alia bona, quæ filius habet, mater nequaquam excludatur à le-
B gitima per pupillarem substitutionem; Secus autem, quantum ad alia patris bona. Argumenta eius hæc sunt; Qui non potest per se aliquid facere, non potest per alium; Sed filius per se matrem excludere non potest: Ergo nec per patrem ex pupillari substitutione, quæ est testamentum filij; & ex alterius facto, nempe patris nõ debet matri legitima auferri; nec priuilegium; quod pater habet testamentum faciendi pro filio, in præiudicium matris operari. Et ad text. in l. Papinianus. § sed neque impuberis, respondet non esse bonam consequentiam: querelam non habet, ergò nec legitimam. sicuti nec bona est illa consequentia: Querelam habet, ergò & legitimam. Et denique legitimam matri deberi conditione ex l. omnimodo, C. de inoffic. testamen. & similibus. Sed summi Iurisconsulti bona pace, hæc non videntur rectè consistere. Nam quod primo dicit, expresse confutatur ex dicta l. Papinianus, §. sed neque impuberis, vbi patet patrem, qui testamentum facere di-
C citur pro filio, matrem exhæredare posse, quod certè filius facere non posset, si testamentum faceret. Ergò potest per alium hoc in casu, quod non potest per se: Ergò potest pater pupillariter substituere in præiudicium matris. Quod verò secundo loco dicit, non rectè dici: querelam non habet, ergo nec legitimam, & contrà, confutari potest ex ratione: Quia inofficiosi testamenti querela non datur nisi ijs, quibus legitima debetur. Et quod dicit ipse fratri querelam competere turpi persona instituta, & tamen legitimam non deberi, refellitur ex text. in Authent. de hæred. & Falcid. §. primum itaque, vbi Iustinianus dicit legitimam deberi filijs, nepotibus, patribus, atque matribus, & interdum etiam fratribus, videlicet, cum turpis persona est instituta. Denique quod scribit, condictione ex lege legitimam peti posse, mihi non probatur: Quia hæc condictio datur ijs, quibus querela inofficiosi testamenti competit, vt patet ex l. omnimodo, C. de inofficioso testamen. ibi:
D *Et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subuertendis moueri solebat actio, certa & statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel alijs personis, quibus eadem actio competere poterat*, &c. Quibus verbis patet, condictionem ex lege illa, ijs tantum personis datam, quibus querela inofficiosi competit, vt scilicet hæc loco querelæ subrogetur.

*Controuersia etiam est, an etiam in foro conscientiæ hæc conclusio sibi locum vendicet. Etenim, sunt qui negant grauissimi autores, quippe matri legitimam in foro conscientiæ debitam esse existimant Archidiaconus, in capitulo primo, de testamentis libro sexto Decius, ad l. precibus, numero decimo, C. de impuber. Alciatus, de quinque pedum præscript. in principio, alios citat Trentacinquius, loco proximè citato, numero quinto. Fundamentum est in capitulo vlt. 17. quæstio. quarta, ex quo sumitur argumentum eiusmodi: Sicut parentes tenentur filijs legitimam relinquere, sic & filij

Parentibus, l. nam etſi parentibus, ff. de inoffic. teſtamen. Sed parentes qui filios exhæredant, etiam inſtituta eccleſia, peccant, ut habetur in dicto cap. vlt. Ergo ſimiliter & filij peccant; conſequenter in foro conſcientiæ legitima matri relinquenda eſt, & ſic debetur. Et eiuſmodi leges veluti contra iuſtitiam & pietatem ſeruandæ non videntur in foro conſcientiæ.

Cæterum, contrariam ſententiam & communiorem eſſe conſtat, & probabiliorem eſſe non dubito. Communiorem eſſe patet ex Trentacinquio, loco annotato, vbi citat Lancellot. Decium, Curt. Alciat. Socin in dicta l. precib. Ripam, in l. 2. ff de vulg. Zaſium, Vaſqu. Couuar. & alios. Eſſe verò probabiliorem, illud argumentum demonſtrat, quod Sacris Canonibus recepta ſit hęc lex, quæ matri legitimam hoc in caſu auſert, nullusque locus reperiatur, quo declaretur id in foro conſcientiæ locum non habere, nullaque ratio id euincat. Nam iure ciuili & poſitiuo conſtitutum eſt, vt filio mater ſuccedat olim enim ex duodecim tabularum lege à ſucceſſione excludebatur. Et licet ratio quædam naturalis ſuadere videatur ac ſuaſerit, ut lex conderetur, qua ſucceſſio matri deferatur, non tamen ſequitur, quin contrarium in aliquo caſu decerni potuerit. Hoc autem in caſu ita conſtitutum eſt: quia multas ob cauſas expediebat, ut parentibus liceret filijs in poteſtate conſtitutis pupillariter ſubſtituere: Et quia pater eſt, qui teſtamentum facit, ac ſubſtituit, non cogitur inſtituere ſiue ſubſtituere matrem pupilli; facit enim principaliter teſtamentum pro ſe; & ſubſtitutio eſt ſequela paterni teſtamenti: nulla verò eſt lex quæ ad matrem pupilli teſtatoris coniugem hæredē inſtituendam hortetur aut inducat; nulla ratio ſuppetit, multi enim alij ſunt, qui in ſucceſſione matri præferuntur. Et hoc eſt, quod Summus Pontifex perpendit, hunc nō eſſe pupilli filij teſtamentum, ſed patris, ſiue paterni teſtamenti partem.

Ex hic patet ad argumentum ſolutio; quia illud habet locum vbi filius teſtamentum facit, non vt in caſu iſto, quando pater eſt qui teſtatur,

CAPVT XLIII.

Ad interpretationem l. precibus, C. de impuber & alijs ſubſtitut. & l. Centurio, ff de vulg. & pupilla Controuerſia vna.

INſignis diſputatio eſt & controuerſia inter Doctores circa interpretationem l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſtit. & l. Centurio, ff. de vulg. Sic enim ſcribunt Diocletianus & Maximianus, in d. l. precibus (referam autem verba, de quibus eſt controuerſia) *Si vero ſubſtitutio in ſecundum caſum, vel expreſſa, vel compendio, non uſque ad certam ætatem facta reperiatur: ſiquidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat heredes, quos pater eis conſtituit, & adierunt hereditatem. Si verò poſt pubertatem; tunc eius te ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſſi, bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerunt, a te peti poſſunt.*

Verba autem Papiniani hæc ſunt in d. Centurio: *Centurio filio, ſi intra viceſimum & quintum ætatis annum ſine liberis vita deceſſerit, directò ſubſtituit: Intra quatuordecim annos etiam propria bona filij ſubſtitutus iure communi capiet: poſt eam autem ætatem, ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hereditate.*

Communiter exiſtimatum eſt, hanc eſſe Papiniani ſententiam, ut ſubſtitutus iure directo hæreditatem obtineat: Diocletianum autem hoc velle, vt non iure directo, ſed fideicommiſſi obtineat ac petat. Quapropter, circa conciliationem harum legum hactenus concertatum eſt. Non eſt animus mihi omnium ſententias huc adferre; nec enim operæ pretium facerem. Referam duntaxat ex antiquis quatuor præcipuas interpretationes. Tum nouam Duarent, ac poſtremam Cuiacij, quæ mihi omnium veriſſima videtur. Sed præſtat acumen an-

A tiquorum videre, etiam ſi non collimauerint ad ſcopum; ſic enim quæ ſit vera ſententia facilius poterit intelligi.

Prima eſt ſententia Accurſij Imperatoris. legem locum ſibi vindicare cum mater viuit, ita enim loquitur. tunc enim æquum eſt & vtile matri, & ſubſtitutio ſit fideicommiſſaria: Cæterum, ſi mater non ſit in medio, ſubſtitutio iure directo valebit, propter priuilegium militare. Eandem ſententiam ſecutus eſt Zaſius de ſubſt. cap. 5.

Reprobant verò hanc ſententiam Paulus Caſtrenſ. Iaſon & Decius, in dicta l. precibus, Alexand. in dicta l. Centurio Viglius in § qua ratione, in Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. quia matris fauor & commodum tunc ſpectari ſolet, cum de hęreditate filij agitur, non autem cum agitur de hæreditate patris; quia mater aliquem fauorē meretur, quoad filij ſui hæreditatem, non autem quoad hæreditatem viri ſui.

B Secunda eſt ſolutio Bartoli & Alexandri in d. l. Centurio. Iuriſconſultum loqui, cum teſtator vſus fuit verbis directis. Imperatorem autem, cum uſus eſt uerbis communibus, ſicut eſt uerbum ſubſtituo: tunc enim poſt pubertatem in fideicommiſſum vertitur.

Damnant hanc expoſitionem Iaſon in dicta l. precibus, & Cagnolus ibid. num. 152. Viglius &. Zaſius locis annotatis, & præter eos Duarenus lib. 2. Anniuerſariar. diſputat. cap 7. *Qui negant*, inquit, *in ea ſpecie ſubſtitutionem directo, & verbis ciuilibus factam fuiſſe* (loquitur autem de l. precibus) *conuincuntur verbis Diocletiani: eum ait: ſecundum heredem ſcripſiſſe.*

Tertia eſt ſententia Fulgoſij, quam alij ſecuti ſunt, vt per Iaſonem in dicta l. precibus, Couuar. in capit. *Raynutius*, § 9. de teſtamen. Viglium dicto §. qua ratione, Inſtitut de pupil. ſubſtitu. Vaſqui. de ſucceſ. creat lib. ſecundo, §. 18 titu. de Compendioſa, nume. 116 etiam in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, ſubſtitutum iure directo

C ſuccedere. Nec obſtant illa verba, *veluti ex cauſſa fideicommiſſi*; quia non ſignificant eſſe fideicommiſſum, ſed ad ſimilitudinem fideicommiſſi locum eſſe ſubſtitutioni Similitudo autem in eo eſt poſita, quod per fideicommiſſum ſuccedit ſubſtitutus teſtatori, non autem grauato, l. cohæred. §. cum filiæ, ff. de vulga. & pupilla. Ideo etiam apud Imperatorem ſubſtitutus in bonis tantum teſtatoris ſuccedere dicitur.

Non placuit hæc ſententia Alexandro, in dicta l. Centurio, nec Caſtrenſi, neque Decio, neque Cagnolo; quia ſi iure directo ſubſtitutus ſuccederet in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, non eſſet neceſſe petere bona, ſed propria autoritate illa poſſet accipere. Præterea, dicit textus bona peti poſſe. *Patris duntaxat, quaſi ex cauſſa fideicommiſſi.* Ergo implicat, ſi dicatur peti poſſe iure directo.

Quarta fuit ſententia Benedicti Plumbini, quam v-

D terque Decius ſecuti fuere Lancellot. & Philippus: Papinianum loqui cum teſtator vſus eſt verbis directis, vt patet ex illis uerbis: *Directo ſubſtituit* At Diocletianum loqui, cum teſtator vſus eſt verbis obliquis, nempe, fideicōmiſſum importantibus, quod probatur iuris præſumptione: Nam miles præſumitur teſtatus iure communi in l. in teſtamento. C. de milit. teſtam. Ius autem commune vetat, poſt pubertatem directò ſubſtitui, l. verbis ciuilibus, ff de vulg.

Non placet hæc ſententia; quia vt ſupra dictum fuit, etiam in ſpecie d. l. precibus, teſtator vſus fuiſſe videtur verbis directis, quia textus dicit, *ſecundum hęredem feciſſe*, quæ verba procul dubio ſunt directa.

Quinta igitur eſt Franciſci Duarent ſententia libro ſecundo. Anniuerſariarum diſputat. capitulo ſeptimo, quam eiuſdem verbis referre placet. Cur enim alia, quam elegantiſſimi Doctoris verba referrem? Sic ait relatis verbis d. l. Centurio, *Ex quibus uerbis*, inquit, *colligimus cum pater, idemque miles ſubſtituit directo filio ſuo, ſi intra uiceſimum & quintum annū deceſſerit, mulem*

referre,

referre, an filius decesserit impubes, an post pubertatem: Nā si decesserit impubes, substitutus capiet iure communi bona propria filij, tanquam ex pupillari substitutione, quia substitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet: Si vero iam pubes filius decesserit, substitutus, propter priuilegium militis, bona capiet tantùm paterna: Substitutio enim militaris ad alia bona, quam militis non porrigitur, l. 5. ff. de milit. test. Quod autem Papinianus respondit, substitutum bona testatoris capere cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento est hanc substitutionem fideicommissariam non esse, cùm fructus inuenti in hæreditate non restituantur fideicommissario, l. in fideicommissaria ff ad Treb. Qua tamē in re magna contentio est Doctorum Scholasticorum, propter subobscura Diocletiani verba, C. de Impuberum, & alijs substit. c. 8. Quibus significare videtur, post pubertatem iure tantum fideicommissi substitutionem huiusmodi valere. Si verò, inquit, post pubertatem te eius successionem obtinente, velut ex caussa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur patris eius fuerunt, a te possunt peti. Verum hic mihi videtur eorum verborum sensus esse: hanc substitutionem, quæ directa est, perinde valere, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset: Nam certi iuris est, valere fideicommissum post pubertatem, l. cohęredi, § cum filię, ff de vulg. Sed quia verbis ciuilibus directò hic substituerat testator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens militem esse testatorem, ita rescribit, vt iam diximus, ostenditq; militem non minus directò substituere post pubertatem posse, quàm ex caussa fideicommissi: Hęc autem verba; te eius successionem obtinente, &c. sic accipienda sunt, vt mater succedat filio, substitutus bona testatoris capiat: quia non iure communi, sed militari priuilegio successit. Sed cur substitutus petere dicatur a matre, dixerit aliquis? Respondeo, exposuisse fortassis mulierem in libello precum se occupasse omnia bona tam patris, quàm filij, & consuluisse Imperatorem, an substitutus ea bona petere ab ea posset Cui respondet Imperator, substitutum bona petere posse, non filij, sed testatoris. Hactenus ille.

Sed hæc elegantissimi iuxta, & doctissimi viri sententia nullo modo nobis probatur. In primis id, quod dicit, illa verba l. Centurio, quibus dicitur, bona esse restimenda cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento esse, non ibi agi de fideicommissaria restitutione; quia fructus non veniunt, l. in fideicommissaria, ff. ad Trebell. Id inquam nullo modo placere potest: quia textus in l. in fideicommissaria, non loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, sed de fructibus perceptis ab hærede grauato, quos, si non sit in mora, restituere non tenetur. Cum verò aliquis fideicommissi restitutionem iniungit omnium bonorum, sine dubio etiam fructus tempore mortis testatoris inuenti in hæreditate in restitutionem veniunt: nam & ij bona sunt, & in hæreditate continentur, quæ restituenda est, vt in l. postulante, §. vlt. ff. ad Trebellianum, l. vsufructu, 24 ff de vsufru. leg. & declarat Cuiacius lib vndecimo Obseruat. cap. 25. l. 1. C. de his quib. vt indig.

Quod verò putat iure directo substitutum succedere apud Diocletianum, & sensum esse illum, quem dicit, substitutionem iure directo in ea specie valere, perinde, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset, in eo grauiter errat; Quia nimis diserta, & clara sunt verba textus: *Bona velut ex caussa fideicommissi peti posse.* Si hoc sensisset Imperator, quod Duarenus scribit, non ita dixisset, sed potius bona peti posse perinde, ac peti si fideicommissum extitisset, potuissent.

Vera igitur hæc est interpretatio, & sententia, & Papinianum, & Diocletianum idem respondisse: nempe, substitutum bona ex fideicommisso petere posse; non autem iure directo, quæ sententia est Iacobi Cuiacij, neque enim, quæ aliorum sunt, mihi arrogare solitus sum. Is enim lib. 12. Obseru. cap. 27. scribit in hæc verba: *Certi iuris est, non posse quenquam substituere post pubertatem. Quod enim receptum est, vt pater filio impuberi substituere possit, eo receptum est; quia impubes testamentum facere non potest Nullo autem modo tolerari potest, vt ei, qui hæredem facere potest, tu hęredem des, adeò, vt ne rogari quidem possit, vt aliquē hęredem faciat, l ex facto, in prin, ff ad Trebel. Quare post pubertatem frustra substituimus liberis nostris pupillariter & directò. Nam per verba fideicommissi possumus eam ætatem egredi, l. cohęredi, §. cum filię ff de vulg § vlt Instit de pupil substit. & de vulgari substitutione non est quærendum, an egrediatur pupillarem ætatem. Cum ætas & tempus vulgari substitutioni non opponatur Solus tamen miles egreditur pupillarem ætatem, l in testamento, C de test am milit l. precibus, C. de impub. verbis scilicet directis, non inutiliter. hactenus vt verba directa post pubertatem trahantur ad fideicommissum, siue mater in medio sit, siue alius agnatus: nam licet in l precibus, mater in medio sit, tamen in l. Centurio, ff de vulg subst generaliter ait Iurisconsultus, substitutū ex priuilegio militis capere bona militis, non bona filij: Venire igitur eum iure fideicommissi: nec enim illa ratio idonea est Cur non capit, nisi bona militis? quia priuilegium militis non debet cuiquam fraudi esse: at si legitimos hęredibus filij hæreditatem adimeret, illis iniuriam faceret. Immò, quia substitutus venit iure fideicommissi, & fideicommisso non continentur bona propria filij, l cohæredi, § quod si hęredem, ff de vulg. subst. Falluntur igitur interpretes in l. precibus, qui quando mater in medio est, non alij hęredes, putant militarem substitutionem trahi ad caussam fideicommissi Denique priuilegium militum in eo est, quod facta ab his vltra pubertatem directa substitutio inutilis non est, paganorum autem inutilis; vt nec ad caussam fideicommissi proficiat.* Hactenus ille. Idem ferè idem Cuiac. lib 11. c. 25. His exceptis, quæ ex Cuiacio & Duareno retulimus: cætera Doctorum placita latè & accuratè expendit nouissimè Menochius de præsumpt. lib 4 præsumpt 52. quem postea legi.

CAPVT XLIV.

De compendiosa substitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio post pubertatem mortuo, valeat vt fideicommissaria?

CAeterum, si non miles, sed paganus filio suo impuberi substituerit, alium hæredem compendiosè, sed verbis directis, controuerti solet, an filio post pubertatem vita functo locus sit substitutioni, quasi ex caussa fideicommissi, ita, vt directa substitutio trahatur ad fideicommissum, quæ quidem quæstio olim difficillima existimata fuit, vsque adcò, vt Carolus Ruinus, Alciato teste, lib. primo. Paradoxorum, cap. quinto, in auditorio eam indissolutam reliquerit, eo, quòd sibi licet, summa diligentia vestiganti, non satis perspectam esse diceret. Et sanè diuersæ fuer Doctorum sententiæ, vt videre licet ex Didaco Couuarru. ad cap. Rainucius, §. 9. numero 15. de testament. ex Doctoribus qui scripserunt in l Centurio, ff. de vulgar. & ex alijs, quos commemorat Vasquius de Success. creat. lib secundo, §. 18. titu. de Compendiosa, numero 64. Mantica, de Coniect. vltim. volunt. lib. septimo, titu. tertio, numero quinto, sexto. Alexandro Trentacinquio, de Substitutionibus, parte quarta, cap. 9. Menoch. de præsumptio. lib. quarto, præsumpt 55.

Ego in argumentis recensendis, ac tota huius rei disputatione instituēda, nunc minimè versabor, quoniam vulgata ea sunt, & discussa in locis ordinarijs, vt nec maiorem lucem & ordinem à me requirant, quid ipse iuri consentaneum existimem, paucis explicabo, tum argumenta diluam contrariæ sententiæ.

Ego eam sententiam amplector, quę substitutionem, qua de agitur ad fideicōmissum trahi posse negat, vtorque autore etiam hac in re Iacobo Cuiacio, lib. 11. Obseruat. cap 25. necnon argumentis eiusdem, quorum illud

lud est primum; Verbis ciuilibus substitutionem post de A
cimum quartum annum frustrà fieri, l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. Non ignoro commune responsum frustrà fieri, vt valeat iure directo: sed non vt valeat iure fideicommissi, quæ responsio bona esset, si alia lege probari posset valere iure fideicommissi.

Secundum argumentum est. Quoniam, vt talis directa substitutio post pubertatem filio moriente ad fideicõmissum trahatur, speciali quodam priuilegio in militibus est constitutum, vt patet ex d. l. Centurio, ff de vulg. & l. precibus, C. de impub. & alijs substit. & in præcedenti capite explicatum est. Ergo in Paganis regula est contraria; nempe, directam substitutionem post pubertatem non valere, sed frustrà esse factam, nullius momenti esse, ac in fideicommissariam verti non posse.

Tertium argumentũ est ex l. Sceuola, ff ad Trebel. ibi enim benigna interpretatione substitutio directa trahitur ad fideicommissum, quia facta est in Codicillis, & quia pupillus impubes est mortuus, vt scilicet, quod non potest valere quasi testamentum pupillare, valeat quasi Codicillus eiusdem ab intestato. Igitur his cessantibus, B
dicendum est non valere, secundum tritissimas, & omnibus notas iuris regulas.

Primum argumentum contrariæ sententiæ est in cap. Rainucius, de testamen. in illis verbis: *Adiectę verò impuberi reliquit certa bona sua, adijciens, vt Alterocha, & soboles quam gestabat in vtero, eidem impuberi succederent, si absque liberis, moreretur*, &c. Ex quibus verbis patet factam fuisse compendiosam substitutionem impuberi, verbis directis, quia illa verba: *Eidem impuberi succederent*, sunt directa.

Respondeo, illa verba non esse directa, nec vllo iure id probari posse, & quanquam Baldus, & alij id dicant, tamen alij contrarium docent, vt scribit Couuar. ad d. c. Rainucius, §. 9. nu. 5. vers. item verbum succedat. Quamobrem, & imprudenter locutus est Curacius loco supra proximè citato, dum dixit, iure Pontificio in proposita quæstione nostra verba directa ad fideicommissum trahi, & ea in re Pontifices errasse. Non hoc Pontifices C
dixerunt, nec statuerunt, & consequenter, nec errauerunt, sed ille errauit, temerè eorum verba interpretatus: quanquam hoc excepto, veram sententiam hac in re mihi videtur amplexus.

Secundum argumentum est, ex d. l. Sceuola, ff ad Trebell. sed, vt supra dixi, potius fauet sententiæ nostræ illa lex, cùm ex benigna interpretatione directa substitutio ad fideicommissum ibi trahatur fauore pupilli; & quia facta est in Codicillis, vt dictum est, quibus rationibus cessantibus, contrarium omninò nobis hic respondendum videtur.

Tertium argumentum est ex l. precibus, in fine, C. de impub. & alijs substit. sed respondeo ibi directam substitutionem à milite factam fuisse, ideo in fideicommissariam conuertitur iure quodam singulari; nos verò loquimur de tali substitutione à pagano facta, in qua proinde contraria videtur esse iuris regula. D

Postremum argumentũ est, quia verba directa quandoque trahuntur ad fideicommissum. l. filiusfamilias, §. vt quis hæredem, de leg. 1. l. ex facto, ff. ad Trebell. l. vlt. C. de hæred. instit. Respondeo, non est bona consequentia. Ergo trahuntur etiam in specie ista; quia in dictis legibus verba testatoris relata sunt ad hæredem, quæ proinde facilè fideicommissum inducere possunt. Quare, vt habetur in dictis legibus, si quis rogatus fuerit, vt aliquẽ hæredem faciat, id accipiendum erit, vt fideicommisso rogatus esse videatur hæreditatem restituere. Non ergo, si in eo casu ita constitutum est, iccirco idem in casu nostro respondendum erit, qui & longè diuersus est, & diuersam habet rationem.

A

CAPVT. XLV.

Quid si eadem compendiosa substitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit, & mater sit in medio, an moriente in pupillari ætate filio sit directa, vel omni tempore fideicommissaria.

IN hac celebri controuersia similiter, vt in præcedenti, quid ipse sentiam, paucis indicabo. Autores, & argumenta hinc inde videri possunt, ex recentioribus, Francisco Bursato in consil 8. Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. 7. tit. 6. nu. 16. Alexandro Trentacinquio de substitutionib. parte 4. cap. 11. Couuarr. in capit. Rainucius. § 9. num. 15. de testam. Menoch. de præsumption. lib. 4. præsumpt. 54.

Ego eorum sententiam magis probo, qui docuerunt substitutionem compendiosam verbis communibus fa-
B ctam à pagano, filio impuberi, non omni tempore fideicommissariam intelligi, sed, filio ante pubertatem moriente directam pupillarem censeri, post pubertatem verò moriente, fideicommissariam, quod vltimum omnes fatentur.

Mouet me textus in cap. si pater, de testa. lib. 6. *Si paterfamilias*, inquit, *filium, & filiam habens impuberes, filiam in re certa, filium verò in cæteris bonis suis vniuersalem heredem instituit, & vxori aliqua in suo testamento legauit, adijciens, ut si decederet filia sine liberis eidem filio, & si ipse absque liberis obiret, filius præfata filia sua moreretur, Christi pauperes instituendo heredes, si vtrumque sine liberis mors contingeret filiorum. Testatore mortuo, ac deinde filio subsequenter, & filia (superstite matre) defunctis ante tempora pubertatis absque detractione Trebellianica, sine partis iure naturę debita facienda, ipsis pauperibus bona omnia deferuntur. Prędictę namque substitutiones factæ de filio ad filiam; & contra de illis ad pauperes,*
C *directę debent intelligi pupillares. Cum in substitutionibus semper interpretatio sit facienda, dũmodo, sicut in casu proposito, earum verbis, & personis conueniat institutis, ut substitutio directa intelligatur potius quam obliqua*, &c.

Hic perpendo maximè Pontificis Maximi responsum in versiculo: *Cum in substitutionibus*, &c. Nam si semper in substitutionibus hæc est interpretatio facienda, vt potius directæ sint quàm obliquæ, cum id verbis earum, & personis conuenire potest; optimè infertur, eodem modo accipiendam esse substitutionem, de qua agitur; quoniam hæc interpretatio, & verbis & personis maximè conuenit. Verbis quidem: quia sunt communia, & sic tam ad directam, quàm ad obliquam substitutionem accommodari possunt. Personis autem; quia filius est impubes, cui substitutio est facta, eique melius conuenit pupillaris directa, quàm fideicommissaria: Nam directa pupillaris est testamentum filij, & nullum continet onus: Fideicommissaria verò onus continet fideicommissi, &
D patris est, non filij testamentum. Quamobrem potius credendum est, patrem ea substitutione testamentum pro filio facere voluisse, quàm eum fideicommisso in pupillari ætate onerare.

Sed argumenta refellenda sunt sigillatim, quibus contraria nititur sententia.

Primum est, ex generali quodam pronunciato, vnum & idem verbũ, plura tempora respiciens ea debet æqualiter determinare, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo verba communia, quæ hic respiciunt tempus pubertatis, & tẽpus post pubertatem, debent omnia æqualiter determinare; & sicut tempus post pubertatem, ita determinant, vt substitutio intelligatur esse fideicommissaria: ita etiã determinare debent tempus ante pubertatem.

Respondeo, argumentum procedere, vbi eadem est ratio in omni tempore, sed hic ratio diuersa est; quia ante pubertatem valere potest, vt substitutio directa: Post pubertatem verò non potest valere, vt directa, ideo necesse

est,

eſt,vt ad fideicommiſſum trahatur,& aliæ ſunt rationes
ſpeciales, quibus nititur Iuriſconſulti reſponſum in d l.
iam hoc iure; quæ non habent locum in hac ſpecie no-
ſtra.

Secundum argumentum. Vna & eadem res diuerſo
iure cenſeri non debet, l eum qui ædes, ff.de vſucap. hic
autem diuerſo iure cenſeretur,ſi ſubſtitutio ante puber-
tatem eſſet directa, & poſt fideicommiſſaria. Ergo,&c.
Reſpondeo,regulam non habere locum, vbi diuerſitas
eſt temporis,ut hic,argumen.l. Pomponius, 2 ff de neg.
geſt.& patet ex l.precibus,C.de impub. &alijs ſubſtitut.

Tertium argumentum. Non debet fieri voluntatis di
uiſio.l. cum qui,§. vlt.ff.de his quib.vt indig. Sed hic fie-
ret diuiſio. Ergo,&c.Reſpondeo,voluntatis diuiſionem
fieri non poſſe, in hoc ſenſu, vt pro parte valeat, & pro
parte non valeat:ita loquitur propoſitio argumenti, ac
proinde non attingit rem noſtram.

Quartum argumentum eſt ex ca. Raimucius, de teſta.
Reſpondetur,non hoc ibi eſſe conſtitutum, omni tem-
pore fideicommiſſariam eſſe ſubſtitutionem,& filiam i-
bi deceſſiſſe poſt pubertatem.

Quintum argumentum. In dubio eſt illa interpretatio
accipienda, quæ matri magis fauet, l. qui duos,§ 1. ff.
de reb dub.l.vlt.C.de Inſtitut.& ſubſtit. Reſpondeo, ne
gando regulam,ſeu propoſitionem generaliter veram eſ
ſe,ſicut in argumẽm dicitur,nec ea probatur ex allatis le
gibus,licet ex certis circumſtantijs facti,matri pupilli fa
uendum illis in caſibus eſſe conſtitutum ſit; Sed ex vno
vel altero peculiari caſu non rectè quis generalem con-
ſtituit propoſitionem, ſicut ſi dicatur Petrus currit, Ti-
tius currit,ergo omnes currunt.

Sextum argumentum. Pupillaris ſubſtitutio tacita ma
trem non excludit,l.precibus. C.de impub.& dictum eſt
ſuprà. Ergo nec compendioſa,quæ tacitam continet pu-
pillarem. Reſpondeo, compendioſam ſubſtitionem con
tinere in ſe pupillarem, non ex quodam tacito intelle-
ctu,ſicut vulgaris expreſſa,ſed ex natura ſua,& volunta-
te clara teſtatoris,quia compendioſa continet plura tem
pora, vt quandocunque filius deceſſerit ſiue ante, ſiue
poſt pubertatem, ſubſtituto locus ſit; alia ratio eſt in vul
gari expreſſa,quæ pupillarem continere dicitur non ſua-
pte,natura,ſed ex quodam tacito intellectu,ac ſubtili in-
terpretatione, quæ proinde contra matrem valere non
debet.

Vltimum argumentum eſt ex d.l.precibus, C. de im-
pub.quatenus ibi directa ſubſtitutio trahitur ad fideicõ-
miſſum fauore matris viuentis. Reſpondeo, nil valere
iſtud argumentum,quia ad fideicommiſſum trahitur il-
la ſubſtitutio ibi,quando filius poſt pubertatem moritur
ſecus quando ante pubertatem.

CAPVT XLVI.

De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri decedant abſque liberis, an locum habeat, filijs non natis.

HIc præterire non poſſum inſignem in hac eadem
materia controuerſiam ſuper qua ſententiam Iu
dex protuli in ciuitate Placentiæ, nunquam enim
e memoria excidet nobiliſſima illa ciuitas ſummis Do
ctoribus,ac viris præſtantiſſimis referta, cuius & ipſe ci-
uis tunc factus ſui,cùm ibi Iudex cauſſarum fiſci, & con
ſiliarius iuſtitiæ eſſem. Confiſcata fuere bona Equitis
Scipionis Aſinelli,ea ſibi reſtitui petebat D. Octauius
Aſinellus ex fideicommiſſo uocatus D.Ioannis Baptiſtæ
Aſinelli. Is teſtamento condito hęredem inſtituerat fi-
lium,& poſt eum eiuſdem filium primogenitum naſcitu
rum,& primogeniti primogenitum, vſque in perpetuũ.
Moriente verò filio ipſius hærede inſtituto, & eius filio
primogenito,ac cæteris deinceps primogenitis;ita ut nul
lus ſupereſſet,tunc & eo caſu D. Octauium ſubſtituerat;
ſed quoniam ex filio hęrede inſtituto nullus erat natus fi
lius, in dubium vocabatur, an ſubſtitutioni locus eſſet.

A Dicebatur enim ſubſtitutum uocatum fuiſſe in eum ca-
ſum,quo primogenitus filij teſtatoris,& primogeniti pri
mogenitus deceſſiſſet abſque filijs,quæ conditio,non e-
uenerat,cùm nulli nati eſſent liberi Nam qui non naſci-
tur,mori non dicitur,c. quod verò, 32. quęſt. 2. Gloſ. &
Doctor.in l.qui duos,§.1.ff.de manu teſtam.

Et pro hac ſententia quędam generales regulę propo-
nebantur. Caſum a teſtatore omiſſum habendum eſſe
pro omiſſo,l.commodiſſimè, ff. de lib. & poſtum. Item
conditionem implendam eſſe in forma, l. qui hęredi. l.
Męuius,ff de cond.& demonſt. aliàs deficere fideicom-
miſſum.l.cum auus,ibi: *Conditionem fideicommiſſi defe-
ciſſe*.ff.eod.tit.

Confirmabatur eadem ſententia autoritate Oldradi
in conſil.177.Teſtator,is reſpondet, de hac facti ſpecie.
Teſtator poſtumum inſtituerat naſciturum ex ventre
vxoris ſuę pręgnantis, & ſi is in pupillari ętate, vel po-
ſtea quandocunque ſine prole legitima decederet,alium
poſtumum ſecundo naſciturum ſubſtituerat; ita vt ſi de
B cederet ſecundus ille poſtumus in pupillari ętate,vel po-
ſtea quandocunque,ſine prole legitima,frater ſuus hęres
eſſet. Natus fuerat vnus tantummodo poſtumus, qui in
pupillari ętate deceſſerat, ſubſtitutus hęreditatem vin-
dicabat, Oldradus reſpondit non eſſe admittẽdum;quia
ſubſtitutus fuerat poſtumo ſecundo,ſi is natus fuiſſet, &
in pupillari ætate deceſſiſſet,eo igitur non nato ſubſtitu
tionem euanuiſſe. Idem reſpondit Ioan. Andr. ad Spe-
culat.tit.de teſtamentis,§.1.Alexander in conſil. 1.lib.1.
Corneus in conſil. 199 lib.2. Ancharan. in conſil. 356.
Ex ſerie.Fulgoſius in conſil.49.Angelus in conſil.93.Si-
gnorolus in conſil.199.Ruinus in conſil.104 nu. 4. con-
ſil.172.nu.4.conſil 173.nu.5,lib.2.in conſil.4.nu.6.lib.3
Pariſius in conſil.74.n.9.lib 3.Socin. ſen. in conſil.140.
num. 8.lib.1. Ripa in l.1. nu 96. ff.de vulg. Socin. iun. in
conſil.169.num. 5 lib.2. Alciatus in conſil.452. num.8.
Menochius in conſil. 326.num.13.lib.4.qui ſupradictos
recenſet. Adde Socinum ſeniorem, in l.1.col.12.in §.li-
C mit.ff.de vulg. Crauet in conſil.313.lib.3.qui de eadem
facti ſpecie reſpondit cum Alciato proximè citato, de
qua etiam reſpondit Ruin.in conſil.175.lib.latè alios ci-
tans Hyppol. Riminald.in conſil.116.num.27.

Et hæc eò magis locum habere videbantur,quia ſub-
ſtitutio reſtricta fuerat illa Clauſula: *Tunc & eo caſu*,
quæ Clauſula operatur,ut ſubſtitutio non debeat ad aliũ
caſum etiam ſimilem extendi, ſecundum Anchar. in d.
conſil.356.Ex ſerie. Roman.in conſil 131.n.2.138.nu.4
Socin.ſen.in conſil.259.col.4.verſic.confirmantur præ-
miſſa.lib.2.Dec.in l.vlt.nu 2.C.de inſtit. & ſubſtitut.&
in conſil.63.n.3.315.col.2. alios recenſet Menochius in
d.conſil.326.nu.16.lib.4. quibus adde Baldum in conſil.
57.num.2.lib.2. Pariſium in conſil.31.num. 10.73.num.
31.86.nu.34.lib.2 conſil.2.nu.15.14.nu.9. 66. nu.44.72.
nu.19.lib.3.Ruin.in conſil.200. nu.9.lib.2.130.num.10.
eod.lib.31.nu.10.lib.3.Bero.conſil.49.nu.12 79.nu 8.99
D nu 9.lib.2 Grat.conſil.124 nu.37 lib.1.Card Alban. ad
Bartol.in l.1.nu.13. ff de vulg. Riminald.ſenior in con-
ſil 455.nu.32.D.meum Cephal in conſil.88 n.55.Fran-
ciſc.Becium in conſil.89.nu.22.Roland.a Valle in con-
ſil.59.nu.10.lib.3.& in conſilio pro Triuultijs.nu.43.44.
45.Nanam in conſil.678.nu.6 Burſat.in conſil.51.num.
25.Hippolytum Riminald. in conſil. 110. nu.117.Celſ.
Vgo.in conſil.20 nu.55.Simon. Petrum,in conſil.42.nu.
28.Hieron.Gabr.in conſil.111.nu.14.Plotum in conſil.
86. nu. 2.Hiero. Gigan. in conſil. 99.num.18.Purpurat.
in conſil. 299. nu.153.nu 2.D.meum Decian.in conſil.
2.nu.24.lib.2.Concilium Ticinenſe pro Triuultijs.n.15

Verùm his non obſtantibus, contrarium pronuncia-
ui, nempe bona confiſcata ad D. Octauium pertinere.
Mouit me in primis,quia hæc eſt certiſſima iuris propo-
ſitio,cùm plures gradus ſubſtitutionum fiunt, & vnus
deficit, bona reſtitutioni ſubiecta manere debere apud
hęredem grauatum cum ſuo onere, vt videlicet ſequen-
tibus ſubſtitutis ex ordine reſtituantur, vt in l.vnica,§.

pro

pro ſecundo, C de caduc. toll. & declarat Barto. in l. quãdiu, in fine, & ibidem Aret. ff de acq. hæred. Socin. iu. in conſi. 181. num. 46. 47. lib. 2 Cum igitur ſubſtitutionum gradus defecerint, quia nullus ex hærede grauatus primogenitus, natus erat, ſequitur hæreditatem ad Dominum Octauium ſubſtitutum pertinuiſſe, eique a fiſco, qui in locum hæredis grauati ſucceſſerat, reſtituendam eſſe.

Nec obſtat ſi dicatur, ut dicebat Alciat. in d. conſ. 492. & poſt eum Menoch. in d conſi. 326. num. 35. lib. 4. hæc ſibi locum vindicare, cum ſubſtitutionis gradus deficit. quia non valet tanquam caducus, vel in cauſa caduci, ſecus ſi ſit nullus: quia pro non ſcripto habeatur, tunc enim apud hæredem bona manere debent ſine onere, l. vnica, §. in primo C. de cad. toll. ibi. *Nullo grauamine, niſi perraro in hoc, pro non ſcripto ſuperueniente.*

Non, inquam, id obſtat, quia hæc procedunt in legato particulari ſeu fideicommiſſo, ſecus in vniuerſali, ut declarat Caſtrenſ. in d l. vnica, §. His ita definitis, C. de B caduc. toll. vbi dicit tex. *In his itaque, ſi quidem cohęredes ſunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, & vel inſtituti vel ſubſtituti, hoc quòd fuerit quoquo modo vacuatum, ſi in parte hæreditatis vel partibus conſiſtat alijs cohęredibus cum ſuo grauamine pro hæreditaria parte, etiam ſi iam defuncti ſint, acquiratur.* Et text. in d. § in primo, loquitur de l. gato particulari & fideicommiſſo.

Secundò in eam ſententiam adductus fui, quia probabiliorem eorum eſſe opinionem exiſtimaui, qui filijs non natis locum eſſe ſubſtituto docuerunt. Nam ſi teſtator vocauit ſubſtitutum, ſi filij naſcerẽtur ex filio, & morerentur abſque filijs, nulla eſt ratio, cur non etiam eum vocaſſe intelligatur, ſi filij non naſceretur, vt latè reſpõderunt Dec. in conſi. 227. Soc. iun. in conſi. 181. lib. 2. Berous in conſi 102. lib 2. D. meus Decian in conſi. 1. lib. 1. & nouiſſimè Menoch. in conſi. 432 lib. 5.

Ad argumenta in contrarium facile reſponderi põt. C Nam quod attinet ad regulas illas; Omiſſum a teſtatore, &c. & conditionem implendam in forma, reſpondeo cum D. meo Deciano, d. conſi. 1. nu. 138. & num. 145. eſſe eandem rationem in caſu omiſſo; ac proinde idem eſſe ſtatuendum, quod pluribus ille demonſtrat argumentis, quibus non reſpondit Menoch. dicto conſi. 326. num. 9. & num. 11.

Ad autoritates in contrarium allatas, & ſimul ad clauſulam. Tunc & eo caſu, reſponſio patet ea Deciano, vbi ſup. nu. 148. Et eam clauſulam non obſtare, nec impedire extenſionem ad caſum ſimilem, reſpõderunt Alba, in conſi. 51. Rol. a Valle, in conſi. 70. nu. 15. & 48. lib. 3. Marzarius, in conſi 1. Simon Petrus, de interpret. vlt. volunt. fol. 250. nu. 49 Hippol. Rimin. in conſ. 21. nu. 55. Biretta, in conſi. 27. nu. 17. & nu. 24. D. meus Ceph. in conſil. 196. nu. 23. Colleg. Bononienſe pro Triuulnijs, nu. 18. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3 ti. 14. nu. 10.

CAPVT XLVII.

Vtrum res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiectæ alienari poſſint ex cauſa reſtitutionis dotis vxoris grauati.

CErtum eſt, res reſtitutioni ſubiectas ex fideicommiſſo, ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias alienari poſſe, vt in Auth Res quæ, C. com. de leg. & fideicommiſſis, & in §. Quam ob rem, in Authen. de reſtit. & ea, quæ parit in nono menſe. Sed controuerſia eſt, ſi non de dote conſtituenda, vel donatione propter nuptias agatur, verum de ea reſtituenda, ſit oe idem conſtituendum. Vt exempli cauſa, ſi filius grauatus ex fideicommiſſo reſtituere, dotem vxoris acceperit, & dos ipſa repetatur ſoluto matrimonio, an ex rebus reſtitutioni ſubiectis dos ſoluenda ſit, & puto non eſſe reſtituendam. Autores habeo Angelum in Commentarijs

A d. Nouellæ, de reſtit. & ea quæ parit, &c. Iaſonem in d. Auth Res quæ, C. commun. de leg. & fideicommiſſis, nu. 29 Alciat. ad l. 1. nu 65. ff. ſol. matr. & in conſi. 555. n. 3. Socin. iuniorem in conſil. 119 num. 7 lib. 2.

Fundamentum vero illud videtur mihi ſolidum, quia cum de dote conſtituenda agitur, filiæ reſtitutionis onere grauatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio, qui ſimiliter onere fideicommiſſi grauatus eſt, iuſtũ eſt, vt reſtituendi onus nõ impediat dotis & donationis propter nuptias conſtitutionem; quia pater, qui reſtitutionẽ iniunxit, dotem dare filiæ ſuæ, & propter nuptias donationem pro filio ſuo conſtituere tenebatur, l. vl C. de dotis promiſs. quamobrem in præiudicium dictæ dotis, & donationis, reſtitutionem iniungere non poterat. Sed excipere debebat tantum ex bonis, quantum ad dotem & donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cum de dote reſtituẽda agitur, quam filius poſt mortem patris accepit; quia pater ad reſtituendam dotem nõ B tenetur, niſi fuerit ei data & ſoluta, vel filio iuſſu patris, vel peculium habeat ipſius filij, l. ſi. cum dotem, §. tranſgrediamur, ff. ſol. matr. Et cum pater non teneatur, certum eſt, non teneri etiam eum, cui res reſtituendæ ſunt; Conſequenter, nihil proponitur cur ea his rebus quæ ad alium ſpectant iure fideicõmiſſi dotis reſtitutio fieri poſſit, aut eam ob cauſam res ad alium ſpectantes alienari. Neque enim iuris regulis eſt congruum, ut is, qui nec debitor eſt, nec debitoris hæres, onus dotis ſoluendæ cogatur ſuſtinere.

Sed contrariam ſententiam habuere Io. de Anania in conſi. 61. Caſtrenſ. in conſil. 80. lib primo, Alexandr. in con. 67. nu. 4. lib. 4. & alij, quos refert & ſequitur Couar. l. b. 3. variar. reſolutio cap. 6. & poſt eum Menoc. in conſil. 33. num. 27. lib. 1. quorum argumentis iam eſt reſpondendum.

Primum argumentum eſt ex § Adiecimus in d. Nouella, de reſtit & ea quæ parit, &c. vbi Imperator narrat cõ C trouerſiam, quæ fuit inter mulierem & fratrem uiri defuncti, qui reſtituere debebat hæreditatem: *Moriente namque viro*, inquit, *vxor quidem & dotem exigebat, & donationis ante nuptias facta partem, ſeu propter nuptias, quam viri mors dabat: Defuncti vero frater aliunde vindicabat res, & patris proferebat voluntatem*, &c. Eius huius occaſione illam condidit Nouellam, ſtatuens dotem & donationem propter nuptias excipiendam eſſe, nec in reſtitutione comprehendi. Ex quo videtur colligi, eã fuiſſe Imperatoris mẽtem, ut etiam dos reſtituenda uxori grauati, deduci ex rebus reſtitutioni ſubiectis poſſet.

Reſpondeo, Imperatorem nihil ſtatuiſſe circa controuerſiam inter fratrem defuncti & vxorem ortã: ſic enim ait: *Sed huic quidem data eſt negocio forma, quam bene habere putauimus*, &c. Poſtea conſtituit circa dotem & donationem propter nuptias, ut in § Quamobrem, & nihil ibi de hac ſpecie reſtitutionis dotis decernit. Quare ar- D gumentum ex ea Conſtitutione petitum; non eſt ſatis firmum.

Secundum argum. eſt ex §. Sancimus, eadem Nouella vbi Iuſtinianus ita dicit; *Sancimus itaque ſecundum hũc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionem nuptialia documẽta, & ſuper his factas alienationes & hypothecas.*

Reſpondeo, excipi nuptialia documenta ſecundum modum ibi præſcriptum; ut nimirum, ſi filia ſit reſtitutionis onere grauata, dotem excipiat ſibi debitam: ſi verò filius grauatus ſit excipiat propter nuptias donationem.

Tertium argumentum. Res reſtitutioni ſubiectæ, alienari poſſunt pro dote conſtituenda filiæ hæredis grauati Ergo ſimiliter alienari poterunt pro reſtituenda dote vxori eiuſdem grauati.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam filiæ hæredis grauati, quæ teſtatoris eſt neptis, dotem ipſe teſtator, idemque auus, dare tenetur, l. qui liberos, ff. de ritu nup. vlt. l. C. de dotis promiſſis. l. dotem dedit, ff de collat. bonor. non tenetur autem vxori filij ſui dotem reſtituere, vt ſupra diximus.

Quar-

Quartum ac postremum argumentum. Testator præsumitur velle hæredem suum facere id, quod ipse, si vixisset, facturus fuisset, l. cum seruus, ff. de cond. & demóstrat. ibi: *Nam quod ipse viuens facturus sit, ab hæredibus suis fieri iussisse intelligitur*. Sed si pater, hoc est, si testator, qui restitutionem iniunxit, viueret, consentiret, vt bona sua pro restitutione dotis filij sui essent obligata, vel certè ad consentiendum posset compelli, l. si cum dotem, § transgrediamur, & ibi Barto. num. 6 ff. solut. matrim. Ergo, filius mortuo patre, si vxorem duxerit, & dotem acceperit, obligare & alienare bona restitutioni ex fideicommisso subiecta, vt dotem acceptam restituat, poterit.

Respondeo, negando assumptionem. Nam, quod pater viuens teneatur bona sua obligare pro restitutione dotis filio datæ, iure non probatur, & Bartoli doctrinam impugnant Alber. & Cumanus, in d. § transgrediamur, & veram non esse fatetur Menochius, dicto consi. 33. Sic enim Bartolus argumentatur. Pater tenetur pro filio suo vxorem ducente, & dotem accipiente, donationem propter nuptias constituere, vt in l. vlt. C. de dotis promiss. Donatio autem propter nuptias pro cautione dotis fit: ergo vbi donatio propter nuptias non est in vsu, tenetur pater pro cautione dotis, bona sua obligare nurui, loco donationis propter nuptias. Respondeo, negando consequentiam: potest enim alia cautio adhiberi pro dotis securitate, si dos conuertatur in emptionem prædiorum, quæ mulieri obligata sint, vel alio in loco tuto ponatur, aut aliter ab ipso filio, qui dotem accepit, caueatur.

CAPVT XLVIII.

Si bona restitutioni subiecta expresse prohibeantur à testatore alienari ex causa dotis vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob caussas alienari possint.

Res restitutioni subiectas, etiam ex causa dotis vel donationis propter nuptias alienari non posse, cum testator expresse id vetuit, haud obscurè docuerunt Alexand. in consil. 56. nu. 3. lib. 1. & alij, quos refert & sequitur Couuar. lib. 3. variar. resolut. cap. 4. nume. 10. vers. tertiò, vt quibusdam visum est. quorum illud est fundamentum, quòd cum expressa est facta à testatore prohibitio, ne alienatio fiat etiam ex caussa dotis vel donationis, tunc res est clara, nec dubitatio esse potest, num testator restitutionem iniungens, permiserit nec ne res alienari ob dictas causas. Huc accedat, quod pater legitima portione filijs relicta, in his, quæ vltra eam supersunt, liberè potest, quodcunque grauamen filijs iniungere, sicut extraneis posset: & ideo quemadmodum ex omnium consensu alienationem extraneis dictas ob causas prohibere potest; ita etiam & liberis poterit, nec tenetur pater legitima filijs constituta portione, eisdem, vel eorum liberis dotem relinquere.

Sed istis ego non assentior, & contrariam sententiam veriorem esse puto, quam secutus est Castrensis in consil. 84. lib. 1. Iasi. in Auth. Res quę, C. comm. de leg. col. vlt. Moueor ex Nouella de restitut. & ea quæ parit, &c. in §. Quamobrem, cuius hæc sunt verba: *Quamobrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris à nobis posita constitutionis rata manere volentes: hoc vero innouantes solummodo; vt si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum: primum quidem seruet filio legitimam partē, non quartam: hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam perpendentes, sed tertiam modis omnibus, aut mediā secundum filiorum numerum; deinde ex reliqua substantiæ parte, si non sufficerit legitima pars ad dotis aut ante nuptialis donationis oblationem, honeste & secundum personarum qualitatem & merita, excipere etiam hoc ad restitutionē secundum quod adiectū legitimæ partis dotem, aut antenuptialem facit donationem. Sancimus enim secūdum hunc modum excipi modis omnibus ad restitutione nuptialia documenta, & super his factas alienationes aut hypothecas, &, vel si grauata sit persona aut viri aut mulieris restitutione tali, liceat ei nūcupatam antenuptialem seu propter nuptias donationem, offerre, nihil quantum in illis rebus restitutione valente, & si mulier restitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, &c.*

Ex his verbis patet primò, non idcirco bona restitutioni subiecta alienari posse ex caussa dotis, & donationis propter nuptias: quoniam generali fideicommisso ac generali restitutione iniuncta non videatur, ex voluntate testatoris cótineri causa dotis, & donationis propter nuptias. Nam eiusmodi causæ tacitè videntur esse exceptę ab ipso testatore. Sed iccirco bona alienari possunt ob dictas causas, quia eas excipiendas esse lex mandat; & vult causam dotis, & donationis præferendam esse fidei commisso: *Ea enim quę communiter omnibus prosunt, his, quę specialiter aliquibus vtilia sunt preponimus*, inquit Imperator in verbis sequentibus. Quamobrem, argumentum Alexan. corruit; quia licet ob prohibitionem expressam testatoris, clara sit eius voluntas, vt nec ex causa dotis & donationis res alienentur, tamen lex apertè statuit dotis causam & donationis excipiendam esse.

Secundo ex verbis supradictæ Nouellæ, quæ retulimus, manifestum euadit, testatorem nequaquam posse, etsi maximè velit, dotis causam & donationis, generali restitutione includere, sed eas causas cogitur excipere: *nihil in illis restitutione valente*, inquit tex. Consequenter argumentum Couuar. tollitur: Etsi enim pater legitimam filijs portionem relinquat; non tamen potest reliqua bona restitutioni subijcere, sed, præter legitimā, excipere debet, quantum præterea pro dote & donatione necessarium est: *Deinde ex reliqua substantię parte*, inquit tex. *si non sufficerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem; honeste, & secundum personarum qualitatem & merita excipere, etiam hoc ad restitutionem*. Quibus verbis patet, etiam legitima portione filijs relicta, adhuc tamen patri necessitatem incumbere tantum ex bonis suis de restitutionis onere excipiendi, quantum requiritur ad dotem, vel donationem pro dignitate constituendam; quod gratis negabat Couuar. loco annotato. Quare, maneat hæc conclusio, ex causa dotis & donationis propter nuptias, bona fideicommisso subiecta, alienari posse, non obstante testatoris prohibitione.

CAPVT XLIX.

Ex prohibitione alienationis ea clausula adiecta: Quia testator voluit bona conseruari in agnatione & familia, inducaturne absolutum fideicommissum, ac simplex; an verò in casu alienationis duntaxat.

Celebris est controuersia, & olim, & nunc sæpè agitata: Testator prohibet aliqua bona alienari ab hærede, adiecta ratione, quia vult ea conseruari in familia, vtrum inducatur absolutum ac simplex fideicómissum, an verò in casum alienationis tantum. Et hac de re tres sunt diuersæ Doctorū sententiæ. Vna fideicómissum absolutum ac simplex induci; altera nō induci simplex absolutūque fideicómissum; sed in casum alienationis duntaxat. Tertia distinctionem esse adhibēdam. Nam si prohibitio alienationis valeat, & non sit nudum testatoris præceptum, sed cótemplatione certæ personæ vel causæ factum, tunc ex ea clausula adiecta, *Qui voluit*, &c. absolutum inducatur fideicommissum, vt puta, si testator alienationē prohibeat extra familiā: ex eo enim apparet eum rationem habuisse familiæ suę, vt bona transirent ad suos. Si verò nudum sit præceptum, & non valeat, tunc ex clausula subsequente, *Qui vo-*

voluit, &c. fideicommissum inducatur in casum alienationis duntaxat. Autores singularum opinionum recēsere supersedeo. Vide Cacheranum decis. Senatus Pedemontani, 50. aliàs, 49. Dominum meum Cephalum in consil. 27. num. 22 lib. 1. Hippol. Riminal. in cons. 147. in primo dub. lib. 2. Menoch. in consi. 85. num. 103. & 104. lib. 1. Bolognetum in consi. 15. nu. 54. Bursatum in cons. 556. nu 35. & nu. 62. & consi. 195. num. 5. lib. 2. Franc Veginm in consi. 66. nume. 10. & consil. 74. à num. 326. vsque ad numerū 503. & nouissimè Petrum Anton. Petram, in commentarijs de fideicommissis ex prohibitione alienationis.

Primę opinionis fundamētum est, quia fideicommissum inducitur quibuscūque verbis, si modo ex eis voluntas testatoris colligatur, vt in l. pen. de leg. 1 l. cum proponeretur, de leg. 2. l. cum virum, C de fideicommis l. Pamphilo, de leg. 3. l. fideicommissa, § hæc verba, eo. ti. l. Codicillis, §. Matre, de leg. 2. cum alijs simil. Sed ex verbis illis, quibus testator declarat se velle, vt bona conseruentur in agnatione & familia, voluntas testātis colligitur: neque enim bona conseruari possunt in familia, nisi fideicommissum inducatur, per quod ad eos, qui sunt in familia, perueniant; ergo fideicommissum simplex & absolutum inducitur tam in casu mortis, quàm alienationis.

Secundæ opinionis fundamentum est; quia prohibitio alienationis facta sine causa, non valet, l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1. Ideo vt valeat, illa clausula adijcitur à testatore; quia vult bona sua in familia conseruari, &c. Consequenter, talis clausula hoc tantum operatur, vt prohibitio valeat: & si res alienentur, actio illis competat, qui sunt in familia, non autem simplex & absolutum fideicommissum inducatur.

Confirmatur hoc ex l peto, §. fratre, de leg. 2. vbi tex. ita dicit: *Fratre hęrede instituto. petijt ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur. Si non paruerit hęres voluntati, sed domum alienauerit, vel extero hęrede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt.*

Ergo, si hęres non alienauerit, vel hæredem extraneū non instituerit, fideicommisso locus non erit Consequēter, in casu alienationis tantum, inducitur fideicommissum, non etiam in casu mortis.

Tertiæ opinionis fundamentum illud est; quia cum prohibitio nuda est, & non valet absque illa caussa adiecta, tunc caussa, quæ adijcitur, robur illi affert, vt valeat; & ideo non potest alium præterea effectum producere, & sic fideicommissum inducere. Sed cū prohibitio per se valet, tunc ne caussa illa adiecta; *Quia vult bona conseruari in familia*, &c. Frustrà adiecta esse videatur, & prorsus superflua existat, inducit simplex absolutumque fideicommissum.

Ego sanè in priorem sententiā longè sum procliuior. Nam testatot alienationem prohibens, & illam caussam adijciens duo facit; primum alienationem ipsam confirmat, & validam efficit, deinde declarat suam voluntatē, nempe, eam esse, vt bona in familia conseruentur; Si testator simpliciter dicat, se velle, vt bona sua in familia conseruentur, vel familiæ bona relinquat, nemini dubium esse potest, quin fideicommissum inducatur inter illos, qui sunt in familia. Cur ergo non idem sit dicendum in proposita facti specie? Nonne hic est verborum testatoris sensus clarus, manifestus? At hoc testator dixit, vt validam efficeret prohibitionem. Quid tum? valida fiet illis verbis prohibitio, sed & præterea, nihil vetat fideicommissum induci. Neque enim aut verborum natura; aut legis constitutio impedimento esse potest testatori, quo minus eodem tempore, duo hæc disponat; prohibeat bona alienari, & simul fideicommissum inter eos, qui in familia sunt inducat. Quare illud argumentum videtur mihi non esse admodum forte, quo dicebatur eam clausulam efficere, vt valeat prohibitio, & ideo non efficere, vt fideicommissum inducatur. Hanc nego sequelam, potest enim vtrunque facere. Si verba vtrumque importent, & lex non prohibeat. At nulla lex prohibet, & verba manifestè habent illum sensum; ergò nihil proponitur, cur fideicommissum non inducatur simplex & absolutum.

Ad textum in l. peto, §. fratre, respondeo, non posse ita sumi argumentum à contrario sensu, quia in ea facti specie, si frater non instituisset hæredem extraneū, sed instituisset eos hæredes, qui erant in familia, nulla fuisset ratio dubitandi, quin ad eos, qui erant in familia, bona pertinuissent. Similiter etiam, si intestatus decessisset, sine dubio tunc successissent, qui erant in familia. Ratio dubitandi, & quæstionem proponendi erat eo in casu, quo extraneum hæredem instituerer, & Iurisconsultus respondit, eos, qui in familia sunt, fideicommissum penturos. Quare, in ea specie non ea valet argumentatio. Ergo, si extraneum non fecisset hæredem, non esset locus fideicommisso; quin immò locus esset, multò magis, & citra vllam dubitationem, si eos, qui in familia erant, ex testamento, vel ab intestato hæredes reliquisset; sed de eo casu non est locutus Iurisconsultus, quia nulla fuisset dubitatio, nulla quæstio accidere potuisset, nullum enim aduersarium habuissent illi, qui in familia erant. Nam testator mandauit fundum in familia relinqui, & hæres illum reliquisset.

CAPVT L.

Vtrum ex prohibitione alienationis à testatore facta, fideicommisso bona subijciente, agnatis ex fideicommisso vocatis, actio competat contra fiscum, in quem bona ob grauati delictum translata sunt, non expectata morte naturali ipsius grauati.

TEstator bona fideicommisso subiecit in fauorem agnatorum, eaque alienari prohibuit: Hęres delictum perpetrauit, propter quod confiscata sunt bona; vtrum agnatis statim antequam hæres grauatus moriatur, liceat bona à fisco vindicare, nō est eadem omnium sententia. Etenim, ante grauati delinquentis mortem vindicare non posse, responderunt Paulus Castren. Alciatus, & Ruinus, ad l. filiusfamilias, § *diui*, de leg. 1. vbi testantur eiusdem sententiæ *Oldradum fuisse*, in consil. 17. & Roman in l. si constante, § vlt ff. solut. matrim. & idem Alciatus hanc sentētiam communem esse dicit, in consil. 783. num. 1.

Argumenta verò sunt ista. Primum est ex d. l. filiusfam. § Diui, de leg 1. vbi Martianus ait prohibitionem alienationis à testatore factam, cōtemplatione certæ personæ, validam esse, sed eam neque creditoribus, neque fisco fraudi esse: *Quod si* (inquit tex.) *liberis aut posteris, aut libertis, aut hęredibus, aut alijs quibusdam personis consulentes, eiusmodi voluntatem significarent, eam seruandam esse: sed hæc neque creditoribus, neque fisco fraudi esse.*

Nec valet expositio Accursij secundum Alciatum, illa verba, *neque fisco fraudi esse*, referentis ad caussam tributorum, vel aliam, ob quam fiscus esset creditor, quia sub illis verbis, *neque creditoribus*, omnes creditores continebantur, tam ex caussa onerosa, quàm etiam lucratiua, l. creditores, ff. de verborum signif. consequenter illa verba, *neque fisco fraudi esse*, alium sensum habere debent, vt nempe, nullum fiat præiudicium fisco, si alienare prohibitus, delictum commiserit, propter quod bona publicata fuerint.

Secundum argumentum est ex l. peto, § prædium, de leg. 2. in illis verbis: *Si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona hæredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis*, &c. Cùm autem bona publicantur ob delictum, sine dubio voluntaria non est alienatio, sed necessaria; quia lex confiscari mandat, ergo non statim bona vindicari possunt, sed mors grauati expectanda est.

Te-

Tertium argumentum est; quia licet bona extra certum genus personarum alienari prohibeantur, legitimus tamen successor etiam extraneus illa consequi potest, l. cum pater, §. cum inter, de leg. 2. Ergo & fiscus, qui est legitimus successor eiusmodi bona grauati obtinebit, non obstante prohibitione: nec enim alienationis prohibitio de illa intelligi potest, quæ a lege fit, argum. l. 2. ff. de rebus eorum, &c.

Postremum argumentum est; quia vbi simpliciter sunt bona restitutioni subiecta, tacitè inest alienationis prohibitio, Auth. Res quæ, C. commun. de legat. & tamen ob delictum grauati confiscantur, & donec hæres grauatus viuit, apud fiscum manere debent, l. cũ pater, § hæreditatem, de leg. 2. l. Statius, §. Cornelio Felici, ff. de iure fisci. Ergo idem respondendum est, vbi expressa est alienationis prohibitio.

Sed contraria sententia frequentioribus Doctorum suffragijs recepta est, nempe, statim bona vindicari posse. Ita docuerunt Bartol. ad l. Imperator, ff. de fideicommiss. libert. Alexand. in consil. 23. lib. 1. Ruin. in consil. 23. lib. 5. Cepola in consil. 58. Decius in consil. 442. Iason in d. l. filiusfam. §. Diui, in 2. lect. num. 19. de leg. 1. Berous quæst. 41. num. 5.6. Riminald. senior in consil. 243. lib. 2. Socin. iunior, in consil. 77. numer. 15. libr. 2. & 49. lib. 3. Curtius iunior, in consil. 110. Grammatic. decis. 105. num. 31. Roland. in consil. 30. num. 11. libr. 2. Clarus, §. si quæst. 78. versic. item quæro. Plotus in consi. 83. num. 96. Alba, in consil. septimo, num. decimoseptimo, Marcabrunus in consil. 83. num. 169. Bossius, qui dicit eam in praxi obseruari, titu. de bonorum publicat. numer. 42.

Solet autem pro huius sententiæ confirmatione adferri text. in l. Imperator, ff. de fideicommis. libert. vbi, cũ Firmius Mutiano aliàs Titiano tragędos tres legasset, & adiecisset. *quos tibi commendo, ne cui alij seruiant, publicatis bonis Titiani rescriptum est, debere eos publicè manumitti*. Sed non videtur mihi hanc sententiam euincere, quandoquidem de libertate loquitur. Quæstio autem proposita de fideicommisso pecuniario. Libertas verò facilius & properantius præstatur, quàm fideicõmissum pecuniarium, quod vel ex eo patet, quia etiamsi non voluntaria sit alienatio serui, libertas tamen competit, vt in l. rogo, ff. de fideicommiss. libert. secus autem in fideicõmisso pecuniario; quia, si non voluntaria sit alienatio, vindicari non possunt bona ante mortem grauati, vt in d. l. peto, §. prædium, de leg. 2. & declarat optimè Cuiacius lib. 15. Obseru. cap. 5.

Probatur ergo sententia communis eo argumento, quod cum bona alienari prohibentur, ut in familia relinquantur, si hæres non obedierit voluntati testatoris, & sic alienauerit, omnes, qui sunt in familia fideicõmissũ petent, vt in d. l. peto, § fratre, de leg. 2. Quo in loco notandum est, hæredem non parere voluntati testatoris, si alienauerit, vel extero hærede instituto decesserit, vt ibi dicitur; quod si bona hæredis veneant, & sic necessaria fit alienatio ad soluendum æs alienum, aliter est constitutum, vt in §. prædium, quia non ipse hæres dicitur alienare, sed creditores sunt in causa, ut res alienentur. Igitur est videndum, an, cum hæres delictum committit, cui pœna confiscationis est constituta, dicatur alienatio voluntaria, necne: & puto voluntariam esse, quia delictum est voluntarium, ob quod ipse videtur pœnæ se subijcere, argum. l. Imperatores, ff. de iure fisci, ibi: *Ipse te huic pœnæ subdidisti*, &c.

Alia ratio est illius, cuius bona vendantur a creditoribus. Nam cum æs alienum contraheretur, non erat illa necessitas, res fideicommisso subiecta: alienandi; aliunde enim sperabat se creditoribus satisfacturum; sed delicto commisso in consequentiam venit pœna confiscationis vt proinde hæres alienare prohibitus, delinquendo causam ipsemet alienationi dedisse intelligatur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. Nam quod attinet ad textum in d. l. filiusfam.

A §. Diui, de leg. 1. verus sensus illorum verborũ, *neque fisco fraudi esse*, ille est, ut intelligantur de vicesima, quæ fisco soluebatur pro hæreditatibus & legatis. Ne scilicet prohibitio alienationis impedimento esse videatur, quo minus fiscus vicesimam consequatur. Non enim debet illa prohibitio fisco nocere, vt declarat optimè Cuiacius lib. 9. Obseru. c. 24.

Ad tex. in d. l. peto, § prædium, respondeo, alienationem, quæ ob delictum fit, esse potius voluntariam. Nam licet delicto perpetrato, necessario fiat confiscatio l. ita sponente delictum tamen, quod est caussa eius, voluntarium est.

Ad text. in l. cum pater, § cum inter, respondetur, illum loqui de legitimo successore, qui ab intestato succedit ei, qui duntaxat prohibitus erat alienare; alia ratio est in fisco; etsi enim sit legitimus successor, non tamen id præiudicare debet fideicommissario, qui vocatus est; quia testator bona uetuit alienari, & consequenter etiã
B confiscari. Et si ualeret illa ratio de legitimo successore, idem respondendum esset in qualibet alienatione facta ab hęrede ex iusta causa, nempe, uenditionis, vel donationis. Nam emptor quoque est legitimus successor, & donatarius.

Ad vltimum argumentum respondeo. diuersam esse rationem ac discrimen latum inter fideicommissum simplex, & fideicommissum cum prohibitione alienationis. Cum enim res alienari prohibentur expressè, ea uidetur esse uoluntas testatoris, ut si alienentur, & sic hæres non obediat eius præcepto, tunc bona uindicari possint ab eis, qui ex fideicommisso uocantur, ut in d. l. peto. §. fratre, de leg. 2. Vt ubi simplex fideicommissum ordinatur, tunc nisi purum sit, mors grauati, uel conditio adiecta expectanda est: & tunc alienatio in irritum deducitur, & bona vindicari possunt, ut in l. penult. §. sin autem sub conditione, C. commun. de leg. & hoc modo accipiendum est, quod dicitur bona restitutioni subiecta alienari non posse. Neque enim effectu, & ut sic dixerim, irreuocabiliter alienari possunt. Nam ueniente die vel conditione, alienatio reuocatur, & bona vindicantur, anteà verò non, ut in d. §. sin autem sub conditione.

C

CAPVT LI.

Filij in conditione positi an censeantur vocati.

D NObilis est controuersia, quàm nunc tractare aggredior, antiquorum ac recentiorum commentarijs illustrata, præcipuè verò duorum nostra tempestate pręstantissimorum Iurisconsul. Francisci Manticę, de coniect. vlt. volunt. lib. vndecimo, titu. 2. & 3. Iacobi Menochij de præsumpt. lib. 4. pręsumpt. 76. Non ego actuarium agam, autores omnes, & omnium edicta describens, notiora sunt enim hęc, quàm ut mea indigeant elucidatione. Quid ipse sentiam paucis explicabo. Sententię meę firmamentum pro viribus tuebor aduersus impugnationes, & demum contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Si igitur ex facto proponatur quempiam hęredi instituto onus adiunxisse, vt hæreditatem alteri restituat, si absque liberis decesserit, ita interpretor hanc testatoria dispositionem, ut tacitè voluerit hæredis filios ad successionem vocare, ac in eorum gratiam & fauorem, ut ipsa scilicet hæreditas obueniret conditionem illam adijcere, atque adeò ipsos in conditione positos filios uocatos videri. Pro confirmatione autem huius sententię argumento utor ex l. Lucius, 2. ff. de hęred. instit. vbi Scęuola de hac ipsa facti specie uerba faciens, scribit in hęc uerba: *Nam prudentis testatoris consilium animaduertitur qui non solum fratrem suum prætulit substitutis, verum etiam eius liberos.*

His verbis Scæuola respondit, etiam liberos prælatos fuisse substitutos: at si vocati non essent, non possent videri esse prælati. Ergò sunt vocati, & quidem ante substitutum.

Respondent contrariæ sententiæ autores multis modis, & primò, liberos prælatos censeri non ex testamento, tanquam vocatos ab ipso testatore, sed ab intestato tacitè.

Non rectè. Nam, aut hoc intelligitur, ut ab intestato succedant parenti suo, aut testatori. Non primum; quia oporteret in ea facti specie patrem adiuisse hæreditatem, quia hæreditas non adita non transmittitur, L. vnica, § in nouissimo. C. de caduc. tollend. quod tamen non fit, quia textus ita dicit: *Quos eo amplius noluit heredes esse, si frater priusquam hereditatem adierit, liberis relictis decesserit.* Nó secundum, quia oporteret filios natos esse, aut conceptos tempore mortis testatoris: neque enim post mortem concepti succedere possunt, l. Titius, ff de suis & legitim. hæred. qua de re ibi Scæuola nullũ verbum.

Secundò respondent in d. l. Lucius, non illud quæri, an filij in conditione positi censeantur uocati; sed an substitutum excludant, & ideo dum textus dicit: *Nam prudens consilium testatoris animaduertitur*, &c. non hoc vult, vt filij admittantur ad successionem; iam enim frater testatoris adiuerat hæreditatem, sed vult, vt substitutum excludant.

Non est solida responsio, quia Iurisconsulti verba faciunt, vt non solùm colligamus substitutum excludi, sed etiam filios vocati. Nam si tantùm deberent filij substitutum excludere, alijs verbis vtendum erat, quàm eis, quibus Iurisconsultus est vsus. Cùm dixit; testatorem prætulisse substituto fratris liberos; Hic enim est sensus, vt magis ipsos liberos, quàm substitutum hæreditatem obtinere testator uoluerit, quæ res facit, vt & substitutus excludatur, & liberi admittantur ad successionem ex uoluntate defuncti, ac proinde, vt uocati esse dicantur.

Tertiò respondent in ea specie, de qua Scæuola respondit, substitutionem vulgarem factam fuisse sub illa conditione: Si frater hæres ante aditam hæreditatem prius decessisset, quàm filium, filiamve habuisset. Quam obrem in ea specie liberi non sunt in conditione positi fauore fratris hæredis. Nam etsi ante aditam hæreditatem liberis extantibus decessisset, non potuisset de ea disponere, & ideo necesse est affirmare filios ibi uocatos fuisse; At non rectè infertur ad fideicommissariam substitutionem generaliter, vt in quæstione proposita, alicui factam, si absque liberis moriatur, ut hæreditatem alteri restituat, tunc enim non illa vrgebit ratio, ut filij intelligantur vocati.

Non obstat hæc responsio; quia etiam in d. l. Lucius. Filij sunt in conditione positi fauore hæredis, quem fauorem considerat Iurisconsultus. Poterat enim in ea specie obijci, substitutos admittendos esse, quia testator eos vocauit eueniente vna ex tribus cõditionibus; Euenerat autem vltima, quia ante aditam hæreditatem hæres liberos non habebat. Contra ait Iurisconsultus: *Quia prudens testatoris consilium animaduertitur.* Si enim fratre mortuo, superstitibus liberis, ipsos liberos substitutis prætulit, multo magis credendum est voluisse ipsum præferre hæredem fratrem ita, vt ipse adeundo hæreditatem substitutos excluderet.

Nunc argumenta contrariæ opinionis diluenda sunt. Primum ex l. 1. C. de pactis, vbi patet liberos Philini in conditione positos reuocare non posse sextantem hæreditatis Frontini datum, & tamẽ illum reuocare possent, si ex fideicommisso tacitè vocati essent.

Omissis aliorũ responsionibus, respondeo, nõ illud in ea lege quæri, an sextans reuocari possit a filijs in conditione positis, eo nomine, quòd ipsi ad hæreditatem ex fideicõmisso tacitè uocati essent, sed illud quæritur; verũ pactio iniqua fuerit, & ideo rescindenda, cùm Philinus

A liberos reliquerit, atque ita fideicõmissi conditio euanuerit, & respondetur iniquã non fuisse pactionem; quia incertum erat eo tempore, quo inita fuit, verũ suscepturus esset Philinus, liberos necne. Verba legis hæc sunt: *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum est. Cùm igitur uerbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis, vt si vita sine liberis decederet, hereditatem Lucinio Frontini restitueret, pactũ eo tempore de sextante Lucinio Frontini dando cum liberos Philinus non sustulerat, interpositum non idcirco potest iniquum videri, quod facta sicut placuit diuisione diem suum te filio eius superstite defunctus est.*

Vtrum filius tanquam vocatus ex fideicõmisso alienatũ sextantẽ reuocare potuerit non hic discutitur; quia multa potuissent adferri cur nõ posset, etiã si uocatus cẽseretur. Etenim & pater suus quartam detrahere potuisset, & ipse tanquã hæres patris eius factũ impugnare nõ potuisset: sed hoc non decidit ibi Imperator, sed pactum iniquũ non videri; quasi ex falsa causa factũ, quia filius
B erat superstes, & sic fideicõmissi conditio defecerat. Sed quia incertum erat, an conditio euentura esset, ideo dicit Imperator non iniquum esse illud pactum.

Secundum argumentum est ex eo, quod dicitur, quæ sunt in conditione, non sunt in dispositione, l. si quis sub conditione, ff si quis omissa causa testamẽti. Respondeo hæc esse dissimilia; Nam si quis sub conditione dandorũ decem; alicui hæres fuerit institutus, in potestate habet non dare, & ille non est legatarius, & ideo nihil petere potest, ut ibi dicitur; sed hic filij sunt in conditione positi, quos excludere non potest hæres, si nascantur, quia ipsi sunt a testatore uocati tacitè, vt substituto præferantur.

Tertium argumentum est ex l. ex facto, § ex facto, ff. ad Trebell vbi Vlpian. *Ex facto tractatum memini. Rogauerat quædam mulier filium suum, vt si sine liberis decessisset, restitueret hereditatem patri suo. Is postea deportatus in insulam liberos susceperat: Quærebatur igitur an*
C *fideicommissi conditio defecisset. Nos igitur hoc dicimus, conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere, ut conditio efficiat, post deportationem uerò susceptos, quasi ab alio, non prodesse. Maximè cùm etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.*

Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententia enim legis est: filios natos, vel conceptos ante deportationem efficere, ut conditio fideicommissi deficiat: natos autem & simul conceptos post deportationem id nõ efficere, sed expectandam tamẽ esse mortem grauati: & interim bona fisco vindicanda cum sua causa, vt scilicet post mortem grauati ea restituat patri, si conditio euenerit. Vtrum autem eiusmodi filij censeantur vocati necne, non decidit eo loco Iurisconsultus.

Quartum argumentum est ex l. generaliter, C. de instituт. & substit. in vers. *Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamẽtum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni penè fructu paterno defraudari?*
D
Respondeo, bona ibi fideicommisso subiecta fructum paternum appellari, quia prius relicta sunt patri, & eius contemplatione tàcitè etiam relicta filijs in conditione positis, argument. l. sed si plures, § in arrogato, ff de vulg. Et quia bona semel patris fuerunt cùm hæreditatẽ, adiuit, iuxta l. 1. §. veteres, ff. de acquir. possess. non autem eam ob causam, quod filius ea videatur a patre habere, & non ab auo.

Quintum argumentum est ex l. potest, cum lege sequenti, ff de vulg. ait textus: *Vel singulis liberis, vel ei, qui nouissimus morietur heres substitui potest. Singulis, si neminem eorũ ante statum decedere velit Nouissimo, si ius legitimarum hereditatum integrũ inter eos custodiri uelit.* Respondeo, nullum uerbum hic de filijs in conditione positis nullumque argumentum, an censeantur uocati necne, sumi potest. Quid enim cum filijs in conditione positus commune habet, quod pater velit filios sibi inuicem

uitem succedere, & tandem eorum nouissimè morienti alium substituerit?

Sextum argumentum est ex l. filiusfam. § cum quis, de leg 1. Martianus · *Cum quis rogatus erit, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri superuixerint liberi, nec quęretur, an hæredes extiterint*. Respondeo, non ibi illud decidi, filios ita in conditione positos vocatos non esse a testatore, sed hoc deciditur, siue sint hæredes patri suo, siue nō sint efficere, vt deficiat conditio, quia sufficit eos existere, post mortem patris, nec illud etiam requiritur, vt sint hæredes.

Septimum argumentum est ex l. si quis eum, § vlt. ff. de vulg. Pomponius: *Sed si secundum testamentum ista fecerit pater, vt sibi hęredem instituat; si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius preteritus fit.*

Quibus verbis patet, filium, qui positus fuit in conditione non censeri institutum hæredem. Respondeo, textum loqui de institutione directa · illa enim, non præsumitur, l. 1 ff. si Tab. testam extabunt l. iubemus, C. de testam. l. hæredes palam, ff. eo. tit nos verò agimus de fidei commisso, quod tacitè inducitur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de legat. 2 cum similibus.

Octauum argumentum est ex l. si quis ita hæres instituatur, 82 ff de hæred insti Scæuola *Si quis ita hęres instituatur, si legitimus hæres vindicare nolit hęreditatem meam, puto deficere conditionem illo vindicante.*

Quibus verbis non censetur hæres institutus legitimus hęres, vt ibi Glos notat. Respondeo, argumentum procedere in directa institutione, quę ex coniecturis nō inducitur, vt suprà in precedenti dictum est.

Postremum argumentum Hęc conditio, si decesserit sine liberis, adijcitur a testatore ad liberandum hęredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum, ergo si grauatus hęres decedat liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommissum in fauorem liberorum; quia inducta ad vnum effectum, non debent eius contrarium operari, l. legata inutiliter, de leg 1. Et quod fauore inductum est, non debet in odium retorqueri, l quod fauore, C. de legibus. Respondeo, non constare an illa conditio fuerit adiecta ob merum commodum & fauorem grauati; dicimus enim adiectam fuisse ad excludendum substitutum, & ad ipsos liberos inuitandos ad successionem, quę res aliquo pacto fauorem continet grauati; quia non extraneo substituto hæreditatem restituit, sed filijs suis, quod commune est parentum votum, l. scripto, ff. vn de liberi.

CAPVT LII.

Vtrum filij naturales in conditione positi, faciant deficere conditionem fideicommissi.

Pęsperam hæc res, cum sit iure nostro clarè definita, in controuersiam reuocatur. Autores multi sunt, naturales filios, vt cōditio deficiat fideicommissi, non prodesse. Multi contrà prodesse volunt; distinctione alij vtuntur, vt latè ac diligenter refert explicatq; Iacobus Menochius de præsumpt. libro 4. præsumpt. 78. Cum tamen lex aperta sit totam hanc disputationem dirimens, hoc modo, ut filij quidem naturales, qui in seruitute nati sunt, in figura tamen matrimonij faciant conditionem, qua de agitur, deficere, quia creditur & naturales liberos, idest in seruitute susceptos, appellatione filiorum contineri, ut in l. Lucius, 90. § vlt de leg. 2. Cæteri verò filij naturales, non ex legitimo scilicet matrimonio suscepti, vtrum efficiant, ut conditio deficiat, voluntatis esse quæstionem, & hoc ex dignitate, & voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum esse, quam sententiam se amplexum fuisse Menochius vbi suprà testatur, & verissima est. En legem claram; Vlpianus in l. ex facto, § si quid rogatus. ff ad Trebell. *Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat hæreditatem. Papinianus libro 8. Responsorum scribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio, & in libertino eodemque colliberto hæc scribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videtur esse, de quibus liberis testator senserit: sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit.*

Vides Vlpianum secutum esse Papiniani sententiam, quantum ad naturales liberos, qui in seruitute nascuntur, de quibus intelliguntur verba illa: *Et in libertino eodemque colliberto*, &c. In alijs autem naturalibus filijs nō ita simpliciter sententiam Papiniani amplexum, sed voluntatis quæstionem esse dicit, & ex dignitate, ac voluntate, &c. accipiendum id esse.

Sed respondet Valentinus Forsterius hanc quæstionem tractans in Commentarijs de Successionibus ab intestato, pag 160 Cum Vlpianus à Papiniano discrepet, præferendam esse Papiniani sententiam ex Theodosij Constitutione, & Valentiniani ad Senatum Vrbis, quæ Codici Theodosiano inserta est, & cuius verba refert illa inter cætera. *Vbi autem diuersæ sententiæ proferuntur, potius numerus vincat autorum: vel si numerus æqualis sit, eius partis precedat autoritas, in qua excellentis ingenij vir Papinianus emineat, qui vt singulos vincit, ita cedit duobus.*

Sed meminisse oportebat doctissimum virum, eas leges ad causarum decisionem adferre non posse, quæ in Iustinianæo Codice non continentur, l. 1 §. hunc igitur, C. de nouo Codice Iustin. confirmando; Aliter statuisse ipsum Iustinianum in l. 1. C. de veteri iure enucleando: *Sed neque ex multitudine autorum*, inquit, *quod melius, & ęquius est iudicatote; Cum possit vnius forsitan, & deterioris sententia, & multos & maiores aliqua in parte superare Et ideo ea, quę antea in notis Aemilij Papiniani ex Vlpiano, & Paulo, necnon, & Martiano adscripta sunt, quæ antea nullam vim propter honorem splendidissimi Papiniani obtinebant, non statim respuere, sed si quid ex his ad repletionem Summi ingenij Papiniani laborum, vel interpretationum necessarium esse perspexeritis; & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini; vt omnes qui relati fuerint in hunc Codicem prudentissimi viri habeant autoritatem, tanquam si eorum studia ex Principalibus Constitutionib. profecta, & a nostro diuino fuerint ore profusa*

Porrò quæ sint voluntatis coniecturæ, & quæ ex dignitate, & conditione eius, qui fideicommisit, iure peti possint, diligenter prosequitur annotato in loco Menochius, qui erit hac in re meritò consulendus, non enim controuersias duntaxat tractandas hic suscepimus.

CAPVT LIII.

Filij naturales Principis Rescripto legitimati in conditione positi, an excludant substitutum.

Controuertitur quoq; an filij naturales, Principis Rescripto legitimati, in conditione positi substitutum excludant, & negant Ioan Calderin. in conf. 2. titu. Qui filij sint legitimi, Bald. ad l Lucius, 2. ff de hæred. instit. Salycet in l. generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut. Imola in l. ex facto, § si quis rogatus, ff. ad Trebellian Fulgosius in consilio 62. numero 3. Barbatia in consilio 27. colum. 19. libro 2. Iason in l. si is qui pro emptore, num. 163. ff. de vsucap Decius in consi. 284. num. 11. alios refert Alexander ad l generaliter, §. cum autem, C. de institut & substit. num. 2. & in cons 25. nu. 2. & 67 nu. 5 & 94. nu. 3. lib. 1.

Quibus adstipulantur hæc argumenta. Primum, quia filium definimus, qui ex viro, & vxore nascitur, l. filium definimus, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Sed legitima-

gitimatus non nascitur ex viro, & vxore, ergò non dic- tur filius, consequenter non excludit substitutum.

Secundum argumentum. Legitimatus non est propriè legitimus, sed ex quadam fictione, §. filium verò, ibi. *Velut ex quadam machinatione.* in Auth. Quibus mod. nat eff. sui, & §. generaliter, ibi: *Sine per quandam aliam machinationem*, eod. tit. Ergo de illo non possunt intelligi verba testatoris, quibus dicitur: *Si decesserit absque filijs legitimis, & naturalibus* &c. Verba enim propriè accipienda sunt, non autem secundum eiusmodi fictionē, & machinationem, argum. l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt.

Tertium argumentum est, quia legitimatus nō succedit in feudo, ne præiudicium fiat agnatis, & alijs legitimis successoribus vt in c. 1. § naturales, si de feudo fuerit controuē inter vasallum & agnatos. Ergò nec succedere debet in hæreditate, ne substitutis alijs præiudicium inferatur.

Cæterùm, affirmant alij magis communiter Doctores, vt videre licet ex Iacobo Menoch de præsumpt lib 4. præsumpt. 79. & in consi. 266. nu. 20. lib. 3. ea Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit 10.

Fundamentum est; quia legitimatus est verè & propriè legitimus, vt in Authen quib. mod. nat eff sui, ibi: *Legitimi fierent*. Et rursus ibi: *Ex naturalibus ad legitimos eleuare*. Et in § reliqui ibi: *Semel enim eos efficientes legitimos* Et in §. si quis ergo filios, ibi: *Ad legitimum ius filios educere naturales*, &c. Et ibi: *Qui vult naturales suos filios restituere naturæ, & antiquæ ingenuitati, & iuri legitimo* Immò nihil differunt à legitimis, vt in § sit igitur licentia, ibi: *Nihil à legitimis differentes*, quib. mod. nat. eff legit. & in §. & quoniam variè, quib mod. na. eff. sui, ibi: *Nihil dissimilis legitimus*, &c.

Ego sanè hac in re putarem ita distinguendam, vt si quidem legitimi efficiantur filij naturales Principis Rescriptum post fideicommissum iniunctum, eo in casu nihil substituto præiudicare debeant, nullo modo eum excludant. Mouet me Constitutio Pij IIII. Extrauag. editaanno 1562. Kalendis Ianuarij, in qua Summus Pontifex omnes reuocat legitimationes, & legitimandi facultates in præiudicium vocatorum ea fideicommisso, testamento, & quauis alia dispositione. Et quamuis illa locum habeat inter subiectos Pontifici Maximo, in temporalibus tamen ego ea illum illam Constitutionem ea ratione niam, quæ generaliter locum habeat etiam in ditione Cæsarea, ac fatis etiam indicasse Pontificem Maximum non esse iuri, non rationi consentaneum, vt legitimatus excludat substitutum & alium ex testamento vocatum. Nam si id iuri consentaneum esset, non erat contrarium statuendum. Illam ergo rationem impulisse Summum Pontificem Ecclesiasticum opinor; quia Rescripta Principum sic interpretari, & cōcedi debent, vt alij iniuriam, detrimentum, præiudicium, non inferant, l. 2. § merito, § si quis à Principe, ff. ne quid in loco publ. c. quamuis, de Rescript. lib. 6. l. nec filio, l. patrono, ff de Natalib. restit. Hæc ratio ex iure desumpta locum habet in omni legitimatione, ita videlicet, vt interpretari debeat, ne alijs præiudicium afferat.

Quod si proponatur legitimatos filios ante fideicommissum iniunctum fuisse, tunc nisi contrariæ voluntatis coniecturæ suppetant, quas diligenter Menochius recenset, d. præsump 79. existimarem substitutum excludi; quia legitimati filij dicuntur esse legitimi, & nihil à legitimis differre.

Nec obstant argumenta contrariæ sententiæ; quia primum locum obtinere potest, vbi non sunt filij legitimati: tunc enim nec filij dici possunt, sed cū legitimati sunt Principis Rescripto, tunc & legitimi dicuntur, & filij; & nihil à filijs legitimis differentes.

Secundum verò argumentū nihil obstat; quia in hac specie locum habere non potest illa regula, de qua in argumento, cum filius legitimus non solum ea Rescripto Principis legitimus esse dicatur, verum etiam hoc

A beneficium consequatur, vt non differat à legitimo, & omnibus fruatur commodis, quibus fruuntur legitimi, & naturales.

Tertium denique argumentum specialiter procedit in feudorum successione, de qua nobis sermo non est, & ea qua non rectè infertur ad aliam materiam.

CAPVT LIV.

Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimati substitutum excludant, si conditio hæredi adscripta sic fuerit; si decesserit absque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis.

IN eadem materia controuerti solet; si testator eam adiecerit conditionem, si decesserit absque liberis, de, vel ex legitimo matrimonio natis an filij per subsequens matrimoniū legitimati substitutum excludant.

B Et quoniam latè & diligenter explicatur hæc quæstio argumentis, & autoritatibus hinc inde allans à Mantica de coniecturis vlt. mar. volunt. lib 11. tit. 12. & à Iacobo Menoch. de præsumptio lib. 4. præsumpt. 81. ego paucis indicabo, cui adhæream sententiæ; tum fundamentum, quo ipse nitar, & denique quid respondendum mihi videatur contrariæ sententiæ argumentis.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant in hac proposita specie substitutum excludi. Fundamentum, quo nixus sum, illud est; quia testator locutus est de filijs natis ea legitimo matrimonio, vt patet. Tales autem filij, vt maximè legitimi habeantur, iuxta cap. tanta, qui filij sint legitimi, non tamen habentur pro natis ex legitimo matrimonio; ratio, quia lex facere potest, vt qui ob aliquam causam legitimus non est, habeatur tamen & reputetur legitimus (est enim hoc in legis potestate positum, cum à lege dicatur legitimus) sed facere non potest lex, vt qui natus non est ex legitimo matrimonio, habeatur & sit tāquam ex legitimo matrimonio natus;

C hoc enim in facto, non in iure consistit. Quare cum ad factum hoc respexerit testator, mentione facta filiorum ex legitimo matrimonio natorum, non videntur huc pertinere filij, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, licet postea contractum fuerit matrimonium, & ex eo ipsi legitimi effecti fuerint.

Argumenta verò contrariæ sententiæ non obstant. Primum affertur cap. cum in cunctis, de electiōn. vbi dicitur, Episcopum ex legitimo matrimonio natum esse oportere, & tamen is, qui natus est, antequam contraheretur matrimonium, Episcopus esse potest, matrimonio postea contracto, vt notat Gloss. in cap. innotuit, in versiculo coniugata, eodem titu. Respondeo, Glossam hoc docere autoritate textus, in capit. tanta, qui filij sint legit. qui textus non probat, nec dicit filios habendos esse pro natis ea legitimo matrimonio, sed pro legitimis: *Tanta est vis matrimonij* (inquit textus) *vt

D qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Secundum argumentum est; quoniam legitimati per subsequens matrimonium, videntur esse nati ea legitimo matrimonio, sea enim præsumit ab initio contractum fuisse inter parentes, l. cum quis, versiculo, neque enim, C. de naturalibus liber. cuius verba hæc sunt: *Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationē, vel dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuisse, qua eam dignum esse vxoris nomine faciebat.*

Respondeo, hoc textu, non probari propositionem in argumento assumptam, sed hoc tantum: patrem habuisse circa mulierem affectionem, vt eam vellet vxorem habere, prout postea habuit: ac proinde tam filios antea, quàm postea procreatos succedere debere. Sed hoc non pertinet ad quæstionem nostram; primò, quia non hic quærimus, quæ fuerit patris affectio erga vxorem, & matrem liberorum ante matrimonium

pro-

procreatorum,ſed quæ fuerit voluntas teſtatoris, qui fideicommiſſum ſub ea conditione iniunxit. Deinde,quia non rectè infertur habuit affectionem,ergo ab initio eā duxit in vxorem,& ſic matrimonium fuit ab initio contractum Contrahitur enim matrimonium non ſola contrahendi affectione, ſed ipſa, mutuo videlicet conſenſu intercedente conſenſu.

Tertium argumentum eſt,quia filij ſic legitimati ſuccedunt in feudo,quod conceſſum eſt pro filijs legitimis, & naturalibus,& de legitimo matrimonio natis, vt tradunt Iſernia, Præpoſit. Abb. Afflit. Iaſon, & alij multi a Menochio citati in conſ.227.nu.17.& 15.lib. 3. Clarus, § feudum,quæſtio.83. verſ. ſed quid ſi feudum. Ergo etiam in quæſtione noſtra ſuccedere debent, & ſubſtitutum excludere.

Reſpondeo,negando conſequens,& etiā antecedens: Nam etiam in feudo contrarium docuere Baldus Aluarot. Alex. Barbat. Luc de Penna, Curtius ſenior, Ruin. Curtius iun. Natta, Gozad. Rolād.& alij,quos citat Mantica loco proximè citato,nu.22.

Quartum & poſtremum argumentum eſt: quia in ſtatutis appellatione filiorum ex legitimo matrimonio procreatorum veniunt etiam legitimati,per ſubſequens matrimonium vt latè adductis autoritatibus docet Menochius in conſ.227.nu.33. lib.3. Ergò idem eſt in diſpoſitione teſtatoris.

Reſpondeo contrarium, quod attinet ad ſtatuta, docuiſſe poſt multos alios, quos commemorat, Manticā, vbi ſuprà,num.23.

CAPVT LV.

Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum.

INter omnes conſtat filios in conditione poſitos ſubſtitutum excludere,quoties per ſubſequens matrimonium legitimi efficiuntur; nec verba teſtatoris hoc exigunt,vt ex legitimo matrimonio nati ſint. Cæterum illud eſt non parum controuerſum ac dubium; vtrum hæc ſententia locum habeat, ſi matrimonium a grauato fuerit in mortis articulo contractum. Et locum non habere Angelos reſpondit: ideoque ſubſtitutum eo in caſu non excludi,in l.ſed eſt quæſitum,ff de lib.& poſtum.& in l nuper,nu.3 C. de nat.lib.Ruin.in conſil. 211 num.7. & 8.lib.1.& 46.nu.8.lib.2.& 163. num.7. lib.3 Curtius iun.in conſ. 26.nu 9.Celſus Vgo in conſil.73. nume 32. Barbatia in conſil.18.col 7.lib. 1. Tiraq. ad l.ſi unquam, verſ.Suſceperit libetos,nu 74. C de reuoc. donat. Alciatus in conſ.616.nu 4.Mantua in conſ. 38 nu. 14 lib.2.D. meus Cephalus,in conſ.239.nu 10.lib. 2.

Contrarium docuerunt Cynus, Ioan. Andr. Bald. Butr. Imola & Alexand.a Ruino citati in conſil.77. numero lib.5. Paril in conſil.13. num 68.& 14 num.35.libro Felinus in cap in præſentia,num.204. de probatio. Couuar.in Epitome de Sponſal. parte 2. cap.8 §.2.nu.2. Hieronymus Gabrielius in conſil. 24.num 3 lib.1.Franciſcus Sarmientus,lib.1 Selectar. Interpret. cap 6.nu.8. Menochius de præſumpt.lib.4.præſumpt 81.numer.28. verſ. Cæterum & Mantica de coniecturis vltimar. voluntat.lib.11.tit 13.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in eo, quòd,vbi matrimonium in articulo mortis contrahitur, præſumitur id fieri in fraudem ſubſtituti, argum l. filiæ meæ, ff ſolu.matr & ideo non debet ei præiudicare, argum.textus in cap.de his,de ſepul. Sic & confeſſio inter viuos facta probat contra confitentem & conſequenter etiam contra eius hæredem, l. generaliter, C. de non num pecun. Cæterum, in articulo mortis facta non probat, niſi ſit iurata. Authen. Quod obtinet,C.de probationibus.

A Fundamentum verò contrariæ ſententiæ eſt. Nam cum inter omnes conſtet matrimonium in articulo mortis contrahi poſſe,vt tradit Mantica loco annotato, poſt num 2. Nullus videtur dolo facere, qui ſuo iure vtitur, l.nullus videtur,de reg iuris, & ſic non videtur præſumendus dolus, qui & aliàs etiam non præſumitur, l. dolum,C.de dolo.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & confirmari poteſt eo argumento, quod vbi quis aliquid egit, ex quo alteri præiudicium infertur, non tamen eam ob cauſam tenetur,ſi præcipua eius intentio fuit,vt ſibi prodeſſet, & commodaret, l.fluminum, § vlt ff de damno infecto. Hinc dicimus opus ad æmulationem factum non præſumi, ſed potius quem vti iure ſuo. Menochius de arbitr. iud. caſu 156. num. 8. Maſcat de Probation. vol.2.Concluſ 610.in principio. Cum ergo aliquis æger matrimonium contrahit, videri poteſt ſpe conualeſcendi illud contrahere, & ſui commodi gratia non autem

B in fraudem alterius, & ſic vt ſubſtituto noceat.

Et ad l.filiæ meæ, reſponderi poteſt, in ea ſpecie maritum in fraudem patris diuortium feciſſe, vt dotem non haberet,quam filia mortua habiturus eſſet, id patet ex illis verbis textus: *Vir in hoc repudium miſit, ut mortua ea dotem potius heredibus eius quam mihi redderet.*

Ad cap de his,de ſepult reſponderi poteſt,etiam omni fraude ceſſante in ea ſpecie Canonicam portionē deberi Eccleſiæ,a qua ſuſcepti ſunt,quia ad religionem tranſeunt, quia non poteſt ei auferri, & ideo notat ibi Gloſ. aliquando fieri quidpiam licere in vita, quod non licet in morte vt patet; quia pater poteſt omnia ſua bona in vita conſumere, in morte verò non poteſt filios priuare legitima portione. Alia ratio eſt in propoſita quæſtione; nam is, qui matrimonium contrahit, non aufert bona fideicommiſſo ſubiecta ſubſtituto, ſed facit, ut filij legitimi efficiantur;& per conſequens, vt conditio deficiat, a teſtatore adiecta. Quamobrem ſubſtitutus non hære-

C dis grauati facto;quia is vtitur iure ſuo,ſed ob conditionem a teſtatore adiectam hæreditate priuatur; quod verò de confeſſione dicebatur,non probare niſi ſit iurata, locum habet, vbi confeſſio in teſtamento facta eſt, quia teſtamentum fit ad diſponendum principaliter, non autem ad probandum: ideo teſtator videtur confiteri potius, ut donet & leget, quàm vt probationem inducat, niſi iuramentum adhibeat: tunc enim eſt perinde, ac ſi diceret,velle ſe ea omni,quo fieri poteſt, modo locū habere, vt explicat Bartolus,in l.cum quis decedens.§.Codicillis, de leg.3. Hæc autem res nihil cum materia, qua de agitur commune habet.

CAPVT LVI.

Poſſitne teſtator expreſsè Monaſterium, uel Eccleſiam excludere ab hereditate, ſi heres inſtitutus factus

D *fuerit Monachus, & proximiores uocare, ac ſubſtituere.*

TEſtator ita diſpoſuit: Si filius meus,uel alius hæres inſtitutus factus fuerit Monachus, nolo ut Monaſterium ſiue Eccleſia ſuccedat;ſed proximiores agnatos ſubſtituo. Controuerſia eſt an iure conſiſtat ea conditio, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit. Tractat hanc rem fusè allatis hinc inde autoritatibus Doctorum Iac. Menochius de præſumpt lib.4.Tomo primo,præſumpt.84. argumenta etiam vtriuſque ſententiæ tam affirmantis quàm negantis recenſet,vt meritò omnis labor noſter in illis huc adferendis ſuperuacaneus uideri poſſit, quare ſententiam noſtram adſcribemus. Tum fundamentum eius, & contraria argumenta diluemus.

Exiſtimo eam conditionem, quę Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit,nō ualere,& pro non ſcripta habēdā eſſe.Fundamentū ſtatuo in Nouell.123.§.ſed & hoc prę

ſenti, eius verba interprete Holandro hæc ſunt: *Siquis ſub conditione nuptiarum aut ſuſceptorum filiorum, vel dotis, aut nuptialis donationis gratia, vel donauerit, vel reliquerit filijs ſuis, aut cuicunque alij perſonæ, vel hæreditatem, vel legatum: aut ſi initio purè ipſis relinquat, poſtea ſub una aliqua memoratarum conditionum ſubſtitutione, aut reſtitutione eos prægrauet, iubemus, ut ſi mares, aut fœminæ, qui talibus conditionibus obnoxij ſunt, Monaſterium ingrediantur, aut Clerici Diaconiſſaue, aut Aſcetriæ fiant, istiuſmodi conditiones inualidæ, & pro non ſcriptis ſint,* &c.

His verbis hoc vult Imperator (quod ad rem noſtrã attinet (vt ſi hæres fuerit inſtitutus purè, deinde grauatus reſtituere ſub conditione, ſi liberos non procreauerit, vel ſi abſque liberis deceſſerit, & monaſterium ingrediatur, tunc ſubſtitutio ſub ea conditione facta inualida exiſtat, & pro non ſcripta habeatur.

Hic igitur perpendo Monaſterium ſuccedere, & nequaquam excludi, licet contraria ſit voluntas teſtatoris, quod probatur. Nam hoc teſtator vult, vt ſi hæres inſtitutus abſque liberis moriatur, ſuccedat ſubſtitutus: Sed hæres ingrediens Monaſterium abſque liberis moritur. Ergò teſtator vult, vt hoc caſu ſubſtitutus ſuccedat, non autem Monaſterium: neque enim Monaſterium loco filij habetur, & vt maximè haberetur, eſſet filius non verus, ſed fictitius, qui proinde ſubſtitutum non excluderet. Id autem ita conſtitutum eſt a Iuſtiniano, vt religionem & Eccleſiam hoc ſpeciali fauore ornaret; niſi vt ipſe Iuſtinianus ſubdit. *In redemptionem captiuorum, aut in egentium alimenta ſub prædictis conditionibus ſubſtitutio, vel reſtitutio fiat.*

Cùm igitur in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, voluntas teſtatoris manifeſtè repugnet, & nihilominus Monaſterium & Eccleſia non excludatur, & hoc in honorem ac fauorem Eccleſiæ; Idem profectò reſpondendum videtur, etiamſi voluntas teſtatoris expreſſa Monaſterium & Eccleſiam excludat. Eſt enim eadem ratio, vtroque in caſu, & parum videtur referre expreſſis verbis conſtet de teſtatoris voluntete, an talibus, ex quibus eadem manifeſtè deprehendatur, & cognoſcatur; præſertim verò in eiuſmodi conditionibus, & fideicommiſſarijs ſubſtitutionibus.

Quamobrem id probare non poſſum, quod reſpódét contrariæ ſententiæ autores apud Menochium loco ſuprà annotato, num. 16 Iuſtinianum inualidare eam conditionem ex præſumpta mente, & voluntate teſtatoris, non autem contra voluntatem. Nam quando teſtator ſubſtituit ſub conditione ſimplici, ſi diſceſſerit ſine liberis, non apparet, an cogitauerit de ingreſſu religionis vel non; quamobrem hoc in caſu Iuſtinianus ſtatuit, fauore religionis conditionem haberi pro non ſcripta, habita coniectura, quòd ſi teſtator cogitaſſe de religionis ingreſſu non ſubſtituiſſet.

Non mihi hæc vllo pacto probari poſſunt; quia nulla eſt clarior teſtatoris volútatis coniectura, quàm quæ ex verbis appparet. Ex verbis autem apparet eum ſubſtituere, ſi hæres ſine liberis deceſſerit; Ergò ſi Monaſterium hæres ingrediatur, & ſic decedat abſque liberis, eſt voluntas, vt ſubſtitutus ſuccedat, non autem ut Monaſterium: Et ſi teſtator de Monaſterij ingreſſu cogitaſſet, ſine dubio ſubſtituiſſet, ut vel ſuæ agnationi proſpiceret, vel deſcendentibus, vel alijs, quos caros habuiſſe eos ſubſtituendo, videtur. Itaque non teſtatoris voluntate ratio legis nititur, ſed ſingulari fauore, quo religionis, & Eccleſiæ iura proſecutus eſt Iuſtinianus.

Nunc argumenta contrariæ ſententiæ diluenda. Primum, quia teſtatori permiſſum eſt de rebus ſuis pro ſuo arbitrio diſponere, l. 1 de ſacroſanct. Eccleſ. & in leg xij. Tabularum cautum. *Vti quiſque legaſſit ita ius eſto*, l. verbis legis, ff. de verb. ſign.

Reſpondeo generalem illam facultatem reſtrictã eſſe multis modis; ſed (quod ad rem attinet) ut non habeat locum in ſpecie, qua de agitur, id patet ex Nouella ſupra

A dicta 123 vbi Iuſtinianus infirmat, & pro non ſcripta habendam eſſe decernit teſtantis diſpoſitionẽ, ut patet.

Secundum argumentum. Nemo inuitus cogitur benefacere, C. de Iudæis, 45 diſtinct. cap. vlt. 22. quæſtio. 5. Ergò nemo cogi poteſt ita diſponere, vt bona ſua acquirantur Monaſterio vel Eccleſiæ Reſpondeo hic teſtatorem non cogi, ut Monaſterio uel Eccleſiæ relinquat, relinquit enim teſtator hæredi: Is verò ingreſſus Monaſterium omnia ſua bona Eccleſiæ offert, quam oblationem & acquiſitionem ex ea teſtantis voluntate impediri nõ poſſe, meritò Iuſtinianus religionis fautor maximus, decreuit.

Tertium argumentum eſt ex l. Deo nobis, C. de Epiſcopis, & Cleric. vbi conſtitutum eſt, patri permiſſum eſſe, ne aliquid relinquat filio profeſſo vltra eius legitimã. Ergò in eò, quod legitimam excedit, poterit quocunque modo ſubſtituere. Reſpondeo, hoc argumentum ante Nouellam ſuperdictam 123. locum ſibi potuiſſe vendica-

B re. Sed iam non poteſt, quia ſubſtituendi facultatem liberam, quantum ad eam ſpeciem, de qua agitur, Iuſtiniani Conſtitutio ademit.

Quartum argumentum. Teſtator poteſt rebus ſuis adijcere hanc conditionem, vt apud Eccleſiam non maneant, niſi modum & conditionem ſemet, capit. verum, de cond. appo Reſpondeo, nil hoc commune habere cũ re noſtra. Hæc eſſe diſſimilia, ut patet, & diuerſam habere rationem.

CAPVT LVII.

Vtrum hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, intelligenda ſit tam de maſculis, quam de fœminis in ea facti ſpecie, qua teſtator propria filia in recerta inſtituta, & filio hærede vniuerſali agnatum ſubſtituit.

Teſtator filia in re certa inſtituta, hæredem filium ex aſſe inſtituit, & eidem abſque filijs decedenti agnatum ſubſtituit. Filius deceſſit ſuperſtite filia nepte teſtatoris, Vtrum neptis ſuccedat quaſi conditio defecerit; an verò ſubſtitutus Inſignis controuerſia eſt. Pro nepte reſponderunt Collegia Bononienſium Doctorum, Peruſinorum & Auenionenſium, teſte Paulo Caſtrenſe in conſil. 409 lib. 2. Rota Florentina, & Bo-

C nonienſis, teſte Marzario in Epitome de fideicommiſſ. quæſt. 21. & nouiſſimè Senatus Pedemontanus apud Anton. Teſſaurum, deciſ. 188. & præterea 28. Doctores, quos commemorat Menoch. in conſ 95. nu 24 lib. 1. & alij, quos citat in conſ. 150. num. 24. lib. 2. & quos citat d. Teſſaur. vbi ſup.

Pro ſubſtituto reſponderunt Collegium Florentinũ, Aduocati Conſiſtoriales Romæ, & Rota Romana, vt per Marzar. vbi ſup. & præterea quinquaginta tres Doctores, quos citat Menoch. d. conſ 95. nu. 90. lib. 1 quibus alios adiunxit in conſ. 150. nu. 34. lib. 2. & 206. nu. 16 lib.

D 3. & de præſumpt. lib. 4 tom. 1. præſumpt. 85. nu. 8.

Argumenta tam pro nepte, quam pro ſubſtituto, ſi recenſere nellem, actum ſanè agerem. Nam Menochius anteuertit, in conſilijs annotans ea diſlucidè, diſſeteque tractans iudicium potius qualecunque interponã meũ.

Pro ſubſtituto pugnat primò nerborum propria ſignificatio. Nam filiorum appellatione propriè non continetur filia, ſecundum ueriorem, & communiorem ſententiam, vt nouiſſimè demonſtrat Rota Romana deciſ. 125 nu. 6. par. 2. in nouiſſimis deciſion.

Secundò, coniectura uoluntatis defuncti. Nam cum filiam non inſtituerit, ſed maſculum, & ei ſubſtituerit agnatum, apparet eum voluiſſe bona ſua in familia, & agnatione conſeruare, & relinquere.

Tertiò, alia ratio, quia cum filiam excluſerit ab hæreditate, non eſt credibile eum voluiſſe ad neptem naſcituram peruenire, eamque melioris eſſe conditionis filia iam nata.

Quartò, alia ratio, quia filio morienti abſque filijs nõn

substituit neptem, sed agnatum; & sic agnatum prætulit filiæ natæ; Ergo multo magis creditur prætulisse nepti nascituræ.

Pro nepte contra, pugnat primò iusta interpretatio, secundum quam filiorum appellatione continetur filia, l. iusta, ff. de verb. oblig.

Secundò, regula iuris, quæ ad successionem vocat æquè masculum, ac fœminam, l. maximum vitium, C. de liber. præterit. ad quam suam testator præsumitur voluntatem accommodare, vt not. in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.

Tertiò, quoniam in eadem conditione, si decesserit absq; filijs, tacitè intellecta, constat tam masculos, quam fœminas comprehendi, iuxta l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. l. cum auus, ff. de condit. & demon.

Sed quis non videt tres rationes proximas pro nepte generales esse, & ex generalibus iuris præceptis deductas. Contra verò, quæ pro substituto adferuntur ex singularibus facti huius circumstantijs oriri, ac proinde præferendas esse? sicut Genere per Speciem derogatur. Sicut omnis definitio iuris ex particularibus circumstantijs factorum subuerti solet. Et iuris regula quandoque perdit officium suum. Et denique, ea diuersitate facti, iuris diuersitas oritur? Vulgata hæc sunt, & passim obuia iuris studiosis, atque consultis. Sic itaque in hac quæstione, nec huius me sententiæ pœnitet.

CAPVT LVIII.

Vtrum Papiniani responsum in l. cum auus ff. de cond. & demonst. ad filios adoptiuos extendi possit.

Cum auus filium, ac nepotem ex altero filio hæredes instituisset, a nepote petijt, vt, si intra annum trigesimũ moreretur, hæreditatem patruo suo restitueret, nepos liberos relictis, intra ætatem supra scriptam vita decessit, fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inueniretur. Ita Papinianus in l. 101. ff. de cond & demonst.

Hoc responsum, & confirmat & extendit Iustinianus; primum in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. Secundo in l. Generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut.

Verba l. cum acutissimi, hæc sunt: *Cum acutissimi ingenij vir & merito, ante alios excellens Papinianus in suis statuerit Responsis; Si quis filium suum hæredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cũ filius eius sine sobole vitam suam reliquerit. Nos sensum merito mirati, plenissimũ ei donamus euentum: vt si quis hęc disposuerit, non tantum filium hæredem instituens: sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum grauaminis subiugauerit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi ij, qui restitutione onerati sunt, sine filijs vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere.*

Verba d. § cum autem, hæc sunt: *Cum autem inuenimus excelsi ingenij Papinianum in huiusmodi casu: in quo pater filijs suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu disposuisse, euanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit; intelligentem non esse verisimile, patrem, si de nepotibus cogitauerit talem fecisse substitutionem humanitatis intuitu. hoc et latius & pinguius interpretandum esse credidimus, vt etsi quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit vsque ad modum, quem nos statuimus, et substitutioni eos subiugauerit, nulla liberorum eorum mentione facta, et hic intelligi euanescere substitutionem liberis eam excludentibus, & intellectu optimo, his qui ad substitutionem vocantur obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire; Sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente: & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi, sine iusta sobole decesserint, vt quod inter iustos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quę omnia & in legatis, & in fideicommissis specialibus locum habere sancimus.*

A Istis ita se habentibus, iam controuersia est: an ista Constitutio iusta interpretatione, etiam ad filios adoptiuos extendi queat. Vt si pater filium adoptiuum instituat hæredem, eumque restitutionis oneri subijciat, eadem insit tacitè conditio, si absque liberis decesserit.

Affirmant Comensis in d. l. cum auus, in fine. Fulgosius in d § cum autem, num. 6. & ibidem Iason colum. 5. vers. secundo modo potest intelligi. Barba in dict l cum acutissimi, num. 187 Riminaldus senior in consi. 578. nume 3. Picus in l. Titia, § Titia, nume 13. de leg 2. & istos omnes citat, & sequitur Menochius de præsumpt. lib. 4. tom. 1. Præsumpt. 89 nu. 22.

Argumenta sunt ista: filij adoptiui similes sunt filijs

B legitimis, & naturalibus, quoad effectum successionis, l. si te parente, C. de suis & legitim. Ergo id quod in filijs legitimis, & naturalibus constitutum est, etiam ad filios adoptiuos extendi debet.

Secundò, constitutio, de qua agitur, coniectura pietatis nititur, vt patet ex dict. l. cum auus. Hæc autem pietas etiam in filio adoptiuo locum habet, quod patet; quia pater tenetur eum alere, argumen. l. onera, ff. de adopt.

Tertiò, illud Papiniani responsum etiam ad filios naturales extenditur, vt in dict. §. cum autem. Ergo multò magis ad filios adoptiuos extendi debet, qui plus iuris habent in successione, quàm naturales tantum.

Postremò, filiorum fauore hæc sancita sunt, vt patet, ergo etiam ad filios adoptiuos extendi debent, argum. l. 1 §. vlt. ff de leg. præstand.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Petrus, & Cyn in d §. cum autem, & ibidem Alberic num. 2. &

C num. 6. & Dec. in 7. limitatione. Alexander in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 12. ff ad Trebell Socin. in d l cum auus, num. 56. Tiraquell. ad l. si vnquam, ver. susceperit liberos, nu. 10. C. de reuoc. donat. Anto. Padilla in d. l. cum acutissimi. num. 18.

Argumenta hæc sunt: Primum, quia nec l. cum auus, nec l. cum acutissimi, nec l. generaliter, §. cum autem, loquuntur de filijs adoptiuis Ergo nec nobis ad filios adoptiuos eandem legem extendere licet.

Secundò, quia filius adoptiuus non est propriè filius, sed fictè: & ideo non succedit contra patris testamentum, l. filio quem pater, ff de liber. & posthum. l. adoptiones, ff. de adopt. l. cum in adoptiuis, §. sed ne, C. de adopt.

Tertiò, quia non sunt ex agnatione, & familia adoptãtis, vt in d l cum in adoptiuis, §. vlt. C. de adopt §. sed hodie, Instit. eod. tit.

Quartò, quia hæc constitutio legis fundatur in caussa

D naturali, & ratione sanguinis, quæ ratio cessat in adoptiuis filijs.

Postremo, quia filij adoptiui non faciunt deficere illam conditionem, si decesserit sine liberis, l. fideicommissum, ff de cond & demonst. l. si ita quis in testamento, §. si is cui, de leg. 3.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector, & licet ad argumenta hęc, quibus illa nititur, responderit latè Menochius loco supra proximè citato, tamen illud me potissimum mouet, quod filij ex filio adoptiuo progeniti non dicuntur esse ex sobole, & progenie testatoris, sed prorsus extranei, vt in d. l. cum in adoptiuis, § sed ne, C. de adopt. ibi: *Vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudentur.* & ad alienam sobolem pertinentes, nempe, naturalis patris. Est autem supradictæ legis ea potissimum ratio, ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere, vt in d. l. cum acutissimi. Et quia non est verisimile intelligentem patrem, si de

de nepotibus cogitasset, talem facturum substitutionem vt in d. § cum autem. Quare cum filij ex patre adoptiuo nati, non sint defuncti nepotes, &c. non videtur in eis locum habere ratio legis.

Ad primum argumentum respondeo, filios adoptiuos in eo solum esse similes, quoniam patri succedunt, vt in d. l. cum in adoptiuis, § sed ne, C. de adopt. ibi: *Sed si quidem remaneat in tali adoptione nulla interueniente mancipatione, in hoc tantum modo prodesse ei volumus adoptionem, vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur*, &c. In alijs ergo non sunt similes, sed hic non agitur de successione patris adoptiui, respectu ipsius filij adoptiui; sed an filij ipsius filij debeant excludere substitutum: ideo argumentum tollitur.

Ad secundum respondetur, non hic agi de coniectura pietatis, & charitatis patris adoptantis erga filium adoptatum; sed de filijs ipsius filij; an excludant substitutum. Erga tales nepotes non probatur carendi adoptantis affectionem, sicut erga nepotes ex filio naturali.

Ad tertium respondeo, eodem modo; quia alia ratio est in filio naturali, qui ex ipso sanguine procreatus est, licet non ex iustis nuptijs.

Ad vltimum respondeo; rationem legis esse positam in coniectura pietatis paternæ erga nepotes, & descendentes: & in eo, quod non sit verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem facturum substitutionem, vt in d. l. cum acutissimi, & in d. §. cum autem, non autem in solo fauore filiorum institutorum; ac proinde argumentum euanescit.

CAPVT LIX.

Vtrum Papiniani responsum, de quo in l. cum auus, ff. de condi. & demonstrat. & alia similes leges locum habeant, cum filius hæres institutus filios habuit tempore conditi à patre testamenti.

IAcobus Menochius vir doctissimus, ac celeberrimus, lib. 4. de præsumpt. tomo 4. præsumpt. 89. numer. 77. hanc quæstionem tractat ita disertè, & clarè, vt nostra hic industria superuacanea videri possit. Vt tamen & calculum meum adijciam, & tam illustrem controuersiam non prætercam, conabor, & ipse eam explicare, atque etiam illud efficere, vt opera mea non inutilis esse videatur.

Testator filium hæredem instituit, & ei quandocunque morienti alium substituit; Moritur filius relictis post se liberis, vel nepotibus testatoris, qui etiam tempore conditi testamenti extabant; Vtrum ex Papiniani Responso, de quo in l. cum auus, ff de condi. & demonstrat & l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & similibus excludatur substitutus, necnè? Affirmant Doctores multi, quos refert, & sequitur Menochius, vbi supra, quibus, & ipse calculum meum adijcio. Fundamentum, vt mihi videtur illud est firmum; quia ratio legis ad hanc quoque speciem adaptatur, & verba non repugnant. Ait Papinianus. *Cum auus filium, ac nepotem ex altero filio hæredes instituisset, à nepote petijt, vt si intra annum trigesimum moreretur, hæreditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra ætatem supra scriptam vita decessit, fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse; quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inueniretur.*

Hic respondit Papinianus substitutum excludi liberis relictis, nec distinguit an nati essent tempore testamenti necne. Idem statuit Imperator nulla distinctione adhibita in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. vbi generaliter constituit restitutioni locum non esse; *Nisi ij, qui restitutione onerati sunt, sine filijs vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti*, &c. Ratio vero legis, quin locum habeat etiam in hac specie, negari non potest. Nempe, *pietatis coniectura*, vt in dict. l. cum auus. Item, *ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere*; vt in dict. l. cum acutissimi. Etsi enim nepotes viuant tempore testamenti, tamen viget pietatis coniectura, & illa ratio, *ne videatur*, &c. Quia sunt nepotes, & ex descendentibus, ex sobole, & progenie, quàm verisimile non est excludere testatorem voluisse sine caussa.

Contrariæ sententiæ argumenta non obstant. Primū sumitur ex l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. ibi: *Intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem fecisse substitutionem*, &c. Ergò, si de nepotibus testator cogitauerit, aliter erit statuendum, sed hic videtur cogitasse de nepotibus; quia nati erant, & non testatori. Ergò aliter videtur statuendum.

Respondeo, sensum illorum verborum hunc esse: *Si testator de nepotibus cogitauerit*, hoc est, si cogitauerit filium institutum moriturum esse liberis relictis, & sic nepotibus testatoris, verisimiliter non facturum talem substitutionem. Non infertur autem ex eo, quod nepotes erant nati, ipsum testatorem cogitasse eos patri suo superuicturos, ac proinde voluisse, eis exclusis, substitutum admitti. Sed potius præsumendum est ex pietatis coniectura plus dictum, & minus scriptum, ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere.

Secundum argumentum est ex l. sicut certi, & l. si cum in vtero, C. de testamen. militari, vbi si miles sciat se filios habere, & eos non instituat, videtur eos exhæredare. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum miles sciens se filios habere, alios hæredes instituit, necesse est, vt intelligatur tacitè eos exhæredare, quia alij in testamento scripti sunt hæredes, & sic res est clara, & manifesta, nec contrariam interpretationem admittit neque enim intelligi potest, alios hæredes futuros, qui in testamento scripti sunt, & simul filios hæredes esse, qui scripti non sunt. Ex testamento enim non erunt hæredes, quia scripti non sunt. Ab intestato non poterunt esse, quia testamentum adest. Sed in proposita specie aliud est, longè est diuersa ratio: quia licet alios pater substituerit filio hæredi instituto, nihil prohibet quo minus ea sit conditio tacitè intelligenda, si filios non habuerit, quoniam & hac interpretatione admissa, substitutio locum habet in eo videlicet casu, quo filius absque liberis moriatur.

Tertium argumentum est ex l. 4. C. *de inoffic. testam.* vbi si mater filijs duobus hæredibus institutis tertio postea suscepto testamentum mutare potuisset, & id facere neglexisset, videtur eos excludere. Respondeo, vt dictum est in præcedenti, id longè à specie nostra differre; quia ibi nulla coniectura capi potest pro filio suscepto post testamentum, nullaque interpretatio adhiberi, cum res sit clara, & manifesta. Sed hic est dubia, & incerta, potestque locus esse coniecturæ pietatis, vt dictum est.

Quartum argumentum est ex l. tale pactum, § vltimo, ff. de pactis ibi: *Et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.* Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententia enim legis est: Patrem filiæ stipulatum fuisse à genero, vt si filia sine liberis decessisset, portio quædam dotis restitueretur fratri ipsius patris stipulantis, quem hæredem instituerat, atque ita consulere voluit fratri, vt hæredi. Et ideo cum pater deinde filios suscepisset, eosque hæredes in alio testamento scripsisset, voluisse videtur, eam portionem, quæ fratri hæredi danda erat, nunc restitui filijs hæredibus, quod significant illa verba textus: *Cum inter contrahentes id actum sit, vt hæredibus consulatur.*

Quintum argumentum est ex l. vnica, C. si dos constante matr. sed nihil ad rem facit. Hoc enim vult, vt si dos vxori à marito constante matrimonio sine legitima causa restituta fuerit, ea mortua ab eius hæredibus, cum fructibus marito restituatur.

Sextum argumentum est ex l. si vnquam, C. de reuoc. donat. iuncta declaratione Bartoli, in l. Titia, §. Imperator,

tor, de leg. ſecundo, vbi docet, liberos tempore donationis vel poſtea natos, de quibus teſtator cogitauit, non efficere vt donatio reuocetur.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Cum enim pater filios habens, & de illis cogitans alijs bona ſua donat, ſine dubio non vult filios ea habere, ſed eum cui donat; nec enim in claris locus eſſe poteſt coniecturis. Sed hic pater filium inſtituit, eique morienti ſubſtituit alium. Hic non eſt certum, quomodo & quando locum eſſe voluerit ſubſtitutioni, an & eo caſu, quo filius relictis poſt ſe liberis deceſſerit, an verò, ſi abſque liberis mortuus fuerit. Quamobrem optimè intrat coniectura pietatis, & Papiniani interpretatio, vt teſtator videatur plus dixiſſe, quam ſcriptum fuerit, nempe adieciſſe illam conditionem, ſi abſque filijs moriatur hæres inſtitutus filius.

Septimum argumētum eſt ex regula quadam; Vnius incluſio, eſt alterius excluſio, l. cum prætor, ff de iudi. ſed textus in dicta l. cum auus, & aliarum legum, includit filios naſcituros, ergo excludit iam natos. Reſpondeo, nō excludi filios iam natos, in dicta l. cum acutiſſimi, vt ſupra in principio dictum eſt. Eandēque rationem eſſe in filijs iam natis, quæ in natis poſtea, ac proinde idem ius eſſe ſtatuendum.

Cætera argumenta, quæ recenſentur à Menochio, vel ad hæc poſſunt reuocari; vel ſanè leuiora exiſtunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT LX.

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea ſpecie de qua loquitur l. cum auus ff. de cond. & demonſt. & l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.

NIhil eſt tam clarum, quod obſcurum non reddatur, ſi recta in legibus interpretandis ratio non adhibeatur: Recta autem ratio tunc non adhibetur, cum ex locis obſcuris interpretari conamur perſpicua loca, eaque in dubium reuocare. Id ipſum in hac propoſita ſpecie facilè deprehenditur. Nam filios naturales ex filio hærede inſtituto, cui morienti datus eſt ſubſtitutus, progenitos, non prodeſſe vt ſubſtitutionis deficiat conditio, communis Doctorum ſententia rectè docet, ex l. generaliter, § cum autem, C. de inſtit. & ſubſtit. illis verbis: *Et non aliter ſubſtitutione locum accipiente, niſi ipſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint.* Quibus verbis nihil clarius eſſe poteſt, ad intelligēdum naturales liberos, qui videlicet ex concubina, non autem ex legitimo matrimonio procreati ſunt, non efficere, vt conditio fideicommiſſi deficiat. Etenim conſtat tales filios iuſtæ ſobolis appellatione nequaquam contineri poſſe: ſi quidem iuſta ſoboles appellatur, quæ ex legitimis nuptijs ſuſcipitur, filium definimus, ff de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. Vide Menochium de præſumpt. lib. 4. tom. 1. præſump. 8. nu. 99. vbi citat Doctores.

Cæterum, contrarium docuerunt alij nō pauci, quos ibidem commemorat, nu. 101. quorum fundamentum eſt in l. ex facto § ſi quis rogatus, ff. ad Trebell. Nota verba: *Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem Papinianus libro 18. Reſponſorum ſcribit etiam naturalem filium efficere, vt conditio deficiat, & in libertino eodemque colliberto hoc ſcribit. Mihi autem (quod ad naturales liberos attinet) voluntatis quæſtio videtur eſſe de quibus liberis teſtator ſenſerit. Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*

Sic argumentantur; naturalis filius facit vt deficiat conditio, niſi repugnet voluntas teſtatoris, quæ ex dignitate & conditione colligitur. Ergo idem & in propoſita ſpecie reſpondendum erit.

Reſpondeo, non hoc Iuriſconſultum velle, quod aſſu-

A mitur, ſed quæſtionem iſtam ex coniectura voluntatis pendere. Etenim Papiniani ſententiam Vlpianus ibi probat quoad libertinum eūdemque collibertum; quoad naturales autem filios, dicit ſibi videri voluntatis quæſtionem eſſe, ſicut latè explicaui ſupra hoc eodem lib. cap. 52.

CAPVT LXI.

Subſtitutus vulgariter in vnum caſum, vt puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium caſum, puta ſi hæres eſſe non potuerit, vel contra.

COntrouerſia eſt non vulgaris, an vulgaris ſubſtitutio in vnum caſum facta, extendatur ad alium, vt puta, ſi hæres eſſe non potuerit, an extendatur ad alium caſum, nempe ſi hæres eſſe noluerit, vel contra. Affirmant Bartol. Alexand. Iaſon, Socinus & Ripa in l.
B 1 ff de vulg. Marianus Socinus iunior, in conſ. 106. libro primo, & alij, quos refert & ſequitur Alexand. Trentacin. de ſubſtit. parte 1. cap 1. nu. 25.

Argumenta verò ſunt iſta, primum ex l. Gallus. § Et quid ſi tantum, ff de liber & poſtum. illis verbis: *Sed ex ſententia legis Velleia & hæc omnia admittēda ſunt, vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint.*

Secundum, ex l. vlt C. de inſtit. & ſubſtit. vbi ſubſtitutio facta, ſi poſtumus natus non fuerit, & impubes deceſſerit matre in medio non exiſtente.

Tertium argumentum eſt ex l. vlt C. de poſtumis hæred. inſtit. vbi: Si is, qui teſtamentum condidit, his verbis vſus fuerit: *Si filius vel filia intra decem menſium ſpatium poſt mortē meam editi fuerint, hæredes ſunto, ſiue viuo teſtatore, ſiue poſt mortem eius intra decem mēſes à morte teſtatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, manet voluntas teſtatoris immutilata.*

Quartum, ex l. Titius, § Lucius, ff. de lib. & poſtumis,
C vbi inſtitutio facta eius, qui eſt in vtero matris, locum habet, etiam ſi conditi teſtamenti tempore partus editus fuerit.

Quintum, ex l. ſi mater, C. de inſtitu. & ſubſtit. vbi ſi filij à matre fuerint hęredes inſtituti ſub ea conditione; ſi fuerint emancipati à patre, locum habet illa inſtitutio, etiam in alio caſu longè diuerſo, nempe, ſi pater deportatus fuerit.

Sextum, quia videntur hæc duo eſſe paria, nolle, vel non poſſe, argumen. l 1. §. Vſus, ff. de procurator. ibi: *Vel nolunt vel non poſſunt.*

Septimum ex l. humanitatis, C. de impub. & alijs ſubſtit. qui tamen textus, quo pacto ad hanc rem adduci potuerit, non video.

Octauum argumentum eſt, quoniam vulgaris ſubſtitutio pupillarem continet, l. iam hoc iure, ff. de vulga. Ergo multo magis vulgaris ipſa ſubſtitutio in unum caſum facta extendi debet ad alium, qui ſub eadem con-
D tinetur.

Poſtremum argumentum eſt, quia uidetur eſſe eadem ratio in caſu omiſſo, quæ in caſu expreſſo. Nam vulgaris ſubſtitutio, ſi hæres eſſe noluerit eam ob cauſſam facta eſſe intelligitur, vt defunctus hæredem habeat, ſi is, qui primò inſtitutus eſt, noluerit hæres eſſe. Teſtatoris enim defuncti intereſt hæredem habere, vt in § primo, in Inſtitu. Quibus ex cauſ manum. non licet. Hæc ratio locum habet etiam in eo caſu, qui à teſtatore eſt omiſſus, nempe cum hæres eſſe non poteſt.

Cæterum, contrariam ſententiam multi alij ſecuti fuere, quos refert & ſequitur Mantica, de coniecturis vltimar. volunt. libro quinto, titulo primo, numero tertio, quibus adde Duarenum in Commentarijs titu. de vulga. & pupillari, cap. 11. quibus verbis fiat vulgaris, & alios quos commemorat Alexander Trentacinq. loco ſuperius annotato.

Primum

Primum argumentum est ex l. commodissimè ff. de liber. & postumis, ibi: *Si alteruter casus omissus fuerit eo casu, qui omissus sit natus rumpit testamentum*, &c.

Secundum ex l. pater Seuerinam, ff. de condi. & demonstr. vbi prædium filię relictum: *Si Aelio Philippo nupsisset*, non debetur, si nō nupsisset, eam ob causam quod *nondum viripotens puella diem suum obijsset*, & sic nubere non potuisset.

Tertium argumentum est ex l. vlt. C. de instit. & substi. ponderando illa verba: *Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minimè editus fuerit*, &c.

Quartum ex l. qui ex duabus, ff. de acquir. hæred. sed nihil prorsus ad rem istam pertinet, sicut legenti illum textum facilè patebit.

Quintum est ex l. si ita quis, ff. de vulga. & pupilla. Vlpianus: *Si ita quis substituerit. si filius meus intra decimū annum decesserit, Seius hæres esto: deinde hic ante decimū quartum annum, post decimum decesserit, magis est, vt non possit bonorum possessionem substitutus petere: non enim videtur in hunc casum substitutus.*

Atque hoc postremo argumento moueor, vt posteriori sententiæ adhæream: Videtur enim & in proposita quæstione rectè dici posse, substitutum petere bonorum possessionem non posse; quia non videtur in hunc casum substitutus, vt patet.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. nam ad primum respōdeo, eundem effectum in ea specie obtineri tam per mortem, quam per deportationem filij; quia videlicet nepos in locum eius succedens testamentum rumpit. Quare ex legis sententia idē iuris est in vtroque casu constitutum.

Ad l. vlt. C. de instit. & substit. respondeo, ibi substitutionem factam, si postumus non nascatur, ideo extendi ad eum casum, quo nascatur, & in pupillari ætate decedat; quia in vulgari expressa inest tacita pupillaris, l. Lucius, ff. de vulga. & sic extensio fit, propterea, quod inest tacita pupillaris.

Ad tertium ex l. vlt. C. de postum. hæred. instit. respondeo, testatorem ibi vnum casum tantum expressisse, quia se statim moriturum putabat, & voluisse filium hæredē esse in omnem casum. Simile est in l. Titius, §. Lucius, ff. de liber. & postum. quæ opponitur in quarto argumento, ac proinde tollitur eadem responsione argumentum ex ea petitum.

Ad quintum respondeo, in specie dicta l. si mater, eundem effectum sequi, tam ex emancipatione, quam ex deportatione; quia scilicet filius liberatur patris potestate, ad quod respexit testator, qui nihil ad patrem voluit peruenire.

Ad sextum respondeo, non idem esse, nolle, & non posse; & ideo substitutus in vno casu, non succedet, alio diuerso casu eueniente, licet aliquando æquiparentur casus omissus & expressus. Quia in substitutionibus sufficit non venisse casum, quem testator designauit.

Septimum non obstat. Ad octauum responsio patet; quia iustis rationibus nominatim est constitutum ac interpretatione receptum, vt vulgaris expressa contineat tacitè pupillarem, quod in hac specie constiturum ac receptum non apparet.

Ad vltimum respondeo, non esse id spectandum, an sit eadem ratio; quia omissus casus non continetur sub expresso, vt patet ex d. l. commodissimè, ff de liber. & postum. & l. si ita quis, ff. de vulgari.

CAPVT LXII.

Vtrum vulgaris substitutio impediat transmissionem iuris deliberandi in hæredem instituti.

Communis est sententia Doctorum in l. prima, ff. de vulga vulgarem substitutionem non impedire transmissionem iuris deliberādi in hæredem instituti, teste Ripa in Commentarijs, ibi, nu. 133. Et alios

A multos citat Alexander Trentacinquius de substitutionibus, parte 1 c. 5. quibus adde Duarenum in Commentarijs ad tit. de vulga. substit. & Gregorium Tholosanū in Syntagmate, lib. 42. cap 13.

Primum argumentum est; quia vulgaris substitutio habet illam conditionem, si hæres non erit. Illa verò cōditio intelligitur hoc modo, si videlicet hæres ipse institutus non erit, vel alium hæredem non fecerit, vt in l. si paterfamilias, ff de hæred. inst. Sed hic hæres institutus transmittendo ius deliberandi, aliū hæredem, facit; quia potest adire si velit: Ergo vulgaris substitutio non impedit dictam transmissionem.

Secundum argumentum. Beneficium restitutionis in integrum ad hæredem trāsit minoris, qui hæreditatem repudiauit excluso substituto, dummodo sit res integra, l. quod si minor, § Scæuola, ff de minoribus. Ergo etiam beneficium iuris deliberandi, quod datur ex l cum antiquioribus, C. de iure delib. transmitetur ad hęredem instituti, excluso substituto.

B Tertium argumentum. Conditio ad actum necessaria potest adimpleri per æquipollens, vt loquūtur nostri l. Gallus, §. & quid si tantum, ff de liber. & postum. Ergo & illa conditio vulgaris substitutionis, *si hæres non erit*, poterit adimpleri per æquipollens, nempe, si institutus hæres non erit, vel per se, vel fictè per hæredem suum.

Quartum argumentum. Ius accrescendi non impedit transmissionem, iuxta l. 3. C. de iure deliber. Ergò neque substitutio, nam & ius accrescendi tacita videtur substitutio.

Postremum argumentum est ex l. vnica, §. in nouissimo, iuncto §. cum autem, C. de cad. tollend. Dicitur in §. in nouissimo, hæreditatem non aditam non transmitti, nisi quoad ius deliberandi: & in casu l. Vnicæ, C de his, qui ante apertas tabulas. Deinde in §. cum autem, dicitur, cessante transmissione, hæreditatem non aditā deuolui ad substitutum. Ergo, substitutio non impedit transmissionem iuris deliberandi, secūdum d. l. cum an-

C tiquioribus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Angel. in dicta l. 1. ff. de vulg Ripa ibid. numero 139. qui alios citat, Salyc in dicta l. cum antiquioribus. Politus de Substit. in materia vulgaris substitutionis, q. 44. Zasius de substitutionibus in materia vulgaris substitu. vers. *Tertia species transmissionis*.

Argumenta sunt ista. Substitutio impeditius transmissionis ex potentia suitatis, vt notat Bartol in l. si filius hęres, ff. de liber. & postum. Ergo multo magis transmissionem impedire debet iuris deliberandi.

Secundò, principum beneficia non debent alijs præiudicium inferre, l. nec auus, C. de emancip. lib l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco publ. c. quamuis, de Rescript. lib. 6. Ergò beneficium l. cum antiquioribus, nocere non debet substituto.

Tertiò, Substitutio vulgaris ex mente testatoris locum habet in eo casu, quo institutus hæres nō sit, l. cum

D proponas, C. de hæred. instit. Sed hoc in casu institutus hæres non est, vt patet. Ergo locus est vulgari substitutioni.

Quartò, prouisio hominis facit cessare prouisionē legis, l. vlt. C de pact. conuent. Ergo prouisio testatoris substituentis, facit cessare transmissionē ex prouisione legis.

Quintò, Substitutus excludit eos, qui à lege vocantur ad successionem, l. vlt. C. de necess. ser hęred. instit. Ergò excludere debet eos, qui à lege habent ius deliberandi ex transmissione.

Sextò, Substitutio est potentior iure accrescēdi, quod ex legis dispositione locum habet, l. 2. §. si duo, ff. de bon. possess. secundum tab. l. 1. §. in primò, & § pro secundo, C. de cad. tollend. Ergo est potentior iure transmissionis, de quo agitur.

Postremò, adfertur l. prima, C. de his qui ante apertas tabul. in illis verbis. *Licet non sint inuicem substituti*. Ex quibus significari videtur potentius esse ius substitutionis,

nis quam transmissionis, quia si essent filij inuicem substituti, sine vlla difficultate succederent.

Ego existimo priorem sententiam longè probabiliorem esse, & moueor ex dict. l. vnica, § In nouissimo, iuncto § cum autem, C. de cad tollen. Verba legis hæc sunt: *Hæreditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur: ijs nihilominus, quæ super ijs, qui deliberantes ab hac luce migrant, à nobis constituta sunt in suo robore mansuris.*

Postea in §. cum autem, ita pergit textus: *Cum autem in superiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, nisi quibusdam personis, ad hæredes defuncti transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hæreditatem non adierit, hanc, siquidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit & potuerit, peruenire, quod si hoc non fit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sunt, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.*

Sententia legis est; hæreditatem non aditam non transmitti exceptis liberorum personis, & salua transmissione iuris deliberandi, ex l. cum antiquioribus. His cessantibus, hæreditatem non aditam ad substitutos deuolui, & illis nolentibus vel non valentibus, ab hæredes ab intestato pertinere, & ijs non adeuntibus, ad fiscum. Igitur substitutus non admittitur, nisi cum prorsus cessat ius transmissionis; atque adeo ipsum transmissionis ius substitutioni præfertur.

Quod ratione confirmari potest. Nam substitutus vulgaris, à testatore vocatur in eum casum, quo institutus vel nolit, vel non possit hæres esse. Cum autem is decedit intra annum, qui ad deliberandum datur, non potest verè dici, illum non potuisse, vel noluisse hæredem esse; quia nec repudiauit hæreditatem, & hæres esse poterat: Sed casus euenit non expressus à testatore, quoniam nec adiuit, nec repudiauit hæres. Ergo substitutioni locus esse non potest.

Respondet Ripa illum textum retorqueri posse, in d. l. 1. num. 138 ff. de vulg. *Aduerte*, inquit, *quia credo quod ille textus si fideliter inducatur, probet oppositum, referendo verbum, necesse est, ad caducitatem secundum subiectam materiam: quasi dicat, vbi non habet locum transmissio, est necesse quod testamentum efficiatur caducum, & sic cadat ad venientes ab intestato, vel fiscum; nisi institutus adiuerit solidam hæreditatem, vel nisi adsit substitutus, qui velit, & possit adire: Ergo à contrario, vbi haberet locum transmissio, testamentum non redderetur caducum, etiam si institutus, vel substitutus non adirent. Hoc autem esse non potest, nisi vltimo loco vocentur ij, ad quos fit transmissio, & consequenter bene sequitur, quod post substitutum veniunt alij iure transmissionis. Comprobatur inductio sic; Dicitur in principio legis, quod testatores ad caducitatem remouẽdam sæpe faciunt substitutiones. Dicitur postea in §. in nouissimo, quod lex in certis casibus concessit, hæreditatem non aditam transmitti pariter ad excludendam caducorum obseruationem. Ergo prouisio illius legis est subsidiaria, vnde cessare debet, vbi subest prouisio ordinaria.* Hæc & alia in eandem sententiam ille.

Hæc responsio nihil obstat; quia substitutio fit ad tollendam quidem caducitatem, & similiter caducitas cessat, vbi transmissioni locus est: sed non potest ille ordo constitui, quem iste comminiscitur. Nam Imperator manifestè ostendit, vbi transmissioni locus est, ibi necessariam non esse substitutionem ad tollendam caducitatẽ; sed tunc demum cum transmissio cessat. Sic enim Imperator statuit necesse esse, si hæreditatem quis non adierit, quæ alioqui non adita transmitti non possit, tunc si substitutus adsit, ad eum, si velit, & possit, pertinere. Ex quo patet transmissionis causam esse potiorem, & substitutum potius in subsidium admitti, hoc est in eum casum, quo hæreditas esset in causa caduci, propterea quod non esset transmissioni locus.

A Confirmatur hæc interpretatio, quia si substituto non sit locus, quia vel nolit, vel non possit adire, non dicit textus, locum esse transmissioni ad hęredem instituti; sed hæreditatem deuolui ad hæredes, qui testatori ab intestato succedunt, vel ad fiscum.

Ad argumenta contrariæ sententiæ respondeo. Primum nõ constat, quia maior illa propositio est dubia, & incerta, scilicet substitutionem impedire ius transmissionis ex potentia suitatis, qua de re infra differemus.

Ad secundum respondeo, beneficium l. cum antiquioribus, generale esse; & ad omnes pertinere, summa niti æquitate, & nemini præiudicium inferre, sicut nec aliæ leges generales dicuntur alicui præiudicare. Alia ratio est in beneficio particulari Principis, quod vni concessum, alteri præiudicat. de quo loquuntur leges in argumento citatæ.

Ad tertium respondeo, vulgarem substitutionem eo in casu locum habere, quo institutus hęres esse nolit, vel
B non possit; sed hic casus non euenit, cum intra deliberandi tempus decedit: Transmittit enim ad hæredem adeundi facultatem; & ideo hærede adeunte meritò substitutus excluditur.

Ad quartum respondeo, nihil valere argumentum ex generali, vt vocant, brocardico, vbi specialis lex & ratio pugnat in contrarium.

Ad quintum respondeo, argumentum sumi ex dict. l. vlt C. de necessar. seruis hæred instit in illis verbis: *Hęreditatem autem, siquidem soluẽdo sit, ad alios venire, quos leges vocant, si non aliquis fuisset substitutus.* Sensus est, cõditione deficiente, sub qua seruus hęres institutus est, hęreditatem esse in caussa caduci, & ideo spectate ad legitimos hæredes, nisi substitutus adsit; & sic probat ille textus substitutum efficere, vt hæreditas non pertineat quasi caduca ad eos, qui ab intestato vocantur ad successionem defuncti; non autem probat, impediri aliquam transmissionem iuris deliberandi.

C Ad sextum respondeo, non rectè sumi argumentum ex iure accrescendi, quod est ad instar tacitæ substitutionis, ad expressam substitutionem, quia maior virtus est expressæ, quam tacitæ substitutionis.

Ad postremum respondeo, sententiam legis, de qua in argumento, hanc esse; liberos hæreditatem parentum suorum non aditam transmittere ad suos hæredes, licet non sint eis substituti; quia si substituti essent, non esset opus trãsmissione. Vtrum autem substitutio facta vnius, impediat transmissionem in fauorem alterius, nempe, hęredis eius, qui decessit ante aditam hæreditatem, nullum verbum habetur in illa lege.

CAPVT LXIII.

Vtrum filio repudiante hęreditatem, succedat pater, an verò vulgariter substitutus?

D SEd & ingens controuersia est, filiusfamilias hæres institutus est: datus est ei vulgaris substitutus: repudiat hęreditatem patre inuito, vtrum pater eam adire possit, & adeundo substitutum excludere? Affirmant Bart. Aretin Ang. Iason, Socin. ad l. 1. ff. de vulg & alij ab Alexandro Trentacinquio citati, tracta. de substitutionibus, parte 1. cap. 6 quibus adde Zasium, tracta. substit tit. de vulgari, in puncto 4. vers. At vero nos. Duarenus in Commentarijs, de vulga. substit. titu. de effectu vulgaris substitutionis.

Negant vero alij multi, ac præferendum esse substitutum contendunt. Alexand. ad d. l. 1. ff. de vulga. & alij a Trentacinquio relati, loco superius annotato, ante num. 4 Quibus adde Gregorium Tholosanum in Syntagmate iuris, lib. 42. num. 15.

Non referam hic omnia vtrinsq; sententiæ argumenta: sunt enim multa ex his leuissima, sed præcipua duntaxat referam.

Prior

Prior igitur ſententia, quæ affirmat ſubſtitutum excludi, atq; adeo patrẽ ſubſtituto præfert, nititur potiſſimum l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Ita enim ea lege conſtitutũ eſt: hæreditate filiofamilias delata, *ſiue pater adire filium familias integræ ætatis compellit, & ille reclamandum exiſtimat; ſiue filiusfamilias adire cupit, & pater in contrariũ inclinat, liberam habere licentiam, et patrem ipſum ſibi adire hæreditatem recuſante filio, & omne ſiue damnum, ſiue lucrum in ſuam habere fortunam, nullo ex hoc præiudicio filio generando*, & è contrario filium recuſante patre, vt ibi latius habetur. Ita, vt ſi pater adierit filio repudiante, pater hæreditatem conſequatur, *quaſi ipſe pater ab initio eſſet hæres inſtitutus*: vt in § ſimili deturque modo.

Cum igitur patri liceat, filio repudiante, hæreditatem adire, non aliter, ac ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet, argumẽtum hic perſpicuum vi patrem adire poſſe, & ſubſtitutum excludere.

Potiſſimum autem contrariꝗ ſententiꝗ firmamentum eſt in l. 3. de hæred. inſtit. vbi probatur, ſeruo hærede inſtituto, adire nolente, etiam ſi adire iubeatur à domino, ſubſtitutum tamen excludi.

Ego ſanè poſteriorem hanc ſententiam, quæ ſubſtituto fauet amplector, ſed non ſolidum eſſe iudico eius fundamentum, quia non eſt idem in fauorem domini conſtitutum, quod in fauorem patris, vt nimirum, recuſante ſeruo, dominus adire poſſit hæreditatem, ſicut filiofamilias repudiante, pater adire poteſt. Fundamentum illud eſt ſolidum, quia venit caſus vulgaris ſubſtitutionis: Illa enim locum habet, ſi hæres inſtitutus, aut nolit, aut non poſſit hæres eſſe, ſed hic non vult hæres eſſe, quia repudiat hæreditatem, Ergo ſubſtituto locus eſt.

Nec pater obſtat, quia licet is adire poſſit repudiante filio, non tamen hoc in caſu id procedit, quo filio repudianti ſubſtitutus datur. Nam voluntas ac diſpoſitio teſtatoris obſeruari debet, & contrariæ legis diſpoſitioni præferenda. Lex quidem vocat patrem, ſi filius repudiet, hic teſtator vocat alium. Primum autem locum ſibi vindicare debet voluntas defuncti, l. in conditionibus primum locum, ff. de cond. & demonſt.

Ceſſante vero ſubſtitutione, tunc legis beneficium pater habet, & filio repudiante, adire poteſt, perinde ac ſi hæres ab initio inſtitutus eſſet. Ita eſt accipienda l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. non autem, vt loquatur eo caſu, quo ſubſtitutus adeſt, de quo nullum eſt in tota illa prolixa Conſtitutione verbum, & quod, ſi quis ſtatuat, iniquum eſſe videtur. Cur enim ſubſtituto à teſtatore vocato, ſi filius hæres eſſe noluerit, alteri nempe patri, hæreditatem deferendam quiſpiam exiſtimauerit, filio hæreditatem repudiante, contra expreſſam voluntatem teſtatoris, cum leges iuſtis teſtantium diſpoſitionibus obediendum eſſe tam ſerio mandent, vt in l. vlt. C. de fideicommiſſis §. diſponat, in Auth de nupt.

Non obſtat, ſi dicatur, verba ſubſtitutionis vulgaris in hꝗrede, qui alieno iuri ſubiectus eſt, puta ſeruo, vel filiofa. illa nempe, *ſi hæres non erit*, hunc habere ſenſum, i. ſi neque ipſe hæres erit, neq; aliũ hæredem fecerit, vt in l. ſi paterfam. ff. de hæred inſtit. & in §. vlt in Inſti. de vulg. & conſequenter ita accipienda eſſe in propoſito, quantũ ad filiusfam. ſcilicet, ſi nec ipſe hæres erit, nec patrem hæredem fecerit. Hoc autem in caſu repudiando facit patrẽ hꝗredem. Non, inquam, id obſtat: quia intelligitur id procedere, cum filius vel ſeruus adiuit, & ſic adeundo fecit hæredem patrem, vel dominum, non autem cum non adiuit. Id patet, quia ſi non adiuit ſeruus, domino non acquiritur hæreditas, ſed ſubſtituto vulgari, vt in d l. 3. C. de hꝗred. inſtit. Nec valet replicatio, aliud eſſe conſtitutũ in filiofam. repudiante, vt in d. l. vlt. C. de bonis quæ lib. quia non hic per omnia ſeruum, & filiumfam. æquiparamus, ſed verba illa interpretamur: *Si nec alium hæredem fecerit*, ita eſſe accipienda, cum videlicet adita eſt hæreditas à filio vel ſeruo. Nec enim l. vlt C. de bonis quꝗ lib. quidquam de filiofam. nominatim conſtitutum eſt in ea ſpecie, qua datus fuerit filio vulgaris ſubſtitutus.

A

CAPVT LXIV.

Vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum.

GRatis, niſi mea me fallit opinio, controuertitur; vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum. Exẽpli cauſa: Hæres inſtitutus, cui vulgaris datus eſt ſubſtitutus; *Si videlicet noluerit, vel non potuerit hæres eſſe*, delictum committit, propter quod hæreditatem habere non poteſt. Vtrum fiſcus ei ſuccedat, & auferat tanquam indigno, hæreditatem, an vero ſubſtitutus. Eſt hoc in controuerſia poſitum ſine cauſſa, vt dicebam; quia ſubſtitutum ſuccedere debere indubitati iuris eſt. Namq; conditio ſubſtitutionis euenit vt patet; Cum enim hꝗres ſuccedere non poſſit, non fit hæreditas caduca, ſed pertinet ad ſubſtitutum, ex l. vnica, C. de caduc. tollend. § cum autem, Authen. Hoc amplius, C de fideicommiſſis. Nec enim ob culpam hæredis debet iniuria fieri ſubſtituto.

B Argumento l. Papinianus, §. meminiſſe, ff. de inoffic teſtam. ibi: *Cæterum ſi id rogatus fuerit reſtituere, non debet iniuria fieri*. Et loquor in eo caſu quo hæres non adiuit; ſi enim adiuiſſet hæreditatem, ceſſaret vulgaris ſubſtitutio, l. poſt aditam, C. de impuber. & alijs ſubſtit. & meritò fiſcus auferret ob delictum, atque ita docent Angel. in l. 1. ff. de vulg. Petrus Gregorius Tholoſanus, in Syntagmate Iuris, lib. 42. cap. 14. Duarenus in Commentarijs ad Tit. de Subſtitut. tit. quibus verbis fiat vulgaris ſubſtitutio. & alij multi, quos refert Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus parte prima, capit. octauo, poſt num. 5.

Contrarium docuere Bartol. in d. l. 2. nu. 26. ff. de vulg. quem ſequuntur ibi Imola, Alexander, Iaſon, Socin. Fernandus Vaſquius, de ſucceſſionum progreſſu, in præfatione lib. 2. num. 12. & alij à Trentacinquio annotati loco ſupra citato, num. 1. Iſti docent fiſcum præferendum eſſe ſubſtituto.

C Ripa vero, in d. l. 1. nu. 155. quem, & Trentacinquius ſequutus eſt, diſtinctione ita vtitur, minus certè neceſſaria; vt ſiquidem hæres inſtitutus indignus ſit, ita vt non ſit capax hæreditatis; tunc præferatur ſubſtitutus; ſi vero ſit capax hæres, ſed indignus, tunc fiſcus præferatur, argumento, l. ſi poſt mortem, §. vlt. ff. de bonor. *poſſeſſ.* contratab. quæ tamen lex nihil ad rem pertinet, & *hanc diſtinctionem* non bene percepit Trentacinquius, dum dixit in hoc ſecundo membro diſtinctionis fiſcum præferri, ſi hæres ſit capax, & hæreditatem adiuit. Non ita loquitur Ripa, nec vlla eſt dubitatio, quin ſubſtitutus excludatur, cum inſtitutus hæreditatem adiuit; quia poſt aditam hæreditatem expirat vulgaris ſubſtitutio, l. poſt aditam, C. de impub. & alijs ſubſtitut. & conſequenter tunc fiſcus auferet hæreditatem, & ſic ſuccedit ac præferetur ſubſtituto.

Sed videamus quantum habeant momenti argumenta eius ſententiæ, quæ fiſco ſuffragatur. Primum eſt ex l.

D ſi ſequens, ff. ad Syllanianum. Martianus: *Si ſequens gradus vltus fuerit necem teſtatoris, an prior hæreditas ad illũ transferatur. Et ait Papinianus non eſſe hoc. Nam pœna illius, huius præmium eſſe non debet.*

Reſpondeo, non conſtare nobis, an Iuriſconſultus de ſubſtituto vulgari loquatur: & dato, quod loquatur in ea ſpecie hꝗredem iam adiuiſſe hꝗreditatem, atque ideo per eius aditionem excluſum fuiſſe ſubſtitutum vulgariter. Ratio autem dubitandi erat, quia ſubſtitutus (quem Iuriſconſultus, ibi vocat ſecundum gradum) vltus erat necem teſtatoris, ideo videbatur dicendum eum ſuccedere. Contrarium reſpondit textus, nempe, hæredis pœnam, qui priuatus erat hꝗreditate, propter accuſationem omiſſam, huius, id eſt, ſubſtituti, licet vindicantis defuncti necem, præmium eſſe non debere.

Vt intelligamus illud reſponſum in hærede, qui iam adierat hæreditatem, ratio nos impellit. Etenim iniquum eſſet eum pœna afficere, qui necem teſtatoris vltus

tus non esset, si eius hæreditatem adire noluerit & contempserit. Certè ratio non patitur, vt is vlla afficiatur pœna. Nam tann non æstimauit hæreditatem, vt accusationem instituere vellet aduersus occisores defuncti. Cum vero quis hæreditatem adiuit, tunc pęna affici debet, si non accusauerit occisores, quia is iurare debet se necem defuncti vindicaturum. Sic & in l. necessarias, quinto, § primo, ff. eodem titu. non aliàs responsum est bona publicari, quam si hæres adierit hæreditatem ante quæstionem de familia habitam, & supplicium sumptum.

Secundum argumen mm est ex eo, quod si hæres hæreditatem adiuit, iam exclusus est substitutus, vt dictum est: si vero non adiuit, videtur in fraudem fisci id factum; & ideo est perinde, ac si adiuisset, l. non iustam C. ad Trebell.

Respondeo, fraudem illam non esse præsumendam, l. qui autem, ff. quę in fraudem creditor. Potest enim hęres ex alijs caussis non adire, vt patet.

Tertium argumentum est ex l. in seruitutem, §. ei qui, ff. de bonis libertor. vbi, si patronus indignus efficiatur eam ob caussam, quod contra tabulas bonorum possessionem petat, non tamen locus erit substituto. Respondeo, non esse locum substituto, in ea portione, cuius possessio patrono data est, vt inquit ibi textus. Et sic non obstat: quia nos etiam dicimus, hærede adeunte excludi substitutum.

Quartum argumentum est, quia hæres, qui est indignus facit hæredem alium, nempe fiscum: Aufert enim ab eo tanquam ab indigno, ergo vulgari substituto locus non est: quia illa conditio inest, si hęres non erit, quę tacitè aliam continet, videlicet, vel alium hæredem non fecerit, l. si paterfam. ff. de hęred instit.

Respondeo, illam conditionem, si hæres, non erit, ita esse accipiendam, vel alium hęredem nō fecerit, scilicet adita hęreditate, & mutata conditione, vt in dicta l. si paterfamilias. Nam si hæres ipse institutus non adierit hęreditatem, alium hęredem facere non potest, l. 3. C. de hæred. instit.

Quintum argumentum est ex l. recusare, § si fisco, ff. ad Trebellianum. Sed non pertinet ad rem nostram. Agitur enim ibi de fisco compellendo, vt hæreditatem adeat, & fideicommissario restituat. Non erat in ea specie datus substitutus vulgariter, quod patet, quia textus dicit bona vacantia fuisse, & ideo ad fiscum delata.

Sextum argumentum est ex l. cum fisco, ff. ad Sylanian. Caius; *Cum fisco caduca bona defuncti addicuntur propter inultam mortem*, &c. His verbis patet hæreditatem aditam non esse; quia si hæreditas adita esset, non diceretur caduca.

Respondeo, textum illum non loqui eo in casu, quo substitutus est datus: tunc enim caduca non essent bona, sed pertinerent ad substitutum. Et caduca dici possunt bona, etiam post aditam hæreditatem: quia videlicet propter culpam hæredis ad fiscum deuoluantur, argum. l. vlt. C. de iure emphyt.

CAPVT LXV.

Vtrum filius hęres à patre institutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare possit.

Communis & vera sententia est, filium hæredem à patre institutum repudiare non posse hęreditatem, legitima retenta. Vide Bart. & alios Doctor. in l. 1. ff de vulgar. & latè alios referentem Trentacinquiū, de substitutionibus, par. 1. cap. 10. nu 24 Fundamentum est solidum, quia nemo potest hęreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acq. hęred. Ergo neq; filius potest legitimam accipere, quę est tertia pars hęreditatis, vt in Nouella de Triente & Semisse, &

A reliquam hęreditatem repudiare. Huc accedat, quod aut filius vellet legitimam accipere seu retinere tanquam ex testamēto relictam, aut tanquam ab intestato debitam: Si tanquam ex testamento, ergo testator pro parte testatus decederet, & pro parte intestatus, contra regulam l. ius nostrum, de reg. iuris. Pro parte testatus decederet; quia legitimam ex testamento filius haberet; pro parte verò intestatus, quia reliquam repudiaret hæreditatem. si tanquam ab intestato legitimam filius capere velit, nō potest; quia quandiu hæreditas ex testamento adiri potest, ab intestato non defertur, l. quamdiu, 2 ff de acquir. hæred. & nemo potest omissa caussa testamenti ab intestato hæreditatem adire, vt habetur in tit. ff. si quis omissa caussa testamenti, &c.

Sed operæ precium est argumenta diluere, quę pro cōtraria sententia adferuntur, quam secutus est Ludouicus Romanus in l. 1. ff. de acq hęred & alij, quos commemorat Trentacinquius loco proximè citato.

Primum argumentum est, quia creditor, cui delata est B hęreditas, potest eam repudiare, & creditum suum petere, allegatur l. vt debitum, C. de hęred. act. quæ hoc non dicit, sed tamen est verissima propositio: tunc enim fit confusio crediti, si hæreditatem creditor adierit; non autem, si eam repudiauerit: Sed filius est creditor in legitima, l. prima, §. si impubere, ff. de collat. Ergo potest legitimam, tanquam sibi debitam accipere, & hæreditatem repudiare.

Sed omissis aliorum responsionibus, & ea disputatione; an filius respectu legitimæ dicatur creditor. Respondeo, latum esse discrimen inter filium, cui legitima debetur, & alios creditores. Nam quod alijs creditoribus debetur, non est pars hęreditatis, sed est quid diuersum ab hęreditate. Quare nihil prohibet, quo minus hæreditate repudiata, creditum suum consequantur, sed legitima, quæ filio debetur, est tertia pars hęreditatis, vel dimidia, pro numero liberorum, iuxta Nouellam, de Triente & Semisse. Ideo non potest hæreditatem re- C pudiando, saluam habere legitimam: sic enim pro parte hęreditatem adire posset, & pro parte non adire, quod est absurdum.

Respondent contrarię sententiæ autores, imò legitimam esse partem bonorum, non autem hæreditatis, quod ex eo manifestum est; quia deducitur in primis æs alienum in ea supputanda, l. Papinianus, § quarta, ff. de inoffi testa. & bona dicuntur, quæ supersunt deducto ære alieno, l. subsignatum, § bona, ff de verb. sign.

Item respondent, legitimam iure hęreditario deberi filio, & in ea esse instituendum hæredem, vt in §. Aliud quoque capitulum, in Auth. Vt cum de appellat. cognoscitur. &c. scilicet, si hoc ipsum vtile sit filio, non autem, si pręiudicium afferat, vt in casu isto; quia non posset legitimam habere, nisi totam hæreditatem haberet: Nam quod fauore introductum est, in odium retorqueri non debet, l. quod fauore, C. de legib.

Ad ista replicari potest, legitimę quidem rationem ita D esse ineundam, vt deducatur ęs alienum, sed non inde infertur, eam non esse partem hęreditatis. Nam hęreditas nihil est aliud, quam successio in vniuersum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de verb. sign. Et legitima est tertia pars, vel dimidia dictę successionis, adeò, vt cum filius tertiam partem substantię habet, tunc dicatur legitimā habere, & sic effectu succedit filius in tertia parte. Quanta verò sit pars illa legitimę, hoc est, quanti ęstimari debeat, intelligi non potest, nisi deducto ęre alieno: illud enim minuit defuncti substantiam, vt patet.

Quod verò dicebatur, in fauorem filij constitutum esse, vt debeat institui in legitima, & ideo non esse retorquendum in odium; nihil mouet; quia istud est ex natura rei. nec enim potest hęres esse pro parte, & pro parte non. Sicuti nec valeret argumentum, si quis diceret, nō teneri filium hęredem institutum ad soluendum ęs alienum defuncti; quia id ei pręiudicat, & in fauorem filij constitutum est, vt hęres institui debeat. Hinc enim

X sequitur

sequitur ex eo, quod hæres institutus est, vt æs alienum teneatur soluere; nec vlla ratio habetur fauoris filij; quia est onus coniunctum rei.

Secundum argumentum est, quoniam filius renuncians do hæreditati, non intelligitur renunciare legitimæ, sed requiritur specialis renunciatio, l. si quando, § & generaliter, C. de inoff. testam. ex quo videtur inferendum, filio saluam remanere legitimam, quamuis hæreditati renũciet. Respondeo, nec textum illum id probare, quod assumitur, nec rectè inferri posse, quod infertur. Hoc dicit ille textus; Filium, qui defuncti iudicium simpliciter agnouit, & approbauit, non idcirco excludi, quo minus legitimam petere possit, nisi specialiter legitimæ renunciauerit. De renunciatione hæreditatis nullum verbum in ea lege. Non rectè autem illud infertur: quia vt maximè verum esset, filium renunciantem simpliciter hæreditati, non videri legitimæ renunciare; non tamen efficitur, filium ipse renunciare posse hæreditati, retenta legitima. Hæc penitus diuersa sunt, an filius possit hæc facere, an vero vnum faciendo, videatur & alterum facere: Sic enim dicere possemus, filium quidem renunciando hæreditati, non videri legitimæ renunciare; sed tamen non posse ita hæreditati renunciare, vt legitimam retineat.

Tertium argumentum est, quia si non liceret filio legitima retenta renunciare hæreditati, is legitima priuari posset sub ea conditione, si videlicet hæreditati renũciaret, quod absurdum esse videtur. Respondeo, absurdum non esse, sicut nec absurdum est, vt quis hæreditatẽ pro parte adire non possit, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred.

Quartum argumentum est, quia omne grauamen, & omne onus, & cõditio legitimæ adiecta reijcitur à lege, & pro non scripta habetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam. Ergo & illud grauamen, de quo agitur, est reijciendum, vt nimirum filius legitimam suam consequi non possit, nisi hæreditatem acceptet. Respondeo, illud non esse grauamen aliquod legitimæ adiectum, sed iuris esse præclaram & iustam constitutionem, qua cauetur, neminem posse pro parte adire hæreditatem, & pro parte repudiare; quia hæreditas est indiuidua, & nemo potest ꝓ parte decedere testatus, & pro parte intestatus & pro parte hęredem habere, & pro parte non habere. Sic enim pro parte defuncti persona repræsentaretur, pro parte non. Item, onera hęreditaria pro parte subirentur, pro parte non subirentur, induceretur que maxima confusio & iniquitas, quam legum autores magnopere conati sunt euitare.

CAPVT LXVI.

Vtrum testamentum vires assumere possit à substitutione vulgari tacita, quæ in expressa pupillari continetur, pupillo post mortem testatoris decedente sine aditione.

INter omnes constat, testamentum vires ex substitutione vulgari expressa assumere, ex l. 3. § vlt. ff. de lib. & postum. l. secunda, C. de hæred. instit. l. vnica, §. in primo, & in nouissimo, C. de cad. tollend. l. Thais, §. Spẽdophorus, ff. de fideic. libert. Sed vtrum etiam ex tacita, quæ in expressa pupillari continetur, non est eadem omnium sententia. Affirmant aliqui, alij negant, vt videre licet ex commentarijs Ripæ, ad l. prima ff. de vulg. & pupill. numero 162. Vasquio de Successionum progressu, lib. 2 §. 2. num. 22. & 23. Corneo in consil. 199. num. 24. lib. 2. Alexandro Trentacinq. de Substitutionibus, parte prima, cap. 10. nume. 14. & seq. Mantica de Coniecturis vltimarum volunt. lib 5 tit. 5. nume. 7. & seq. Ego verò sic statuo, neutram opinionem aliqua lege probari. Adferuntur enim pro sententia affirmante, l. neque enim, §. vlt. ff de milit. testam. & l. si pater filium, ff de vulg. & pupillari quæ quidem leges de tacita hac vulgari, quæ in

A expressa pupillari continetur, nullam faciunt mentionem Rursus pro negante adferuntur, l. ita tamen. § à patre, ff. ad Trebell. & l. apud Iulianum, §. idem Iulianus, ff. eo ti. quæ prorsus nihil ad rem dicunt, quam ob rem ratione aliqua ex legibus petita hanc quæstionem decidi oportet. Illa verò hæc est: In expressa pupillari substitutione tacitè vulgaris continetur, ex iusta quadam interpretatione voluntatis defuncti. Nam si substitutum succedere filio suo adeunti hæreditatem, & in pupillari ætate morienti voluit; creditur etiam voluisse eundem succedere filio non adeunte. Est enim eadem ratio, & hæc est coniectura voluntatis lege approbata, iuxta l. iam hoc iure, ff de vulg. Ergo si pupillus non adierit, nihil prohibet, quo minus substitutus succedat: is enim intelligitur esse in eum casum substitutus, quo filius hæres non erit. Atqui hæres non est, vt in quæstione proposita, ergo substitutus admittendus est.

At contra substitutio pupillaris hæreditate non adita vitiatur, l. 2. § adeò, ff de vulg. ergo & tacita vulgaris in B illa comprehensa. Respondeo, negando consequentiam: Si enim locum haberet, expressa pupillaris, euanesceret vulgaris substitutio tacita; quod tamen nemo dixerit. Immò vero tacita vulgaris, quæ inest, ita demum effectum habet, si pupillus non adierit; quia hoc velle testator intelligitur, vt substitutus admittatur vtroque in casu: in eo scilicet, quo expressus est, si impubes decesserit, & in altero, si hæres non erit: quare vulgaris hæc tacitè, licet insit in pupillari, non tamen ab ea sic pendet, vt pupillari vitiata, ipsa quoque euanescat. Valeat ergo illud generale brocardicum: Vitiato expresso, vitiatur tacitum, l. si sponsus, § 1 ff. de dona. inter virum, & vxor. & si brocardicis agendum est, huc afferatur illud, vitiato expresso, non vitiatur tacitum æquè principale, l. fideiussor, & ibi Bar. de leg 1.

C

CAPVT LXVII.

Vtrum idem sit statuendum, quod in præcedenti capite conclusum est, si filius ante patrem testatorem decesserit.

EXistimo etiam in ea specie testamentum à vulgari tacita, quæ in pupillari expressa substitutione continetur, vires assumere, qua decessit ante pupillum testator. Et ratio mea est; quoniam lex ita illam substitutionem interpretatur, ac si testator dixerit, filium meũ hæredem instituo, & si is hæres non erit; vel hæres erit, & in pupillari ætate decesserit, Titium substituo: Sic enim fieri solet substitutio pupillaris, l. 1 ff de vulgar. & pupil. Ergo si pupillus hæres non fuerit, substitutus erit hæres. Sed decedente ante testatorem pupillo, non est hæres, pupillus, vt patet, ergo substitutus erit hæres Euenit enim casus substitutionis, vt Doctores loquuntur. D Quam ob rem ne testamentum sit in causa caduci, planè dicendum est illud valere, & ab ipsa substitutione robur accipere, atque ita docuerunt Alexand in d l. 1. num 32. ff. de vulg. Socin. ibid num. 36 Ias. nume. 59. Fernandus Vasq. alios citans, de Successionum creatione, libro 3. §. 21. numero 242.

Contrariam sententiam habuerunt multi ex antiquis interpretibus, in d. l. 1. ff. de vulg. & præter eos Angelus in consil. 40. Reperitur inter liberos. Oldradus in consil. 20. Quidam hæres. Fridericus Senensis, in consil. 266. Rescribatis mihi. Bald. in consil. 151. in 4. volum. & 170. lib 5.

Fundamentum est præcipuum in l. quod si filius, ff. de captiuis & postlim. reuersis. Papinianus: *Quod si filius ante moriatur in ciuitate, nihil est quòd de secundis tabulis tractari possit. sine quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur*, &c. Si moriente filio ante patrem, de secũdis tabulis, id est, de pupillari substitutione retractari nõ potest;

test, ergò nec de vulgari, quæ ioest ac tacitè intelligitur in ea comprehendi. Respondeo, non posse tractari de secundis tabulis in eum finem, vt locus sit pupillari substitutioni: Illa enim locum habet, si prius pater decedat, deinde filius in pupillari ætate; sed quantum ad vulgarẽ attinet, illa mortuo ante testatorem impubere locum habebit, quamobrem de illa textus non loquitur: neque enim vulgaris substitutio nomine secundarum tabularũ venit, cum per eam non pupillo succedatur, sed testatori. Nec bona est collectio. Vitiatur pupillaris ipsa substitutio, ergo & vulgaris, quæ illi inest. Nam non ita inest, vt ab ea dependeat, vel accessorij vicem sustineat, sed vt principalis, & ipsa ex legis interpretatione cõsiderari debeat, quasi duo hæc voluisse testator videatur: vnum, vt moriente filio hęrede intra pubertatem substitutus esset hæres. Alterum, vt filio hærede non existente succederet substitutus. Ideo non si vnum ex his vitiatur, idcirco alterum vitiari debet.

Cæterum Barto. in Commentarijs d. l. 1. num. 32. ff. de vulg. illam distinctionem adhibuit; vt si quidem testator filio defuncto mutare potuit testamentum, & non mutauit, tunc vulgaris substitutio euanescat, secus si mutare nõ potuit, vt quia statim, & ipse mortuus est, vel causam non mutandi habuit, quia fortè existimauit filium suum viuere: tunc enim locus erit substituto. Sequuntur eandem sententiam Ripa, in eodem loco, nu. 167. Corn. consil. 207. lib. 1. Castren in consil 13. lib. 1.

Fundamentum est primo in l. tractabatur, ff. de milit. testamen. vbi eadem distinctio adhibetur, & in l. 3. C. de inoff. testam. Respondeo, latum esse inter hęc discrimẽ, & quæstionem propositam. Nam quod attinet ad l. tractabatur, agitur ibi de fideicommisso, quod ab hærede restituendum erat; & quoniam illud deficit, si hæreditas non adeatur, ideo, vt sustineatur coniectura voluntatis opus est; illa verò est, quoties hęres moritur ante aditam hæreditatem ignorante id testatore, vel post mortem testatoris ipse hæres moritur, priusquam hęreditatem adierit: tunc enim, quia testator non habet causam testamentum mutandi, intelligitur hoc velle, vt hæreditas restituatur per fideicommissum, si fuerit adita; si verò adita non fuerit, vt sit locus substituto. At in quæstione nostra tali coniectura non est opus; quoniam ipsa vulgaris substitutio suum obtinet effectum per mortem filij ante testatorem. Tunc enim cum hæres ille non sit, ideo substitutus hæres erit, quemadmodum testator ab initio designasse, ac voluisse intelligitur.

Quod vero attinet ad l. 3. C. de inoff. testam. ibi perpẽdit textus, matrem mutare potuisse testamentum ad effectum, vt filium, quem viuere sciebat, & non instituerat, præterijsse intelligeremur, quæ res cum quæstione hac nostra commune nihil habet.

CAPVT LXVIII.

Vulgaris substitutio separatim facta personis imparibus, an contineat tacitam pupillarem.

SI vno ex filijs pubere, altero impubere existente eos pater instituat, atq; inuicem substituat, certum est, vulgari tantum non etiam pupillari substitutioni locum esse. incongruum enim esset, vt in altero duplex substitutio intelligeretur, in altero autem vna tantum vulgaris, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Cæterum, si separatim substitutio fiat, vtrum idem respondendum sit, non est eadẽ omnium sententia. Etenim Doctores Vltramontani in l. quamuis, C. de impub. & alijs substit. Idem iuris esse dixerunt, necnon Cynus ibidem, & hanc sententiam veriorem videri dicebat Ripa, in l. 1 numer. 170. ff. de vulg. Sed contrarium Itali Doctores omnes docuerunt in d. l. 1. ff. de vulgar. vt Ripa testatur loco proximè citato, & Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte 1. cap. 11. num. 5. quibus adstipulatur etiam Zasius de sub-

A stit. in princ. tractatus in sexto effectu vulgaris substit. limitat. quinta, necnon, & Duarenus in Commentarijs ad tit. de substit. cap. de effectu vulgaris substit. Et istis ego assentior.

Probatur hæc sententia ex d. l. iam hoc iure, ff. de vulgat. illis verbis: *Hoc itaque casu singulis separatim substituere pater debebit: vt si pubes hæres non extiterit, impubes ei substituatur; Sin autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem cohæredis substituatur. quo casu in vtrumque euentum substitutus videbitur; ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo substitutione in vtriusque persona sensisse intelligatur, ita enim in altero vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur. vel certè euitandæ quæstionis gratia specialiter in vtrumque casum impuberi substituat fratrem, &c.*

Nec quicquam mouet argumentum Gallorum in eo B positum, quod videatur incongruum esse, vt in persona vnius duplex locum habeat substitutio, in persona verò alterius vna duntaxat. Et hæc ratio legis locum habeat, siue coniunctim, siue separatim substitutio fiat. Nam, vbi separatim fit substitutio, quælibet seruat suam naturam: Et ideo cum impubes puberi substituitur, intelligitur esse substitutus in casum vulgaris substitutionis tantum, ratio est: quia vulgaris substitutio tunc continere non potest tacitam pupillarem, cum ille, cui substitutio fit, sit pubes. Cum verò pubes impuberi substituitur, intelligitur substitutus in casum pupillaris substitutionis: Et quoniam pupillaris substitutio vulgarem tacitè continet, hinc fit, vt & in casum vulgaris substitutus esse videatur.

Nil moratur etiam, quod respondetur ad textum, qui pro Italorum opinione affertur, nempe Iurisconsultum loqui, quando separatim substitutio fit pupillaris ipsi impuberi filio, non autem, cum vulgaris fit substitutio, vt C patet ex illis verbis tex. *Sin autem impubes hęres extiterit, & intra pubertatem decesserit*, &c. Et rursus ex illis verbis: *Ne si vulgari modo impuberi quoq; substituat*, &c. Quibus verbis significare videtur aliter esse cõstitutum, si impuberi fiat vulgaris substitutio.

Respondeo, in eo textu tria contineri. Primum, illud de pupillari substitutione separatim facta impuberi, quòd vulgarem contineat, & istud non facit ad rem. Alterum, de vulgari, nempe; si impuberi separatim substituat testator vulgari modo, voluntatis quæstionem fore. Et istud ad rem nostram pertinet, quia non dicit tex. voluntatis futuram quæstionem absolutè: quasi videlicet tunc vulgaris pupillarem non contineat, nisi appareret eã fuisse mentem, ac voluntatem testatoris: sed tex. dicit relinqui posse voluntatis quæstionem, quia ex coniecturis aliquibus dubium esse poterit, an testator voluerit tacitam pupillarem in vulgari contineri, vt patet ex verbis sequentibus: *Ita enim in altero vtraque substitutio intelli-* D *gitur, si voluntas parentis non refragetur*. Quibus verbis indicat Iurisc. pupillarem tacitam comprehendi quidem in vulgari separatim facta: sed tamen quæstionem oriri posse voluntatis testatoris: & ideo subdit tertium, nẽpe, ad euitandum voluntatis quæstionem, consultum esse specialiter in vtrumque casum impuberi substituere.

CAPVT LXIX.

Quid si duobus impuberibus separatim substitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.

SEd rursus cõtrouersia est. Ambo filij sũt impuberes, alterũ alteri separatim testator substituit, sed nõ eodem modo. Nã vnũ alteri vulgari modo substituit: Alterum verò pupillariter, vtrũ in substitutione vulgari cõtineatur pupillaris? Affirmant Alex. in l. iam hoc iure,

A nu.7.ff.de vulg.& Soc.sen.in l.1.num.8.vers. decimo & vltimo limitat.ff.eo.tit.post Gulielmum Cunium, quem citant. Negant Ripa,in d.l.1.ff.de vulg. nu.171. & Alex. Treutacinq.de Substitutionibus par.1. cap.11.num.6. Et hæc posterior sententia videtur mihi probabilior eo argumento, quòd substitutio facta in altero casu, in vtroque casu facta intelligitur, si voluntas parentis non refragetur, vt inquit Iurisc in l.iam hoc iure,ff.de vulgar. Sed hic refragari videtur; quia in vnius persona paterfamilias vulgari modo substitutionem fecit, in alterius verò persona pupillariter substituit: Si enim voluisset in vtriusque persona locum esse pupillari etiam substitutioni, facilè potuisset exprimere, sicut in alterius persona expressit, cum non expresserit nec voluisse præsumitur, argum. l. vnicæ,§. finautem ad deficientis, C.de cad.tollend.

Pro contraria sententia adserri solet text.in d.l.iã hoc iure,ff.de vulg. quatenus ibi in vtrũque casum factam intelligi substitutionem, si separatim fiat, Iurisconf.respondit, licet in persona vnius vulgarem tantummodo substitutionem fecerit. Sed hoc testimonium nihil valet, quia B in ea specie Iurisc.loquitur, in qua vnus filiorum erat pubes, alter verò impubes; & consequenter non potuisset testator, etiamsi voluisset, pupillarem ordinare substitutionem in persona vtriusque, sed duntaxat in persona impuberis; cum impuberibus, non autem puberibus pupillariter substitui possit.

CAPVT LXX.

An vulgaris substitutio contineat pupillarem, si statuto municipali cantum sit, verba in testamentis accipienda esse ad literam, prout iacent, absque vlla interpretatione.

Controuertitur præterea, si lege municipij caueatur, vt testamenta ad literam, prout iacent, intelligantur, vtrum vulgaris substitutio contineat pupil C larem. Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna, continere. Fundamentum est; quia einsmodi Statutum non censetur omnem interpretationem reijcere, sed tantum friuolam, & cauillosam, non autem iustam, & legitimam, ita docent Innocentius in c. Rainucius, de testam. Ripa, in l. 1 nu.172. ff de vulg.& alij quos commemorat Simon Pretus, de interpretatione vltim. voluntat. lib.1.interpret.1. dub.1.solut. 4. num.8.

Secunda est opinio, non continere, eo nixa fundamento, quod litera dicatur, quæ legi potest oculis corporeis, non autem quæ ex coniecturis intelligi potest, argum. l. 1.§ 1.ff.de his quæ testam.delen.l.1. ff.si tabul.testamen. extab.c.exijt,§.pen.de verb.signif.lib.6.ita docent Bal.& Alexan.in l.precibus,C.de impub.& alijs substit. Iaf.in l. iam hoc iure,ff de vulg.& l.quamuis,C.de impub.Corneus in consi.14.num.8.& 224.num.2.lib.2.Alex.Tren D tacinq.de substit.par.1,c.2.nu.8. Simon Pretus, loco proximè citato.

Tertia est opinio distinguens in hunc modum. Aut statutum reijcit simpliciter omnem interpretationem,& mandat testamentum intelligi. prout verba eius iacent, & tunc vulgaris continet pupillarem; quia non videtur iusta interpretatio reiecta: Aut verò mandat ad literam intelligi,& tunc secus. Ita Socin.sen.in d.l. 1.col. 50.ff. de vulg.Trentacinq vbi sup.nu.7.

Ego sanè hic video magnam difficultatem: Nam verba Statuti locum habere non possunt, nisi iuris lædatur dispositio, ac iusta interpretatio. Rursus, locus esse non potest iustæ interpretationi, nisi lædantur verba Statuti. SI Statuto sit locus, vt iacet, lites multæ cessabunt, quæ ex subtili Doctorum interpretatione suscitantur; neque enim disputationi locus esse poterit, sed è contrario illud incommodum nascetur, quia omnis iusta interpretatio sublata erit, & consequenter contra ius, contra rationem

A & æquitatem sæpè iudicabitur. Quis ergo iurisprudentiæ professor atque amicus præferenda esse Statuti verba rectæ rationi, æquitati, iustitiæ, existimauerit? Adde quod Statutum eiusmodi non valebit tanquam iniustum, cap. erit autem lex,4. distinct. Quod si lites in Repub. nascentur ex nimia Iurisconsultorum subtilitate, id vero non legibus sed hominibus adscribendum erit, quorum varia, & curiosa ingenia intra iuris ac iustitiæ cancellos continere, ita, vt nullus ab ea discrepet, nullus alteri negocium facessat iniustè, nulla vnquam legum quantumuis iustissimarum forma, nulla Principum, ac Magistratuum cura, & vigilantia obtineri poterit, sed vnius Dei beneficio & gratia.

CAPVT LXXI.

B *Vtrum vulgaris substitutio filio facta tollat suitatem.*

Paulus scribit in l.11.ff.de liber.& postumis: *In suis hæredibus domini continuationem eo rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam viuo patre quodammodo domini existimabantur. Itaq; post mortem patris non hæreditatem percipere uidentur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.* Atq; hæc est suitas,& causa cur filij appellentur hæredes sui, vt declarat Iustinianus in §. sui, in Instit. de hæredum qualitat.& different. Iam igitur est controuersia, vtrum effectus ille suitatis, atq; adeo suitas, ex substitutione vulgari filio facta, sublata esse intelligatur: Et quidem affirmarunt multi sublatam esse, multis adductis legibus, quæ hoc non dicunt, nec argumentum vllum solidum, ex quo id probetur, præstant, quam ob causam eas consultò prætermitto; neque enim otiose persequi soleo ea quæ prolixam quidem, sed parum vtilem C disputationem requirunt.

Existimo tamen per vulgarẽ substitutionem tolli suitatem illam, de qua diximus, hoc argumento: Cum pater filio hæredi instituto alium vulgari modo hæredem substituit, hoc vult atque declarat, vt si filius hæres institutus vel nolit, vel non possit hæres esse, alius, quem substituit, hæres existat: ergo in consequentiam vel filium hæredem esse, si voluerit; quia si nolit, alium substituit. Hęc autem res suitati, de qua diximus, maximè repugnat: illa enim hunc operatur effectum, vt filius ipso iure hæres esse intelligatur,& hæreditas in eum cõtinuari videatur, cui argumento respondere oportebat Tholosanum in Syntagmate, lib.42. c.13.nu. 3. sicut alijs respondit argumentis. Quamobrem affirmanti huic sententiæ calculũ præbeo, quam amplexi fuere Bar Ang.Imola, Alexan.& Iaf.in l.si filius hæres,ff.de liber. & postumis. Socin in l. 1.nu 47.ff.de vulgar.& in consil 20.num.18. lib 1 Gulielmus Benedictus alios citans, in cap. Rainucius, de Test. D in verbo, Mortuo itaque, 2.nu.190. & Alex. Trentacinquius, de Substitutionibus par.1.c.14.

Contrariæ sententię argumenta sic diluimus. Primum argumentum est ex l. Papinianus,§.quarto, ad finem, ff. de inoff.testam.in illis verbis: *Nisi fortè hic filius, si non fuit in potestate patris, à patre hęres institutus, mersis omittet hæreditatem,& ad substitutum transmittens querelam inofficiosi testamenti instituet,* &c. Argumentum à contrario sensu sumitur: quia si filio emancipato data videtur esse potestas omittendi hæreditatem ex eo, q. fuit à testatore alius vulgariter substitutus, argumento est, secus esse in filio constitutum, qui sit in potestate patris.

Respondeo, non dicit textus datam fuisse potestatem filio emancipato omittendi hæreditatem ex eo, quod datus ei fuerit substitutus. Habet enim emancipatus facultatem omittendi hæreditatem, vt pote iure ciuili non cognitus, nec vocatus, §. emancipati, in Institut. de hæred. quæ ab intest.defer.

Secun-

Secundum est ex l. si solus, ff de acquir. hæred sed nihil valet boc argumentum; nihil enim aliud dicit, nisi, si solus hæres ex pluribus partibus quis institutus fuerit, vnam partem omittere non posse, nec interesse, in quibusdam habuerit substitutum, nec ne, meritò: neque enim licet vnam partem hæreditatis accipere & aliam repudiare, l 1. & 2. ff. de acquir. bæred. quæ res nihil eum quæstione nostra commune habet.

Tertium argumentum est ex l. Lucius, ff de vulg. sed respondetur, in ea specie aditam fuisse hæreditatem infantis nomine; ideo vulgaris substitutio expirat, & filio impubere defuncto ad matrem eius pertinet successio. Id patet; quia Iurisconsultus ibi quærit, an ea substitutio comprehendat tantum vulgarem, an verò etiam pupillarem; Et dicit pupillarem non cõtineri. Et ideo non ad substitutum, sed ad matrem legitimi filij hæreditatem ab intestato pertinere.

Quartum argumentum est ex l quod si minor, §. Scæuola, ff. de minoribus, quatenus ibi Iurisconsultus de filio in potestate loquens, cui datus erat substitutus, præsupponit eum posse amittere hæreditatem. Nam si suitas esset sublata, non diceretur omittere, sed repudiare hæreditatem. Respondeo, etiam extraneo congruere illud verbum omissionis hæreditatis, vbi per negligentiá non aditur, l. prima, § vltimo, ff vt in possess. leg.

Postremum argumentum est ex l. vlt ff. de conditio. institut, quæ lex ideo non offendit sententiam nostram; quia loquitur de filio instituto sub conditione potestatiua, quæ sola per se suspendit suitatem, vt bene declarat Trentacinquius loco annotato in responsione ad vltimum argumentum.

CAPVT LXXII.

Vtrum vulgaris substitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret.

TEstator duobus hæredibus institutis, Titio & Caio, vulgarem adiecit substitutionem in hunc modum; Si Titius & Caius hæredes non erunt, Sempronius hæres esto. Alter eorum hæredum adiuit, alter repudiauit hæreditatem; quæritur an substitutus admittatur ad portionem repudiantis. Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Altera est, non admitti. Ita Bartolus, ad l. 1. nu. 48. ff. de vulga. & eodem in loco Ripa, nume. 188. Ruin. in consilio 52. libro tertio, & alij, quos refert & sequitur Trentacinquius de substitu. parte prima, cap. 17.

Adferuntur hæc argumenta. Primum est ex l quamuis, C. de impub. & alijs substit. illis verbis: *Cum tamen proponas ita substitutionem factam esse, si mihi Firmianus filius & Aelia vxor mea (quod abominor) hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres esto. manifestum est in eum casum factam substitutionem, quo vtrique hæredum substitui potuit.*

Sed reuera nihil probat ille textus. Est enim sensus; substitutionem factam videri in eum casum, qui non solum impuberi filio, sed etiam vxori conuenire possit, & consequenter in eum casum, quo filius impubes, & testatoris vxor hæredes non essent. Vtrum autem necesse sit, vt substituto sit locus, vtrumque hæreditatem repudiare, non declarat ille textus: Hoc enim tantum vult, substitutionem illam non porrigi ad eum casum, quo filius impubes hæres esset, & in pupillari ætate decederet, licet aliás regulariter porrigat, vt ex verbis tex. quæ præcedunt, patet. Sic enim habent: *Quamuis placuerit substitutionem impuberis, qui in potestate testatoris fuerit a patre factam, ita: Si hæres non erit, porrigi ad eum casum, quo posteaquam hæres extitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur. Cum tamen proponas, &c.*

Secundum argumentum est ex l. quidam testamento,

A ff. de vulg ibi: *Eam videri volũtatem patrisfamilias fuisse, vt tertio gradu scriptos hæredes ita demum substituerit, si tota hæreditas vacasset*, &c. Cæterum, ex verbis, quæ statim sequuntur, apparet, id non ea ratione fieri, quod ea sit natura substitutionis hoc modo factæ, sed quia testator plures quam duodecim vineas inter substitutos distribuisset Sic enim verba sequentia habent: *Idque apparere euidenter ex eo, quod plures quàm duodecim vineas inter eos distribuisset, & idcirco*, &c.

Ternum argumentum est ex eo, quod ea sit natura coniunctiuæ orationis, vt concursus vtriusque requiratur, l. si quis ita, ff de verbor. oblig. Scæuolę: *Si quis ita stipulatus fuerit: decem aureos dabis. si nauis venerit, & Titius Consul factus sit, non aliàs dabitur, quàm si vtrumque factum sit.* Sed in verborum obligatione, quæ strictè accipienda est, argumentum hoc procedit, considerata ipsorum verborum natura

Altera est sententia, quam & ipse probabiliorem esse iudico, quoad repudiantis partem substituto locum esse. B Ita Alexand. in l quidam testamento ff de vulg Iason in l 1 num. 67. ff. eodem tit. Politus de substitut. in materia vulgaris, q 25.

Fundamentum est ex l. falsa, § vlt ff. de condit & demonstrat. & in l. hęredes mei, §. cum ita ff ad Trebell. ex quibus legibus Doctores dicunt; Pluralem orationem in suas resolui singularitates. Et quanquam non desit responsio si quis disputare velit: Videtur tamen mihi pro hac sententia magnoperè pugnare voluntas testatoris. Si enim is voluit substitutum succedere vtrique hæredi, vterque repudiasset: videtur etiam voluisse alteri tantum eum succedere, si alter repudiasset, quam coniecturam etiam Iurisconsultus perpendit in specie dicti §. cum ita. Et cum in conditionibus primum locum sibi vindicet testatoris voluntas, l in conditionibus primum ff de condit. & demonstrat. nihil me moratur verborum natura, quæ vtriusque hęredis repudiationem exigunt, quoniam in his magis voluntas spectari debet quam verba. C Et ideo ad regulam, quæ adfertur ex l. si quis ita, ff. de verbor. obligat responsio patet. Procedit enim illa secundum verba, non secundum mentem, vt dictum est.

CAPVT LXXIII.

Vtrum minore adeunte hæreditatem, & aduersus aditionem in integrum restituto, vulgaris substitutus admittatur.

EXistimo veram esse communem Doctorum sententiam, quæ docet, substitutum vulgarem admittendum esse quoties institutus hæres adiuit, & tanquam minor aduersus aditionem restitutus est. Hæc est enim in integrum restitutio, in pristinum statum repositio, l. quod si minor, §. Restitutio, ff. de minori- D bus, & tradunt omnes teste Oddo ex communi sententia, de restitut. in integr. parte prima, quæst. prima, art. 4. Ergo est perinde, ac si hæres non adiisset, & consequenter substitutus succedit. Quamobrem Iurisconsultus Scęuola, ex abstensione pupillæ præsupponit hæreditatem ad substitutum peruenisse, licet illa prius adiuisset, in l. ex contractu, ff. de re iudic. *Ex contractu paterno* (inquit) *actum est cum pupilla tutore autore, & condemnata est*; (infertur ex hoc aditam fuisse hæreditatem) *postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad substitutum, vel ad cohæredes peruenerunt*, &c.

At contrariam sententiam Duarenus tuetur in commentarijs ad Tit. ff de vulg. & pupillari substitutione, in c. de effectu vulgaris substitutionis, autoritate l. ait prætor, 7. §. sed Papinianus, ff. de minoribus: *Species* (inquit Duarenus) *tractata est in eo loco de seruo substituto. Quæsitio est de eo, qui minorem viginti quinque annis instituit*

& ei substituti seruum, qui est necessarius hæres. Proponitur minorem, qui institutus est in primo gradu, adiisse hæreditatem; deinde impetrata restitutione in integrum eam repudiasse, & quæritur, an ea repudiatio faciat locum seruo substituto. Refertur sententia Papiniani ab Vlpiano, qui existimabat, seruum substitutum hæredem esse non posse. Existimabat Papinianus expirare substitutionem vulgarem adita hæreditate, & quamuis restitutus fuerit minor in integrum, & restitutione impetrata hæreditatem repudiauerit, non ideo conualescere substitutionem, quæ semel expirauerat, hoc est, dictum Papiniani, quod Vlpianus ait esse verum. Sed non per omnia, quibus verbis significat Vlpianus, id quamuis verum sit, non esset tamen accipiendum sine distinctione. Nam si hæreditas soluendo non sit, hæc repudiatio minoris locum facit substituto: si soluendo sit hæreditas, tunc non admittetur substitutus. Cum hac distinctione Vlpianus censet dictum illud Papiniani esse intelligendum, qui dixerat, non posse seruum substitutum hæredem existere. Sed quæritur quid in aliis casibus dicendum sit? Ait Vlpianus tunc locum esse substitutioni vulgari, cum seruus est substitutus, cumque hæreditas soluendo non est. Pone igitur non seruum esse substitutum, sed alium, qui voluntarius tantum hæres est, non necessarius, pone hæreditatem soluendo esse, quid dicemus? an locus erit substitutioni vulgari? In hac quæstione mihi videtur, secundum Vlpiani sententiam atque etiam Papiniani, in eo loco nō admittendum esse substitutum, & si vulgò dissentiant interpretes, & dicant, aditam hæreditatem pro nulla habendam esse, propter restitutionem. Idq; obscurum non est dici ab eis aduersus sententiā Vlpiani & Papiniani, ex his, quæ à nobis dicta sunt. Videtur enim hæc sententia esse Papiniani & Vlpiani, quasi expirare substitutionem aditione hæreditatis, & substitutū excludi. Obiicitur huic sententiæ L. ex contractu, 44. ff. de re iud. Et post pauca. *Sed mihi videtur nullum argumentum duci posse ex eo Scæuolæ loco aduersus hanc Vlpiani sententiam. Apud Scæuolam dicitur abstentam fuisse à tutoribus suis puellam, & bona ad substitutum peruenisse. Itaque potest dici peruenisse bona ad substitutum; quia fortè hæreditas non erat soluendo, secundum distinctionem Vlpiani, et hoc satis credibile est. Proponitur enim mulierem fuisse pupillam habentem, qui eam abstinuerunt à bonis paternis: Boni tutoris non est pupillam abstinere à bonis paternis, si hæreditas soluendo sit. Credibile igitur est hæreditatem soluendo non fuisse, atque ita peruenisse hæreditatem ad substitutum restitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. Nam non quærebatur, an possent bona peruenire ad substitutum, an non; sed quærebatur de vi & effectu rei iudicatæ. nam sententia lata erat aduersus pupillam, antequam se abstineret, quæstio erat, quo casu peruenerunt bona, & ex qua causa peruenire poterunt & debuerunt, an actione iudicati, quæ competebat aduersus pupillam, posset agi aduersus substitutum; non erat quæstio, an bona peruenire potuerint ac debuerint ad substitutum. Constabat peruenire potuisse ac debuisse. Quod igitur argumentum duci potest ex ea lege ad impugnandam sententiam Vlpiani & nostram nullum prorsus.*

Hactenus Duarenus, cuius fundamentum est in d §. sed quod Papinianus, vt patet. Responsum affert Ant. Faber lib. 3. coniecturarum iuris, cap. 4. solidum ac subtile: *Aliam esse rationem hæredis serui necessarii, aliam alterius substituti: Cum enim necessarius ille sit, qui omninò, & protinus post testatoris mortem hæres est, vt Iustinianus definit, in §. 1. in Instit. de hæred. qualit. & diff. apparet seruū, qui non nisi necessarius hæres esse potest, postquam alter hæres extitit, ex substitutione hæredem esse non posse: Cum is, qui prius hæres fuit, per restitutionem hæres esse non desinat. Vnde Papinianus rectè dicebat, semper substitutum seruum excludi, nec eum casum excipiebat, si hæreditas soluendo non sit. Sed quoniam, quæ ratio facit, vt contra iuris regulam instituti possint serui necessarii, licet cum iis testamenti factio non sit, vt scilicet ipsorum potius quam dominorū bona veneant, eadem locum habet, cum hæres scriptus post*

A *aditionem restituitur; quia cum eo creditores agere non possunt, diui Impp. Pius & Seuerus rescripserunt, permittendum hoc casu seruo necessario, vt ex substitutione hæres esse possit, quasi utiles actiones non tam habere, quam excipere videatur. Alioqui non potest Prætor utiles actiones ferè decernere, cuius persona prorsus iure Prætorio incognita est, quemadmodum & iure Ciuili, nisi hactenus, vt hæres necessarius esse possit. At bonorum possessor necessarius esse non potest: Ergo quod de seruo Papinianus putabat, non idē de aliis dici potest, quos Prætor utiles bonorum possessores efficit vt actiones utiles habeant, quemadmodum in fi d. § Vlpianus ait* Hactenus ferè Anton. Faber. Ex cuius verbis argumentum diluitur à Duareno allatum, & tota eius disputatio corruit. Argumenta multa pro vtraque sententia adferuntur à Doctoribus nostris, in l. 1. ff. de vulg. & omnium latissimè ab Alexandro Trentacinquio, parte prima, de Substitutionib. c. 18. Sed nec ad rem pertinere illa visa sunt, & ex penore eorum preciosa hæc attulisse,
B & meam de more sententiam adiunxisse satis fore putaui: eos qui minus necessaria non contemnenda tamen intelligere, aut se plenius informatos hac de re optant, ad eos autores relego, qui scripserunt in d. l. 1. Commentaria, & ad Trentacinquium loco annotato.

CAPVT LXXIIII.

Pupillus, cui substitutus datus à patre non est, an dicatur intestatus decessisse in terminis Statuti de intestati successione loquentis.

VLpianus. *Intestati propriè appellantur, qui cum possent testamentum facere, testati non sunt.* Et paulo post: *Planè qui testari non potuit, propriè non est intestatus; puta impubes furiosus, vel cui bonis interdictum est. Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus*, l. 1. ff. de
C suis & legitimis hæred.

Licet clara sit hæc Vlpiani sententia; impuberem non dici propriè intestatum, quia testari non potest, sed tamē pro intestato accipiendum esse; in controuersia tamē id positum est, circa Statuti interpretationem de intestato loquentis; an videlicet pupillus dicatur propriè intestatus decedere, aliquibus, puta vigintinouem *Doctoribus*, affirmantibus, quos refert & sequitur Menoch *in consil.* 569 lib. 6. Aliquibus verò, puta vigintitribus, id negantibus, quibus adde Alexand Trentacinquium de substitutio, par. 2 c 3.

Sed affirmantibus ego me lubens socium adscribo Vlpiani autoritate, vt cætera iuris loca iam prætercam, in quibus pupillus intestatus appellatur, l. in testamento, C. de testam. milit. ibi: *Et mater quidem intestatæ filiæ*, &c. in l. 2. C. de impub. & aliis substit. ibi: *Hæreditatem quidem defuncti intestati filii*, &c. in l. pater, §. vlt. ff. ad leg. Falc. in l qui duos, ff. de reb. dub. in l. sciant, C. de legit. in
D Lominem, C. ad Tertyl. & alibi.

Nam si pro intestatis accipere debemus etiam impuberes, & alios, qui testari non possunt, ex Vlpiani sententia, nihil proponi video, cur non etiam in Statutorum interpretatione eos pro intestatis accipere debeamus; aut certè non ex iure petenda est interpretatio Statutorum, sed aliunde, quod est absurdum.

At dicunt contrariæ sententiæ autores. Verba Statutorum propriè accipiēda sunt. Propriè autem intestatus non dicitur is, qui testari non potest. Sed quæro: an ita sint propriè verba Statutorum accipienda, vt claudatur cōis ex iure interpretatio, communis vsus, stylus, sententia: Si non; Ergo nihil obstat argumentum; quia, vt maximè repugnet verbi proprietas, adstipulatur tamen vsus siue interpretatio Iurisc. sic enim Vlp ait: *Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus.* Si dicatur omnē excludi interpretationē, & solam verbi proprietatem sequendā, respondebo, quis hoc dicit? Amplius (sed nouum forsan videbitur iis, qui iurant in brocardica dicta) nego regu-

lam

iam fine dictum, quod affertur; nempe, verba Statutorũ propriè accipienda eſſe.

Profertur l.3.§.hæc verba, ff. de neg geſt. l.1.§.ſi is qui nauem, ff. de exercit. actio. legantur textus, nullum verbum de ſtatutis, nulla coniectura, nullum argumentum Non verba hic adijciam. ſed videantur & animaduertere licebit, quam inanis ea ſit allegatio. Hoc fundamentum ſi corruat (apud veritatis autem amatores corruet) omnia corruunt, quæ ſuper eo ædificantur.

CAPVT LXXV.

Si teſtator filio hæredi inſtituto abſque liberis decedenti, aliquem ſubſtituat, & alienationem prohibebat bonorũ, antequam ad 25. annum perueniat, vtrum eidem uideatur poſt 25. ætatis annum alienationem, permittere in præiudicium ſubſtituti.

INſignis controuerſia eſt. Pater hæredem inſtituit filium, eique ſine liberis decedenti aliquem ſubſtituit ac omninò vetuit, ne ante 25 ætatis ſuæ annum alienaret bona hæreditatis; Vtrum filius poſt 25. annum alienare poſſit liberè, ita ut reuocari non poſſit alienatio, neque bona vindicari ab ipſo ſubſtituto.

Et quidem filium alienare poſſe liberè poſt 25. annũ & ſic ſubſtitutum excludere, reſponderunt Alexander in conſil. 55. num. 7. & 8 lib. 3. Iaſon in conſil. 173. lib. 2. Decius in conſ. 513. nu. 4. Ruinus in conſil 76 lib. 2. conſil 112. & 132. eodem lib. Pariſius in conſ. 25. n. 13. lib. 2. Socin. iun in conſil. 163. num. 33. lib. 2. & 188. nu. 12. & 13. eodem lib. Dominus meus Decianus, in conſil. 78. nu. 15. lib. 3. Menochius in conſ. 151. nu. 27. & conſil. 152. num 60. lib. 2. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 17 num. 21.

Contrariam ſententiam, nempe, alienare non poſſe in præiudicium ſubſtituti, ſecuti ſunt Paul. Caſtrenſ in conſil. 263. num. 3. lib. 3. Decius in conſ. 386. Pariſius in conſil. 31. num. 37. lib. 2. & 25. num. 30 lib. 3. Socinus iun. in conſil. 131. num. 12. lib 1. & 188. in fine, lib. 2. Alciatus in conſi 42. num. 12. lib. 9. & 136. nu. 3. eod lib. Ferdinand. Leaz. ad l. filiusfam § diui, num. 26. de leg. 1. Rnin. in conſil. 117. num 27. lib. 2. & 121. num. 9. lib. 3. Hieron. Gabriel. in conſ. 132 num. 6. D. Cephal. in conſ. 153. num. 42 Oſaſcus, deciſ. 85. nu. 13. Thobias Nonius, in conſil. 90. numer. 8. Alciat. in conſ. 495. num. 6. Hieron. Manfredus de Attentatis, lib 1. par. 6 num. 5.

Argumenta prioris ſententię hæc ſunt. Expreſſa hominis diſpoſitio facit ceſſare tacitam legis diſpoſitionem l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulg. Ergo expreſſa prohibitio teſtatoris hoc in caſu operatur, ut tacita legis prohibitio ceſſet, qua videlicet res reſtitutioni ſubiectæ alienari nõ poſſunt, ut in Auth. res quæ, C. commun. de leg Conſequenter nil proponitur, cur ceſſante tacita legis prohibitione, res alienari non poſſint ab hęrede poſt 25. annum.

Secundum argumentum; Teſtatoris diſpoſitio ita debet intelligi, ne ſit inanis, & ſuperuacanea, l. ſi quando, de legatis primo. Sed inanis eſſet, & ſuperuacanea teſtatoris prohibitio, niſi poſt 33. annum hæredi liceret liberè alienare res hæreditarias; igitur hęres alienare poterit.

Tertium; Specialis diſpoſitio derogat, vel ſaltem limitat generalem diſpoſitionem, l. cohęredi, § qui patrem, ff. de vulg. l. vxorem, § feliciſſimo, de leg 3. l quę ſiunt, §. vlt. ff. de fundo inſtr Sed legalis diſpoſitio, qua res alienari prohibentur, quę reſtitutioni ſunt ſubnixę, generalis eſt: illa verò prohibitio, ne ante 25 annum alienatio ab hęrede fiat, ſpecialis eſt; Ergo hęc generali derogat, eam que limitat, vt locum habeat tantum vſque ad 25. annum.

Quartum argumentum; Cùm pręcedens uel ſequens Clauſula ſuam habet claram determinationem; tunc Clauſula vel pręcedens, vel ſequens, non refertur ad illam, l. cum vulgari, ff. de dote pręleg. l. cohęredi, §. qui

A patrem, ff. de vulgar. ſed in propoſita ſpecie Clauſula ſequens, qua teſtator prohibuit alienationem ante 25 annum, ſuam habet ſeparatam determinationem, ergò illa generalis, quæ ex ſubſtitutione inducitur, non refertur ad hanc ſequentem, ne alienatio fieret ante vigeſimumquintum annum.

Quintum argumentum eſt; quia cùm prohibitio facta fuerit alienationis ante 25. annum, non extenditur vltrà dictum tempus; & conſequenter poſt illud tempus à contrario ſenſu videtur permiſſa alienatio, l ſi ita quis, ff. de vulg. l. epiſtola, §. vlt. ff. de pact. l. Imperator, ff. de poſtulando, l. in hoc iudicio, §. ſi conueniat, ff. commun. diuid. l. pater filium, § fundum, de leg 3. l. 4. ff. de ſeruitut. l. ſtatum liberum, § vltimo, de leg. 2. l ſi minor, ff. de verborum obligationibus, l. 1. & 2 C. de bis qui in axilium dantur, lib. 10. cap. præſentium, de clerico percuſſore.

Et hoc argumentum maximè procedit, cum teſtator ita diſpoſuit, vt hæres non poſſit alienare, niſi poſt 25 an

B num; quia dictio illa, *niſi*, importat, vt poſt illud tempus poſſit alienare, arg. l quibus diebus: § quidam Titio, in fine, ff. de cond. & demonſt.

Poſtremum argumentum eſt; quia in dubio ſumi debet illa interpretatio, qua hęres minùs grauatus ſit, l. vnũ ex familia, §, ſi rem, de leg. 2. Sed hac interpretatione admiſſa, minus cenſetur grauatus hæres, vt patet: quia poterit alienare poſt 25. annum; ergò hæc interpretatio recipienda eſt.

Poſterioris autem ſententiæ argumenta ſunt iſti. In hac facti ſpecie duplex eſt prohibitio; vna teſtatoris, & altera legis; quia res reſtitutioni ſubiectæ alienare non poſſunt. Auth. Res quæ, C. Comm. de legat. vel ſi alienentur, eueniente conditione, irrita eſt alienatio, & vindicari poſſunt, l. vlt. § ſin autem C. eodem tit. Ergò licet prohibitio teſtatoris ceſſet poſt 25. annum, non tamen ceſſat legis prohibitio.

Secundum argumentum. Non debet illa recipi in-

C terpretatio, quæ repugnantiam inducat: tunc enim non valeret diſpoſitio l. vbi repugnantia, de regu. iur. & quia non præſumitur quiſquam ſibi ipſi contradicere, l. nam ad ea. ff. de cond & demonſt. Sed ſi dixerimus, illam interpretationem valere, quæ dat hæredi poteſtatem alienandi poſt 25. annum, repugnantiam inducimus; quia hæc repugnant, quod res alienari poſſit, & quod reſtitutioni ſubiecta ſit. Ergo talis interpretatio adhibenda non eſt.

Tertium argumentum. Inducta ad vnum effectum, non debent contrarium operari. l. legata inutiliter, ff. de adim. legat. Sed prohibitio, ne ante vigeſimum quintum annum alienatio fiat, inducta eſt ad reſtringendum alienandi poteſtatem; ergo contrarium operari non debet, vt nimirum poſt vigeſimum quintum annum alienatio ſit permiſſa.

Quartum argumentum. Vbi ſunt duo impedimenta, tunc vno ceſſante, non tamen ceſſat alterum, §. affinita-

D tis, in Inſtit. de nupt. ſed hic ſunt duo impedimenta; Alterum teſtatoris, alterum verò Legis; Ergò, licet vnum ceſſet, puta teſtatoris, non tamen ceſſat alterum, nempe, Legis.

Ego in propoſita ſpecie animaduerto duplicem interpretationem adhiberi poſſe, quemadmodum ex duabus contrarijs ſententijs iam relatis colligitur; ſed omnem difficultatem in eo eſſe poſitam; vtra ex dictis interpretationibus obtinere magis debeat. Prima interpretatio eſt, hanc eſſe teſtatoris mentem, ac voluntatem, vt poſt 25. annum alienatio ſit hæredi permiſſa, & ſimul conſiſtat fideicommiſſum hoc modo: vt videlicet fideicommiſſo ſit locus, ſi alienatio facta non fuerit; & hanc interpretationem adhibent prioris ſententiæ autores. Altera eſt interpretatio, vt poſt 25. annum alienatio ſit hæredi permiſſa, & ſimul fideicommiſſum cõſiſtat hoc modo; nempe, vt alienationi ſit locus, eaque valeat, & effectum habeat, ſi non eueniat conditio fideicõmiſſi, quam

inter-

interpretationem adhibent posterioris sentẽtiæ autores. Igitur in hac re, in qua disputationis cardo vertitur, magis probabilem esse indico posteriorem interpretationẽ ac sententiam. Et fundamentum meum est: quoniam certum est testatoris hanc esse voluntatem, vt hærede defuncto absque liberis, substitutus succedat; consequẽter certum est, eiusdem testatoris hanc esse voluntatem, vt bona alienata vindicare possit: & eo casu aueniente, alienatio reuocetur iuxta claram legis constitutionẽ. Implicat enim repugnantiam quandam, quod hæres restituere grauatus sit, & simul alienare possit: ita, vt restitutioni locus esse intelligatur, si non fiat alienatio. Hæc est insolita, & nullo iure subnixa fideicommissaria ordinatio, regulis iuris maximè repugnans & contraria, quibus cauetur fideicommissi conditione eueniente, in irritum deduci omnem alienationem, bonaque vindicari posse, d. l. vlt. §. fin autem, C. Commun. de legat. Quomodo verò propter prohibitionem ad 25. annũ restrictam idem testator post illud tẽpus alienationẽ permittere voluerit, incertum planè, & obscurum est, Vtrũ liberè, an non; Vtrum ita, si non venerit conditio fideicommissi. Quare in hac obscuritate, æquum bonum est, eam coniecturam accipere, qua salua volũtate defuncti in eo, quod clarum & exploratum est, intelligatur data esse facultas alienandi eo in casu, quo id iure permissum erit. Quasi testator ante 25. annum modis omnibus alienationem vetuerit; & sic etiam conditione deficiente fideicommissi, illam irritauerit hæredis adolescentiæ prospiciens, vel alias ob causas ita volens; post 25 autem annum non vetuerit, sed permisisse intelligatur, prout à lege permissa est. Hanc esse censeo probabiliorem sententiam, quia iustius est, vt ex ijs, quæ clara sunt, declarentur obscura, quàm contrà ex obscuris & incertis clara & certa in discrimen vocentur.

Nec difficile est respondere ad argumenta prioris sententiæ Nam ad primum nego pronunciatum generale, quod profertur, verum esse. Nego illud colligi ex l cum ex filio, § 1. ff. de vulg. Verba textus hæc sunt: *Filio impuberi in singulas causas alium atque alium hæredem substituere possumus; veluti vt alius, si sibi nullus filius fuerit; & alius, si filius sit, et impubes mortuus fuerit, et hæres sit.*

Videas lector an ex his verbis colligi possit generale illud Pronunciatum; certè non mihi videtur; nullum enim verbum eo tendit. Cùm autem testator casus distinguit, & in singulos casus alium atque alium hæredẽ substituit, nihil mirum, si vnus casus alium non complectitur; quia in alio casu alius est substitutus, & ideo tunc vulgaris non continet pupillarem tacitè. Sed licebit ne generale hinc argumentum sumere, semper, & generaliter tacitam legis prohibitionem cessare, vbi adest expressa testatoris prohibitio, quæ non excludat tacitam? Certè non licebit apud eos, qui ex fontibus ipsis legum, non ex riuulis Brocardicorum Axiomatum, iudicare solent.

Ad secundum argumentum respondeo, negando minorem: neque enim prohibitio inanis erit, & superflua; primum, quia post vigesimũ quintum annum cessabit; deinde, quoniam alienatio permissa esse intelligetur, si videlicet conditio substitutionis non euenerit: & denique, quia sufficit tempus prohibitioni adiectum id significare, vt post illud prohibitio locum non habeat.

Quod attinet ad tertium, concedo Generi per speciem derogari; sed hoc intelligitur secundum formam, quæ continetur in specie, non autem vltrà ac præter eã; ac proinde, cùm specialis prohibitio sit, ne fiat alienatio ante vigesimum quintum annum, illa præualebit generali prohibitioni, quæ oritur ex fideicommisso: ita scilicet, vt etiam generali illa prohibitione cessante, puta ex morte substituti ante grauatum, vel ex conditionis defectu, non tamen specialis & expressa cesset prohibitio. Cæterum post vigesimum quintum annum non loquitur testatoris prohibitio; ideo locus est generali prohibitioni tacitæ, quæ tunc intrat, nec reperit obstaculum aliquod; silet enim prohibitio specialis. Et si dicatur permissam tunc esse alienationem à contrario sensu, respondetur, id colligi ex generali ac tacita quadam interpretatione, quæ locum haberet, nisi obicem inueniret ex fideicommisso, quo tacitè alienationis prohibitio continetur.

Ad quartum respondeo, non hoc ex sententia, quam approbamus, induci, vt sequens prohibitio ante vigesimum annum determinet generalem illam ac separatam prohibitionem, quæ oritur ex fideicommisso. Vna enim aliam non impedit prohibitionem. Itaque ante annum vigesimum quintum specialis prohibitio sibi locum vindicabit à testatore expressa. Post annum 25. locus erit tacitæ, quam lex introduxit, prohibitioni.

Ad quintum respondeo, argumentum à contrario sensu hoc efficere, vt post vigesimum quintum annum cesset prohibitio testatoris, ac proinde alienatio permissa esse censeatur; eo tamen modo, quo non derogetur testatoris dispositioni circa substitutionem; neque enim tacita illa interpretatio, quæ colligitur à contrario sensu, tollere potest expressam voluntatem testantis.

Nec verbum illud (*nisi*) quidquam plus operatur, quàm argumentum à contrario sensu: Videtur enim testator non prohibere, & consequenter permittere alienationem post 25. annum; si tamen hoc fiat saluo iure fideicommissi, & non illud destruatur.

Ad vltimum argumentum dico, in dubio quidem illam accipiendam esse interpretationem; sed tamen hic sumi non posse, quia voluntas testatoris est clara: & illa interpretatio præualere debet, quæ repugnantiam tollit, & illibatam seruat testatoris ordinationem.

CAPVT LXXVI.

Vtrum si ex Galli Aquilij consilio nepos hoc modo institutus: si filius meus me viuo morietur, tunc qui ex eo natus erit, hæres esto, censeatur filius ipse hæres institutus.

COmmunem amplector sententiam, cuius mihi fidem facit Franciscus Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum lib. 3 tit. 1. nu. 17. filium institutum non videri, cùm testator Galli Aquilij formulam secutus, ita loquitur: *Si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post mortẽ meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natàue erit, hæredes sunto.* Et idcirco testamentum nullum esse iure ciuili: cui sententiæ nouissimè accedit & Duarenus in Commentarijs ad Tit. qui testament. facere possunt: super explicatione §. in omnibus, l. Gallus, ff de lib. & postum. Vtor autem argumẽto, quod rem sanè clarissimam ac manifestam reddit ex textu d. l. Gallus, § in omnibus, vbi Scæuola: *In omnibus* (inquit) *his speciebus illud seruandum est, vt filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit hæres institutus. Nam frustrà exhæredabitur post mortem suam.*

Ex hoc loco sic argumentor. Si Galli Aquilij formula tacitam contineret filij institutionem, vel, vt alij arbitrantur, filius tacitè vocatus ad legitimam successionem intelligeretur, frustrà nos Scæuola admoneret, in omnibus speciebus illud seruandum esse, vt filius institueretur hæres ex aliqua parte. Quia verò non ignorabat testamentum nullius esse momenti, in quo filius præteritus est, l. 1 ff. de iniusto rupto & irrito testamen. idcirco monet filium instituendum; neque enim exhæredatio sufficeret, *Nam frustrà* (inquit) *exhæredabitur post mortem suam.* Cuius sententiæ illa est ratio, quia exhæredatio vim non habet, nisi adita hæreditate ab hærede, l. filium, §. sed cum exhæredatio, ff. de bonorum possess. contra tab. Hæreditas autem adiri non potest à nepote hærede, nisi post mortem filij ex ipsa verborũ formula. Ergò frustrà exhæredatio post mortem eius fieret. De-

claro:

A claro: Testator dicit: Filium meum exhæredo, & si is viuo me morietur, nepotem instituo. Hæc nepotis institutio locum non habet, nisi post mortem filij, vt patet: Ergò tunc adire nepos hæreditatem potest: Et tunc vires habere incipit exhæredatio. Sed frustrà, quia filius iam decessit. Huc accedat text. in l. si quis eum, §. vlt. ff. de vulg. vbi Pomponius. *Si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi hæredem instituat, si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum; quia secundum non valet, in quo filius præteritus sit.*

Iure autem Prætorio testamentum sustinetur, quo si filius præteritus viuo testatore decessit, si legitimi hæredes, qui ab intestato uocantur, instituti fuerint, ut in l. postumus, versic. idem & circa, ff. de iniusto rupto restamen. Quamobrem & in specie ista sustinebitur, sed Iure Ciuili aliter respondendum omninò mihi videtur, vt iam dixi.

Quę autem ab Alciato, & alijs pro contraria sententia adferuntur, nisi planè confutauero, tota causa, vt cadam, æquo animo feram.

Primum, adfertur text. in l. cum in testamento, 37. ff. de hæred. instit, Iulianus: *Cùm in testamento ita scribitur: Si filius meus me uiuo morietur, tunc nepos ex eo post mortē meam natus, hæres esto duo gradus hęredū sunt*, &c.

B Si duo sunt gradus hæredum, ergò in primo gradu filius institutus esse videtur, & nepos in secundo.

Respondeo, hunc Iuliani locum declarandum esse ex loco Scæuolæ, vt videlicet tunc duo hæredum gradus esse intelligantur, cùm filius a testatore hæres institutus fuerit. Non enim Iuliano propositum ibi est declarare, vtrum in formula illa filij institutio comprehendatur, sed supponit eam comprehendi: deinde docet, nullo casu vtrumque scilicet filium & nepotem ad hæreditatem admitti. *Ex quo (inquit) apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit, & filius patri hæres extiterit, non posse Titium una cum filio hæredem esse; quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur.*

Secundum argumentum est ex l. si quis ita hæres instituatur, ff. de hæred. instit. Scæuola: *Si quis ita hæres instituatur, si legitimus hæres uindicare nolit hæreditatem meam, puto deficere conditionem testamenti illo uindicante.* Quibus verbis Iurisconsultus præsupponit testamentum valere.

Respondeo, nos loqui de filio in potestate constituto qui nominatim instituendus est, nec præteriri potest, & dicitur esse suus hæres, ut in Instit. de hæredum qualit. & different. alia ratio est hæredis legitimi, qui differt a suo: & ideo ponitur ad differentiam sui hæredis, in tit. de suis & legitimis hæredibus. Quamuis & suus potest dici legitimus.

Tertium argumentum est, quia tunc videtur esse nullius momenti testamentum, in quo filius est præteritus, quando pater facit illi iniuriam præteritione: Sed hic nulla fit iniuria filio præterito, quia eo in casu est præteritus, quo viuente testatore mortuus est.

Respondeo iniuriam fieri; quia non instituitur hæres, vt institui debet in testamento: Et licet nepotis institutio ita locum habeat, ut filius moriatur viuo testatore, non tamen tollitur præcedens iniuria ex præteritione, Debuit enim pater illum instituere, & tùc nepotem sub ea conditione substituere.

Quartum argumentum est ex l. Etiam si ius annulorum, §. Libertus in patronum, ff. de bonis libertor. Vlpianus: *Si libertus patronum suum ita hæredem scripserit; si filius meus me viuo morietur, patronus hęres esto, non male uidetur testatus.*

Respondeo, non malè videri testatum, quia subdit textus: *Nam si decesserit filius, poterit hic existente conditione accipere bonorum possessionem.* Suprà autem exposuimus iure Prætorio testamentum reuiuiscere, & ex eo bonorum possessionem peti posse, si filius præteritus viuo testatore moriatur. At nostra quæstio est, quid Iure Ciuili dicendum sit; non autem quid Iure Prætorio.

Quintum argumentum est ex l. conficiuntur, ff de iure Codicillor. vbi qui succedit ab intestato dicitur succedere ex tacita voluntate defuncti. Respondeo, nihil obstare: quia argumentum procedit, & loquitur, vbi nullū est conditum testamentum.

Postremum argumentum est Alciati lib. 3. Paradoxor. cap. 6. quia videlicet, si dixerimus filium hoc in casu tacitè censeri vocatum ab intestato, cessabit argumentum, quod contra formulam Galli Aquilij adducebatur illud nimirum, quod fisco olim acquireretur hæreditas & caduca fieret institutio, hærede instituto ante testatorem moriente, & consequenter ad nepotem hæreditas pertinere non possit.

Respondeo, legem Papiam non habuisse locum in filijs vsque ad tertium gradum. Vnde etsi filius hæres institutus decessisset viuo adhuc patre, non ideo eius hęreditas caduca efficiebatur, ut habetur in Institutio. Vlpiani, tit. de Caducis tollend. & sequent. *Hodie* (inquit Vlpianus) *ex Constitutione Imperator Antonini omnia caduca fisco uindicantur, sed seruato iure antiquo liberis, & parentibus.* Apud Cuiacium in fragmentis Vlpiani, tit. 17 & idem habes ibi tit. sequen.

CAPVT LXXVII.

Vtrum institutio filiorum a testatore facta extendatur ad filios, quos se habere ignorabat; quia mortuos esse putabat.

Etsi multi, ijque grauissimi autores, crediderint, filiorum institutionem a testatore factam non esse extendendam ad eos filios, quos se habere testator ignorabat: vt videre licet ex Mantica de Coniectur. vltimar. voluntat lib. 3. tit. 2. & Menoch. de Præsumption. lib. 4. præsump. 16 nu. 19 & nu. 23. Eorum tamen sententiam, (ij nec pauci, nec obscuri nominis sunt) qui contra rium docuerunt, magis amplector. Hanc enim interpretationem ac sententiam suadet mihi rei æquitas, ac verisimilitudo. Quis enim non intelligit parentem omnes

C filios suos hæredes facere uoluisse, nec eum, quem viuere ignorabat, omissurum, si extare putasset, nisi iustam aliquam pręteritionis eius causam proponas? Aut quis æquum esse dixerit, inpedimentum illud, & casum ignorantię testatoris nocere debere, ac non potius per coniecturam paternæ pietatis emendandum? Ita Seuerus & Antoninus de matre rescripserunt, quę duobus filijs hęredibus institutis, tertio post testamentum susceptio in puerperio decesserat, nec testamentum mutare potuerat, *repentini casus iniquitatem per coniecturam materna pietatis emendandam esse*, & sic tertium quoque filium cum alijs institutum videri, ut in l. 3. C. de inoffic. testam.

D Scribit Alciatus lib. 3. de verb. sign. ita constitutū fuisse, propter iustam impedimenti causam, & quia nullum inde filijs damnum oritur, atque etiam odio querelæ. Quod si ita est (existimo enim maternę pietatis coniecturam omnibus alijs circumstantijs pręferendam) negari non poterit, quin etiam in hac specie, qua de agitur, iusta sit impedimenti causa propter iustam, ac probabilem ignorantiam testatoris, an filius viueret. Nullum quoque alijs filijs pręjudicium inde oritur; quia & huic filio portio hęreditatis debetur: & denique querelę odij ratio locum etiam habet in hac specie.

Adfertur pro contraria sententia in primis textus in l. si quis ita, §. si quis cum ignoraret, ff. de testam. tutel. Vlpianus: *Si quis cum ignoraret se Titium filium habere, filijs tutorem dederit, utrum iis solis dedisse videbitur, quos in potestate scit, an et quoque quem ignorauit se habere Et magis est, ut huic dedisse non uideatur licet nomen filiorum admittat & ipsum: sed quia de ipso non sensit, dicendum est cessare in persona eius dationem.*

Respon-

Respondeo, hæc esse dissimilia. Neque verò coniectura pietatis paternæ in specie Vlpiani eam vim habere potest, quam habet in causa hæreditatis, & successionis; cum ratio naturalis, votumque paternum filij hæreditatem adijciat, l. scripto, ff. vnde lib. l. cum ratio, ff. de bonis damnator. onus autem tutelæ filiorum a lege deferatur, nec semper a parentibus testamento inferatur.

Secundò adfertur generale quoddam pronunciatum Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, l. non omnis, ff. si cert. petatur. Sed hic testator non sensit de filio, quem viuere ignorabat, Ergo, &c. Respondeo, de eo quidem testatorem non sensisse, sed institutionem extendi ad casum omissum, nempè ad filium illum ex coniectura pietatis paternæ.

Tertiò adfertur aliud pronunciatum: Testatoris voluntas interpretanda est secundum eius intentionem, ac opinionem, non autem secundum rei veritatem, l. quo loco, §. 1. ff de hæred. instit. Ergò hic est habenda ratio opinionis testatoris circa mortem filij, non autem veritatis. Respondeo, omnem Definitionem in iure periculosam esse; ratum est enim, vt non ex circumstantijs subuerti possit, l. omnis Definitio, ff. de reg. iur. præsertim verò in his Brocardicis Pronunciatis; Quare assero pietatis, paternæ coniecturam præualere Brocardico Axiomati.

Quartò adfertur solidius argumentum; quia videlicet hæredis institutio non inducitur ex coniecturis. Nã hæredes palam instituendi sunt, l. hæredes palam, ff. de testam. l. iubemus, C. eod. tit.

Respondeo, hic non induci institutionem ex coniecturis, sed institutionem, quæ facta est, extendi ad alium filium ex coniectura pietatis paternæ, quod nouum non est, ut in d. l. 3. C. de inoff. testam.

CAPVT LXXVIII.

Si testator coniunctim instituat hæredes, filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine successorio instituti, hoc est, vt post mortem filij censeatur nepos institutus, an verò simul.

TRactant hanc quæstionem inter Doctores controuersam omnes, qui Commentaria scripserũt in l. Gallus, §. quidã rectè, ff de lib. & & postum. & post eos Couuar. ad cap. Rainucius, § 2. de testamen. Mantica de Coniectur. vlt. volunt. lib. 4. ti. 8. Menochius de præsum. li. 4. præsum 70. & communior sententia esse videtur, ordine successorio institutos videri, & sic filium in primo gradu, & nepotem in secundo. Fundamentum est in eo positum, quia vt hæc interpretatio locum habeat, postulare videntur hæc tria, Ordo Legis: Ordo charitatis, & Ordo necessitatis. Ordo quidem Legis; quia lex vocat primò filium, deinde nepotem ad successionem; Ordo charitatis; quia Pater plus diligit filium quàm nepotem, ideoque censetur prius hæreditatem filio deferre, tum nepoti. Ordo necessitatis denique, quia lex mandat filium hæredem institui prius, quàm nepotem, & ut testamentum valeat, illud est consilium Galli Aquilij, vt pater filium instituat, & si eo viuente moriatur, instituat nepotem, iuxta d. l. Gallus, ff. de lib. & postum. quo casu certum est, filium, in primo gradu, nepotem in secundo institutum censeri, l. cum in testamento ff de hæred. instit. Atque hic inculcari solent generalia quædam Pronunciata, nempe, Aliquando dictionem coniunctiuam in disiunctiuam resolui; Item testatorem in dubio se conformare huic legum dispositioni. Item, qui actum aliquem facit, si aliqua extat necessaria causa, ea adductus magis præsumitur, quàm causa merè voluntaria, & id genus alia, quæ nec solida sunt, nec perpetuò sibi locum vindicant: & ut ingenuè fatear, nullis etiam legibus probantur, nisi aliqua voluntatis coniectura sub-

A sit, quæ vel ex verbis colligatur, vel ex ipsis facti, & personarum, ac totius rei gestæ circumstantijs eluceat; qualis in proposita specie nulla est prorsus.

Mihi sanè diligenter tum in iuris regulas; tum in omnem argumentorum & coniecturarum vim intuenti, probabilior contraria sententia uidetur, quam non pauci, nec obscuræ autoritatis secuti sunt Iurisconsulti.

Illud autem argumẽtum me potissimum mouet, quoniam vbi verba testatoris sunt clara, & in eis nulla est ambiguitas, non est habenda voluntatis quæstio, l. ille aut ille, § cum in uerbis, ff. de leg. 3. Nec aliter a verborum significatione recedendum, quàm si appareat contraria, testantis uoluntas, l. non aliter, ff. eod. tit.

Sed hic verba sunt clarissima, & nulla in eis est ambiguitas, quin significent testatorem velle, ut tam filius, quàm nepos in eodem gradu succedant: ergo non est habenda voluntatis quæstio.

Assumptio hæc probatur; quoniam testator eos instituit hæredes in eodem gradu coniunctim, ut proponitur, quo casu quilibet institutus esse intelligitur in portione sua, l. vltima, C. de Impub. & alijs substitut. & nemo inficiari potest, quin ea sit verborum natura, & significatio.

B Dices, ergò semper verbis inhærendum, nunquam sectanda testatoris voluntas? Respondeo, immo sequendam, eamque primum locum sibi vindicare, ac planè dominari; sed vnde illam hic habes? Ex ordine legis: At hic Ordo nihil mouet, quia res est clara; In obscuro quidem testatoris verba interpretamur secundum legis dispositionem: sed hic res est clara ex verbis, quid facere testator debuerit, lex nobis indicat, quid autem ordinauerit, ac seruari mandauerit, verba testamenti demonstrant, quibus est parendum.

Ordo, inquis, charitatis. Sed non seruauit hunc ordinem testator, qui potuisset eum, si noluisse, obseruare, filium prius instituendo, deinde nepotem, quod non fecit.

C Ordo necessitatis. Vbi est Ordo hic necessitatis? Potuisset quidem testator consilio vti Galli Aquilij, & eius formula in instituendo filio, & nepote, sed quid eum, vt eo vteretur, compellere poterat? An quia prodidit illam formulam Aquilius, idcirco testatores eam sequi tenentur (consilium nemo, & cautelam, sic vocant, sequi tenetur, si nolit) aut si non eam formulam adhibuerit, adhibuisse nihilominus videbitur? Nouam rem audio, Gallus formulam Inuenit, quam si testatores adhibeant, testamentum non rumpitur, Doctores volunt ea etiam non adhibita non rumpi. Cur ita? Quia videtur adhibita, licet non sit adhibita. Frustrà ergo adhibebitur, quia tacitè inest. At hæc nimis sunt aliena, & iuri dissona.

Quid ad generalia pronunciata? nihil ferè; quia nec responsum merentur. Non probantur enim legibus, non sunt perpetua, non habent locum in claris; quia in eis

D coniecturis locus non est.

Quid, obsecro te, commune cum hac quæstione habet textus qui adfertur ad Pronunciatum stabiliendum in l. in ijs, §. sed & si fortè, ff. de solution. Audi eius verba: *Sed si fortè usuræ non sunt debitæ, & quis simpliciter soluerit, quas omnino non erat stipulatus; Imperator Antoninus cum Diuo patre suo rescripsit, vt in partem cedant, quod generaliter constitutum est prius in vsuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas vsuras videtur pertinere, quas debitor exoluere cogitur, &c.*

CA-

CAPVT LXXIX.

Vtrum reciproca substitutio pupillaris facta esse censeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus est substitutus in tota hæreditate, matre existente in medio.

TEstator ita dixit; Titium, Caium & Seium filios meos hæredes instituo, & vltimo eorum in pupillari ætate decedenti Sempronium substituo in tota hæreditate. Quæritur, si mater superfit; quia secundum Constitutionem Iustiniani succedit filio vnà cum fratribus defuncti, vt in Authen. defuncto, C. ad Tertyl. vtrum inter filios impuberes facta videatur reciproca substitutio pupillaris; ita, vt in consequentiam matre exclusa, solus substitutus totam obtineat hæreditatẽ. Controuersia est hac de re inter veteres, ac recentiores Interpretes. Nam veteres existimauerunt reciprocam substitutionem non videri factam inter filios impuberes: Recentiores autem videri, vt testatur Alciatus in Commentarijs ad l. vel singulis, ff. de vulg. & pupil. & nouissimè Iacobus Menoch de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 61. num. 3. & 4.

Fundamentum veterum illud est; quoniam directa substitutio non debet ex coniecturis induci, argumento l. iubemus, C. de Testam. licet fideicommissaria hoc in casu inducatur, vt in l. Titia Seio, § Seia libertis, ff de leg 2. Ex coniecturis antem induceretur in hac specie, quia testator in tota hæreditate substituit vltimo morienti, & consequenter filios inuicem substituit, vt sic tota hæreditas ad eum, qui vltimus moreretur, perueniret: Neque enim aliter peruenire potest, quàm si substitutus esse intelligatur.

Fundamentum verò recentiorum interpretum in eo ponitur, quod si testator vult in tota hæreditate succedere eum, quem vltimo morienti substituit, necessario etiã velle intelligitur, vt inter filios facta esse intelligatur reciproca substitutio; quia per eam vnus alteri præmorienti succedet, & sic ad nouissimum tota perueniet hæreditas, cui demum substitutus succedet.

Ad argumentum antiquorum respondent negando directam substitutionem ex coniecturis non induci; immò verò inducitur, vt patet ex l. iam hoc iure, ff. de vulgari.

Ego sanè non dubito, quin ex coniectura voluntatis directa pupillaris substitutio inducatur, quoniam video eam tacitè in vulgari expressa cõtineri, vt in d. l. iam hoc iure, ibi: *Vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrumque casum substituisse intelligatur*, &c. Ex quibus verbis patet, ex tacito quodam intellectu pupillarem induci. Nec me mouet textus in l iubemus, C. de Testam. quoniam de hæredis institutione loquitur, non de substitutione. Sed ut verum fatear, quo minus recentiorum sententiæ subscribam, facit matris in medio existentis fauor; Si enim tacita pupillaris, quæ alioqui in expressa vulgari locum habet, matre existente nõ habet locum, ne illa excludatur a luctuosa filij hæreditate, vt explicaui suprà hoc eodem libro cap. 40. Cur hoc in casu locum habere valeat, non satis video. Nec enim mihi placere potest, quod Alciatus dicebat in d. l. vel singulis, matrem hoc in casu videri grauatam, vt cum nouissimus morietur, restituat. Qui enim grauata illa videri potest, quæ à testatore vocata non est? l. ab eo, C. de fideicommiss.

Quod si veterum recipiatur interpretatio, in quam ipse sum procliuior, sic statuendum erit; testatorem nouissimè decedenti substituentem inter ipsos liberos ius legitimarum hæreditatum conseruare voluisse, vt Iurisconsultus respondit in d. l vel singulis, ff. de vulg. ac perinde voluisse, vt si tota hæreditas ad filium qui nouissimè decederet, perueniret, illa pertineret & ad substitutum. Tota verò hæreditas ad vltimò decedentem tunc A pertineret, cum mater prius (quod sanè patet futurum probabiliter credidit) moreretur. Ex quo perspicuum fit, non esse firmum recentiorum interpretum fundamẽtum, quoniam aliter quàm per reciprocam substitutionem inter filios tacitè intellectam hæreditas tota ad eũ, qui vltimus moritur, peruenire potest.

CAPVT LXXX.

De eadem reciproca substitutione non directa, sed fideicommissaria, an inter plures hæredes præsumatur, quoties eorum vltimo morienti substitutus datus est in hæreditate.

CVm in tota hæreditate sit substitutio fideicommissaria ex hæredibus, qui nouissimus morietur, inter omnes conuenit reciprocam inter ipsos hæredes substitutionem factam censeri, vt sic ad illum, qui postremus B moritur, tota perueniat hęreditas, eaque substituto restituatur. Cæterum, si non fuerit facta substitutio *in tota hæreditate*, sed simpliciter ac indefinitè *in hęreditate*, vtrum idem statuendum sit, non est eadem omniũ sententia, sunt enim qui affirmant, sunt qui negant, nec desunt, qui sibi ipsis parum constantes modò affirmauerint, modò negauerint. In eorum numero Alciatus mihi videtur esse, is enim in Commentarijs l. vel singulis, ff. de vulg. & pupilla. negat idem statuendum esse, sed contrarium respondit in cons. 567. nu. 9. nec non etiam Socinus iunior, quoniam in cons. 176. nu. 2. lib. 2 & alibi, affirmat, sed in Commentarijs ad l. hæredes mei, § cum ita, nu. 17. ff ad Trebell. negat.

Videre etiam licet aliquos dubitantes aliquid in hoc articulo affirmare, veluti Ripa facit in Commentarijs d. § cum ita, nu. 18. & alios affirmantis sententiæ autores citari, qui tamen potius neganti adstipulantur, vt Alex. in cons. 91. lib. 1. Denique alios animaduerti hac de re C nihil dicere, qui tamen citantur, vt Ofascus decis. 110. nu. 10. & Glos. in l. Lucius, de leg. 1.

Scriptis itaque Doctorum ex fontibus ipsis, non ex relatu aliorum inspectis, autores inuenio affirmantis sententiæ Curtium iuniorem, ad l. penult. C. de impub. & alijs substitut. & in consil 43. num. 2. 3. Viglium in § vel singulis, in Institu. de pupill substitut Didacum Couuar. ad cap. Rainucius, § 8. nu. 3. de Testam. D. meũ Cephal. in consil. 166. num 26. lib 2. D. meum Decian. in consil. 3. num. 70. lib. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 62. num. 2.

Contrariæ autem sententiæ Ruin. in consil 126. nu. 7. & 134. nu. 2 lib. 3. Socin iun. in d. l. hæredes mei, § cum ita, nu 17. ff. ad Trebell. & Socin. senior, in consil. 69. circa finem, lib. 3. Manticam de coniect vlt. volunt. lib 7. tit. 5. num. 10 versic. Sed tamen contrariam, vbi tamen num. 12. versic. Fatendum, vna cum Socino iuniore ab hac sententia discedendum putat, cum verbis conijci D potest, testatorem sensisse de tota hæreditate, veluti si dixerit, vltimus qui decesserit sine liberis, restituat hęreditatem meam Titio, nam pars vltimi decedenns non rectè dicitur hæreditas testatoris, sed pars hæreditatis testatoris.

Fundamentum prioris sententiæ positum est primò in generali quadam regula; Indefinita æquipollet vniuersali, l. si pluribus, de legat. 2. si plures, de leg. 3. cum itaque vltimo morienti substitutio sit facta in hæreditate, est perinde, ac si facta esset in tota hæreditate, quo casu omnes conueniunt, reciprocam substitutionem intelligendam esse inter hæredes institutos.

Secundò in l Titia Seio, § Seia libertis, de leg 2. Paulus: *Seia libertis suis fundum legauit, fideique eorum ita commisit. Fides autem vestræ, Verè et Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque qui ex vobis vltimus decesserit, cum morietur, restituat Symphoro liberto, & successori meo, & Berillo & Sapido, quos infrà manumisi, qui ve*

ex

ex ijs tunc superuenient. Quaero cùm et in prima parte testamenti, qua fundum prælegauit, eos substituerit, in secunda autem adiecerit verbum, qui vltimus decesserit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse, vnum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret: Alterum, vt nouissimus ijs restitueret, quos nominatim postea enumerauit.

Hic Iurisconsultus docet reciprocam substitutionem intelligendam esse inter vocatos, ex eo, quòd vltimo morienti dati sunt substituti in fundo simpliciter, ac indefinitè; Ergò idem & in proposita quæstione nostra respondendum videtur.

Tertiò, quoniam ut dicebat Couua. quorsum substitutio fieret ultimo morienti in fundo, & hæreditate, si in eius tantum parte testator voluisset substitutum admitti? Vnde verò similius est, etiam in aliorum hæredum, aut legatariorum partibus factam videri reciprocam substitutionem, & eam fideicommissariam, ut tota hæreditas ad nouissimum pertinere, & ab eo ad substitutum.

Fundamentum posterioris sententiæ illud est; quia cum testator substituerit vltimo morienti in hæreditate, hæc uerba commodissimè accipi possunt de parte hæreditatis ipsius vltimi morientis, arg. l. si Titius ex parte, de leg. 3. Caius: *Si Titius ex parte heres rogatus sit Meuio hæreditatem restituere*, &c. Hæc uerba sine dubio ibi accipiuntur pro parte hæreditatis ipsius Titij, nõ autem pro tota hæreditate.

Quod verò dicebatur, indefinitam orationem æquipollere vniuersali, præterquam quod non semper verum est (Brocardicum quippe est) ideo non obstare respondent; quia intelligi potest illa oratio vniuersaliter, quantum ad partem totam vltimi defuncti, cui datus est substitutus.

Quod attinet ad l. Titia Seio, § Seia liberis, de leg. 2. respondent ibi de fundo agi, quem testator alienari prohibuit, ac deinde restitui ab ultimo moriente mandauit. Quamobrem necesse est intelligere totum fundum restituendum esse, sicut de toto fundo prohibitio alienationis intelligitur. Quare non rectè ex re particulari inferri potest ad hæreditatem.

Ego aliter in proposita specie respondendũ puto: Sic enim statuo non videri reciprocam substitutionem factam inter hæredes institutos, sed hanc fuisse mentem testatoris, vt si hæreditas tota perueniret ad eum, qui vltimus moreretur, eam substituto restitueret. Peruenire autem poterat ex legitima successione, & hoc est, quod dicit Iurisconsultus, in l. vel singulis, ff. de vulg. cum vltimo morienti substituitur, testatorem voluisse iura legitimarum successionum inter filios integrum conseruari. Si verò tota hæreditas ad eum, qui nouissimus moreretur, non perueniret, tunc suam portionem hæreditatis restitueret, quia nihil proponitur, cur hæreditatis appellatio ad vnum ex hæredibus relata, non de portione eius tantum intelligenda sit.

Et pro huius sententiæ confirmatione vnum perpendo, quod mihi omnem difficultatem uidetur auferre, nimirum, quod habetur in d. l. si Titius ex parte, de leg. 3. *Diuus Antoninus consultus rescripsit, non debere restituere, quia appellatione hæreditatis neque legata, neque fideicommissa continentur.*

In ea specie alter ex hæredibus rogatus erat suam partem cohæredi Titio restituere: Titius autem Mæuio rogatus erat cohæreditatem restituere. Quæsitũ est, an Titius Mæuio restituere deberet non solum partem suam hæreditatis, verùm etiam partem cohæredis, quam ex fideicommisso consecutus erat, & respondetur, non debere restituere; quia Titius rogatus erat hæreditatem Mæuio restituere; ut in principio legis. Appellatione autem hæreditatis fideicommissa non continentur.

Ex hoc loco sic argumentor ad rem nostram. Testator vltimo morienti mandauit, vt hæreditatem restitueret substituto. Ergo non intelligitur mandasse, vt partẽ

A hæreditatis cohæredis sui (etiam si reciproca esset inter eos fideicommissaria substitutio facta) restitueret; quia hæreditatis appellatione fideicommissum non continetur: Si sic est, ergò frustrà fingimus, atque imaginamur inter hæredes à testatore factam esse reciprocam substitutionem ad hunc effectum, vt ex fideicõmisso tota hæreditas perueniat ad nouissimum, & ab eo ad substitutum. Frustrà, inquam, id conamur asserere, quoniam etsi facta esset reciproca substitutio, appellatione tamen hæreditatis restituendæ fideicommissum non continetur, quod ad vltimò morientem ex reciproca illa substitutione perueniet.

Dices, si hęc vera sunt, etiam ab omnibus receptam sententiam falsam esse, qua dicitur reciprocam intelligi factam, cum vltimò morienti facta est substitutio in tota hæreditate; quia semper illa ratio viget. Appellatione hæreditatis fideicommissa non contineri. Respondeo, aliud esse in oratione vniuersali constitutum; tunc enim appellatione hæreditatis etiam fideicommissa continentur, l. cum virum, C. de fideicommiss. ibi: *Etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est, vbi hęres rogatus fuerit,*
B *quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit post mortem restituere.*

CAPVT LXXIX.

Alia Controuersia de reciproca substitutione, an præsumatur facta, cum pluribus hæredibus institutis, post mortem omnium, testator aliquem substituit.

Sed rursus controuertitur, testator pluribus institutis hæredibus, post mortem omnium, aliquem substituit, vtrum videatur ipsos hæredes inuicem substituisse? Communior est sententia, non videri, vt patet ex notatis per Gabrielum, lib. 4. Comm. Concl. tit. de Substi-
C tutionib. Concl. 1 nu. 1. Manticam de Coniectur. vltimar. volunt. lib. 7. tit. 5. nu. 6. Menochium de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 62. numer. 30. Couuar. ad cap. Raynucius, §. 8. num. 4 de Testam.

Sed contrarium docuit Castrens. in l. Titia Seio, § Seia libertis, de legat. 2. & in cons 404. Duo videnda, lib. 1. & 271. Quamquam multa, lib. 2. Curtius iun. in consil. 11. nu. 5. vers. Secundo principaliter, & alij, à Gabriel. Menoch. & Mantica citati locis annotatis.

Fundamentum communis sententiæ positum est in aliquibus legibus, quæ iudicio meo id non dicunt, ad quæ allegantur, in l. pater filium, §. vlt. ff. ad l. Falcid. l. qui duos, ff. de vulg. in l. Lucius, § Caio, ff. ad Trebell. leguntur, nihil probant.

Sed verissima tamen mihi videtur ipsa cõior sententia, ea ratione, qua vsus est Alba, in cons. 31. fideicommissum censeri onus, l. si arrogator, ff. de adopt. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. et proinde non esse præsumendũ,
D nisi verba id contineant, vel necessaria, aut valde vrgens coniectura id suadeat, l. Titia §. Caius, l. Lucius Titius, §. pen. de leg. 2. Cum ergò nec verba testatoris in proposita specie reciprocam contineant fideicommissariam substitutionem, nec coniectura talis subsit, meritò dicendum est, reciprocam substitutionem præsumendam non esse.

Coniecturam talem non subesse patet ex eo, quòd cum substitutio sit post mortem omniũ, existimare possumus factam hoc modo, vt singuli hæredes videantur portionem suam grauati post mortem restituere, substituto, & pluralitas resoluatur in singularitates, iuxta l. falsa, §. vlt. ff de cond. & demonst. l. 2. ff. de cond. instit. ad finem.

Nec difficile est ad argumenta respondere, quib. contraria sententia nititur. Primum argum. est ex l. Codicillis, de vsufr. legat. vbi post mortem plurium domus fuit relicta Reipub. & tamen fideicommissum ei non debetur, donec aliquis supersit, ibi: *Respondi quoad aliquis eorum uiuat fideicommissum Republica non deberi*, quod arguм. est, inter ipsos reciprocum esse fideicommissum.

Respon-

Respondeo, in ea specie ita constitutum fuisse, quia testator ita ordinauit, *vt qui ab his decesserit* (sunt verba textus in d. l. codicillis) *portio eius reliquis accrescat ita vt ad nouissimum pertineat*, &c. A

Et licet illa verba testatoris ad fundum referantur, tamen rectè etiam domui adaptentur, de qua statim testator mentionem fecit, dicens: *Hoc amplius libertis libertabusq; meis habitationes in domo, quamdiu viuant: &c. Quam domum post mortem eorum ad Rempublicam pertinere volo* Ex quo apparet, similiter hoc testatorem voluisse, vt si vnus decederet, portio eius in domo alijs accresceret.

Secundum argumentum est, cum sit substitutio post mortem plurium, est perinde, ac si vltimo morienti fieret, vt probatur in l. qui duos, ff. de vulg. Sed cum fit vltimo morienti, intelligitur reciproca substitutio, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. Ergo etiam intelligitur reciproca substitutio, cum fit post mortem plurium.

Respondeo, negari posse maiorem propositionē; quoniam illa lex id non dicit, & non de fideicommissaria B substitutione, sed de directa loquitur; Hoc tantum vult ibi Iurisconsultus substitutum pupillariter ea conditione: *Si ambo filij impuberes mortui essent*, si pueri diuersis temporibus vita decedant, non obtinere amplius, quam sex vncias; quia videlicet vltimo defunctus ab intestato successit priori, qui defunctus erat; nec substitutus admitti poterat, nisi post mortem omnium, quia testator inter eos voluit seruare ius legitimarum successionum.

Sed nec minor illa propositio satis probatur ex dicto §. Seia libertis. Neque enim loquitur in hæreditate, sed in re particulari, nempe, in fundo, quem alienari testator prohibuerat, & post nouissimi mortem voluerat substitutus restitui. Non poterat autem a nouissimo restitui totus, nisi is partem præmorientis accepisset. Alia ratio est in hæreditate, in qua rectè sumi potest interpretatio, vt singulis hæredibus testator, quoad eorum portiones, substituere intelligatur, eosque rogare, vt substituto restituant, post mortem, quod exequi omnes possunt; licet C aliorum præmortuorum portiones minimè consequantur.

Tertium argumentum est, quia cum fideicommissa inducantur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de leg. 2. hæc videatur esse legitima coniectura, vt quandoquidem non voluit testator, vt hæreditatem substitutus haberet prius, quam omnes morerentur hæredes, idcirco voluisse credatur, reciprocam inter ipsos hæredes substitutionem inducere: vt sic hæreditas ab vno hærede ad alium perueniat, & demum eis defunctis ad substitutum.

Respondeo, sumi quidem posse eam interpretationē, eamque coniecturam non omnino alienam esse: sed tamen, quia rectè etiam alia sumi potest interpretatio, verbis ipsis & naturæ rei consona, hanc potius certam, & perspicuam sequendam esse, quam obscuram & incertam. Est autem illa interpretatio verbis & ordinationi defuncti patrisfamilias consentanea, vt voluerit in pro- D posito casu substitutum succedere post mortem omniū quemadmodum expressit, citrà onus reciprocæ substitutionis inter grauatos, quia id non expressit. Quamobrem altero decedente ad eius portionem vocabitur substitutus, etiam non expectata aliorum morte, argum. l. Lucius §. Caio, ff. ad Trebellian. Qua in re notandus est lapsus Iacobi Mandelli in consil. 31. numero septimo, existimantis hoc in casu substitutum non succedere, nisi post mortem omnium; atque interea portiones decedentium in pendenti esse, & ad succedentes ab intestato transire, ut demum omnibus defunctis substituto restituantur. Nō est ita. Nam cum reciproca substitutio non intelligatur esse facta inter grauatos vno mortuo, statim in eius portione substitutus succedet; ut in d. l. Lucius, §. Caio, & declarat optimè Couua. dicto c. Raynucius, §. 8. nu. 4. de Testamen.

CAPVT LXXXII.

Quid si in ea specie, de qua disseruimus in præcedenti capite, persona subsit magis dilecta, & quæ ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat?

AMplius & illud controuertitur: si persona subsit, quæ ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat, vt pote, magis dilecta: nunquid tunc inter uocatos hæredes reciproca substitutio præsumatur, & consequenter is, q post mortē omnium substitutus est tunc demum succedat, cum omnes hæredes fuerint defuncti & quoad aliquis eorum superest, excludatur, altero hærede alteri inuicem succedente ex quadam tacita reciproca substitutione? Affirmant multi, & multi negāt substitutionem reciprocam intelligi inter hæredes ipsos grauatos, sed in eo conueniunt omnes, substitutum non nisi post mortem omnium succedere posse, ut videre licet ex Couuar. ad cap. Raynucius, §. 8. numer. quarto. de Testamen. Alba, in dicto consil. 31. & 32. & alijs quam plurimis a Menochio citatis, lib. 4. de præsumpt. in 62. præsump. num. 35.

Qui reciprocæ substitutioni fauent, adducuntur in hanc sententiam, ex eo, quod habetur in l. pen. C. de impuber. & alijs substitut. in l. cum auus. ff. de condi. & demonstr. in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. in l. si is qui ducenta, §. Item si pater, ff. de reb. dub.

Qui vero aduersantur huic sententiæ, tria potissimum mihi videntur adferre. Primum, si habenda esset ratio personæ magis dilectæ, raro accidere posse, ut communioris & uerioris sententiæ ratio habeatur, quam in præcedenti capite asseruimus, nempe, cum post mortem omnium siue plurium hæredum substitutus uocatur, non censeri factam inter grauatos reciprocam substitutionem. Nam uix vnquam accidere potest quin hæredum personæ, qui primo loco sunt instituti cariores existant testatori, quin etiam plerumque sint maiori necessitudinis vinculo coniuncti, aut filij, aut nepotes, aut cognati. Secundo dicunt semper militare argumentum illud, quo supra usi sumus, nempè substitutionem tanquā fideicommissum, & per consequens onus continentem inducendam non esse, nisi expressum sit a testatore, aut coniecturis legitimis deprehensum.

Tertiò allegant, & hoc unum me in eorum sententiam impellit, leges, quæ pro contraria sententia adferuntur ad reciprocam substitutionem probandam nequaquam pertinere, sed hoc tantum demonstrare, substitutum non nisi post mortem omnium succedere posse. Hoc, inquam, me potissimum mouet, ut posteriori huic sententiæ calculum adijciam meum: Animaduerti enim contrariam illam sententiam originem traxisse ex traditis a Bartolo ad l. hæredes mei, §. cum ita, in prima colum. ff. ad Trebell. qui leges supra dictas ad hoc tantum attulit, ut ostenderet substitutum non admitti, nisi post mortem omnium grauatorum hæredum, non autem ad eum finem, vt reciprocam illam substitutionem imaginariam introduceret.

Quod sanè ita est: Nam audi uerba l. penul. C. de impub. & alijs substit. *Nos eiusdem Sabini ueriorem sententiam existimātes, non aliter substitutionē admittendam esse censemus, nisi vterque eorum in prima ætate decesserit.* Nullum hic verbum de reciproca substitutione.

Ecce textum in d. l. si is qui ducenta, § item si pater, ff. de reb. dub *Sed procliuius est sententiam testatoris sic esse interpretādā, siue filius, siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur* Hic nullum uerbum ad rem nostram.

Porro cōiectura, quæ in fauorem nepotum magis dilectorū substituto a Papiniano perpensa est, in l. cū auus. ff. de condi. & demonstrat. cuius meminit Imperat. in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. non eò pertinet,

vt videatur ipſos nepotes teſtator parentibus ſubſtituiſſe, ſed ita demum ſubſtitutum voluiſſe admittere, ſi filij vel nepotes abſque liberis morerentur. Nam ſi morerentur liberis relictis, *fideicommiſſi conditionem feciſſe, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur.* Quare res cum reciproca ſuſtitutione, quam Doctores venati ſunt, nil profectò commune habet.

CAPVT LXXXIII.

Si teſtator ſecundum hanc formulam ſubſtituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, ſit ne in electione ſubſtituti, ſuccedere ex quacunque uelit ſubſtitutione.

Silet controuerſia & contentio Doctorum in l. Centurio, ff. de vulga & alijs in locis, quos refert copioſè Menochius de præſumptio. libro quarto, præſumpt. 63. vtrum electionem habeat ſuſtitutus ſucceden di, ex qua velit ſubſtitutione, cum ea formula vſus eſt teſtator. Vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum. Sileat, inquam hæc diſputatio, quoniam apertis legibus definita eſt ac deciſa. Concurrere non poſſunt eodem tẽ pore vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, quia aut hæreditas eſt adita, aut non; ſi adita eſt, vulgaris expirat, l. poſt aditam C. de impuber. Si adita non eſt, pupillaris locum habere non poteſt; quoniam illa locum habet, cum hæres adiuit, & in pupillari ætate deceſſit. Quod ſi patris hæreditas adita non fuerit, & ſic hæres non adiuit, pupillare teſtamentum (id eſt pupillaris ſubſtitutio) euaneſcit, l. ſecunda, §. adeo, ff. de vulgar. Quamobrem tractari non poteſt, vtrum ſubſtituto competat electio ſuccedendi ex vulgari, an verò ex pupillari. Electio enim competit quo tres plura ſunt remedia, non ſi vnum duntaxat ſit refugium.

Concurrunt autem commodè vulgaris & fideicommiſſaria. Item pupillaris & fideicommiſſaria, & in his aperto iure vtimur, ac proinde quid ſtatuendum ſit, iure in dubium vocari non poteſt: ſi vulgaris & fideicommiſſaria ſubſtitutio concurrant, electionem ſubſtituto dari, autor eſt Vlpianus, in l. recuſare, §. Titius, ff ad Trebell. his verbis: *Titius heres inſtitutus. Sempronio ſubſtituto* (vulgariter) *rogatus eſt ipſi Sempronio hæreditatem reſtituere.* Vides hic fideicommiſſariam ſubſtitutionem) *quæritur, an cogendus ſit adire, & reſtituere hereditatem?* (eſt ac ſi quæramr, vtrum ſubſtituto competat electio ex fideicommiſſo ſuccedendi) *& deliberari poteſt, ſed uerius eſſe cogendum eum: quia intereſſe Sempronii poteſt ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione habere hæreditatem, uel legatis, vel libertatibus oneratam ſubſtitutione.*

Idem probat text. in l. vlt C de codicill. quod ſi pupillaris & fideicommiſſaria ſimul concurrant, manifeſtum eſt, electionem ſubſtituto non dari; neque enim ſubſtitutus eligere poteſt hanc viam, vt in bonis patris ſuccedat per fideicommiſſum, & non in bonis filij per pupillarem ſubſtitutionem, Vlpianus in l. ſed ſi plures, §. filio impuberi, ff. de vulg *Filio impuberi*, inquit, *heredi ex aſſe inſtituto, ſubſtitutus quis eſt: extitit patri filius heret: an poſſit ſubſtitutus ſeparare hereditates, vt filij habeat, patris non habeat. Non poteſt, ſed aut utriuſque debet hereditatem habere, aut neutrius, iuncta enim hereditas capit eſſe.*

Certè, ſi electio detur ſubſtituto, poterit patris tantum hæreditatem petere ex fideicomiſſo, eo enim facultates filij non continentur, l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulgat. Sed non poteſt, vt Vlpianus docet, ergo nec electio talis ei competit.

A

CAPVT LXXXIV.

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris.

Sileat iam quæſo inter eos, qui æqui & boni notitiam profitentur, omnis contentioſa diſputatio. Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur lo cum patris: ſic enim ratiocinemur. Hic agitur de teſtatoris voluntate, qui fideicommiſſum ordinauit, interpretanda; Vtrum videlicet ea fuerit voluntas, ut filius loco patris defuncti ſuccederet. Ergo eam interpretari debemus iuxta legum præſcripta, legis autem ſententia hæc eſt. Modeſtinus in l. cum ita, § in fideicommiſſo, de leg. 2 *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint; niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.*

B

Primo gradu autem (eſt idem quod proximus, immò litera communis habet proximo) is dicitur, quem nemo antecedit, l. proximus, 92. § de verbor. ſign. nec intereſt vnus ſolus ſit, an ex duobus prior pluribuſve, an duo plu reſvè ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint. l. 2. § legitima, ff. de ſuis & legit. hæred. Ergò is, quem nemo antecedit, tanquam proximior vocatus intelligitur, ſiue vnus, ſiue plures ſint.

Ergò filius in locũ patris admittitur, quia is *defuncto* patre, in locum eius ſuccedit, & nemo illum *antecedit*, quia locum patris tenet, cum agitur de *ſucceſſione* aui, vel patrui, & ſimilium. §. cum filius, in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferunt §. reliquum, in Auth. eod. titu. & in Auth. Vt fratrum filij, in principio.

C

Et quoniam iſta repræſentatio patris, ac in locum eius ſucceſſio, collata eſt filijs ſolum, cum agitur de aui vel patrui hæreditate, vt in locis allegatis expreſſum eſt, ſequitur, vt ſi de aliorum hæreditate, ac ſucceſſione agatur aliter exiſtimandum ſit, nempe, filium in locum patris non ſuccedere in fideicommiſſis, ſicut nec in cæteris inteſtati hæreditate. Obſtrepant hic, quantum velint, qui vel de defuncti affectione diuinant, vel mille Doctorum nomina comminiſcuntur: ego paucis his ex fontibus mihi puram iuſtitiam haurio, qui non eſt contentus, legat Manticam de coniect. vltim. volunt. lib. 8 tit. & Menochium de præſumpt. lib. 4 præſumpt 95. nu. 14.

CAPVT LXXXV.

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus a teſtatore proximiores uocantur, intelligantur uocati proximiores ipſius teſtatoris, an uerò grauati?

D

Saepe accidit, vt teſtatores hæredibus inſtitutis, ac ſubſtitutis mandent bona ſua in familia conſeruari & proximioribus deferri. Quamobrem in controuerſiam venire ſolet; vtrum proximiores defuncti teſtatoris vocati eſſe cenſeantur, an verò proximiores grauati, qui uidelicet poſt mortem fideicommiſſum reſtituere tenentur. Et quoniam relatis quidem copioſè autoritatibus, rationibus autem leuiter perpenſis tractatur hæc controuerſia a Mantica de coniectur. vltim. volunt. libro octauo, tit. decimo, & ab Anton. Teſſauro, deciſ. Pedemont. 65. conabor ipſe argumentorum in vtramque partem vim, ac momenta diſcutere: & ex his ſententiam meam pro viribus ſtabilire.

Qui grauati hæredis proximitatem ſpectandam eſſe cenſuerunt, adducti in eam ſententiam fuere his potiſſimum argumentis. Primum eſt ex l. cum ita, §. in fideicommiſſo de leg. 2. Modeſtinus: *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt,* qui

quis nominati sunt; aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt nisi specialiter defuncti ad vlteriores voluntatem suam extenderit.

Ex sententia igitur Modestini, ad fideicōmissum Primò admittuntur nominati. Secundò loco proximiores (scilicet nominatis) & ex his, qui in primo gradu sunt.

Sed non hic est sensus verborũ Modestini; hoc enim vult, vt primò admittantur nominati, secundò illi, qui ex familia defuncti fuerunt, cùm testator moreretur, & ij non omnes, sed duntaxat ij, qui primo gradu procreati sunt. Si igitur qui erant proximiores ex familia testatoris, cum is moreretur, secundo loco admittuntur: sequitur dicendum non esse rationem habendam proximitatis grauati, sed proximitatis testatoris: & sic proximiores intelligi vocatos, scilicet testatoris proximiores, non autem grauati.

Secundum argumentum est; Testatoris voluntas sic interpretari debet, vt iuri sit conformis ut notatur in l. hęredes mei, § cum ita, ff. ad Trebel. Sed ius ita disponit, vt aliquo moriente, is, qui proximior eius est, succedat, l. 2. § legitima, ff. de suis & legitim hæred. Ergo & volũtas testatoris sic interpretari debet, vt vocatus esse censeatur proximior eius, qui grauatus est.

Responderi potest non esse bonam consequentiam; quoniam potius concludi debet sic interpretandam esse voluntatem testatoris, vt succedat ex fideicommisso is, qui proximior est ipsi testatori, nō autem grauato; neque enim per fideicommissum testator successores constituit grauato, sed sibi. Et quod dicitur, hæreditatem alicui quæsitam, eo mortuo, deferri eius proximiori, ad rem non pertinet, quia in specie nostra hæreditas absolute quęsita nō est grauato, sed cum onere eam restituẽdi proximiori ex fideicommisso testatoris, ac proinde restituere debet proximiori ipsius testatoris.

Tertium argumentum est ex cap. 1. de natura success. feudi. vbi ita cōstitutum est, vt si feudum paternũ, quod deuoluitur ad descendentes masculos, iuxta cap. 1. de success. feudi, per diuisionem vni ex fratribus obuenerit, donec superest aliquis ex linea ipsius fratris, pertineat ad superstitem ex ea linea, licet alij extent ex linea alterius fratris proximiores primo acquirenti.

Sed nihil ad rem facit, quia ibi de feudo agitur, quòd absolute, & absque onere restitutionis deuenit ex diuisione ad vnum ex fratribus; nos autem loquimur de re, quæ ad grauatum peruenit non absolutè, sed cum onere restituendi, vt dictum est.

Quartum argumentum. Hæres vocatus, grauatusque in fideicommisso prædilectus est à testatore alijs, qui vocati non fuere, vt patet. Igitur & eius descendentes censentur etiam prædilecti, argum. l. cum auus; ff. de condi. & demon. & l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.

Sed responderi potest, ex dictis legibus non rectè sumi propositionem illam generalem, quia loquuntur in casu illo speciali, ne videatur testator suæ soboli alienam anteponere, & nihil inde concludi; quia hic testator expressit, ad quos voluerit bona peruenire post mortẽ vocatorum, nempe, ad proximiores, quod intelligendũ est, scilicet ipsius defuncti testatoris.

Quintum argumentũ ex eo deducitur, quod plerunque accidit, vt post grauati mortem extent proximiores defuncto testatori, qui tempore mortis eius non extabant; ac proinde tanquam nec nati, nec concepti tempore mortis non succederent, iuxta l. lege duodecim tabularum, C. de legit. hæred. quamobrem nec à testatore videri potest habita eorum ratio fuisse: nullam enim erga eos affectionem habuit, ideo potius respexisse videtur ad successionem sanguinis, vt sic grauato decedente succederet proximior eius, qui ad successionem ab intestato vocatur.

Sed respōderi potest, hęc esse dissimilia: Nam verum quidem est non natos, nec conceptos tempore mortis intestati defuncti ad successionem non admitti; sed ratio

A est. quia tunc alij extant, qui ad successionem vocantur, ac succedunt. Sed hic tempore mortis grauati, quo tempore ex fideicōmisso delata est successio proximioribus, extant proximiores vocati à testatore, & nullus alius eos antecedit, ergo admitti debent. Etsi enim affectionem particularem erga hunc vel illum testator non habuerit, in genere tamen habuisse videtur ex generali fideicommisso in familia relicto. Itaque ad proximitatem suam respexit, non autem hæredis grauati.

Postremum argumentum sumitur ex l. Codicillis, ff. de vsufructu leg. sed quoniam friuolum prorsus est, cùm illa lex ad rem istam nō pertineat, vt declarat Menoch. in consil. 124 num. 51. lib. 2. ideo nec confutatione indigere videtur.

Quod igitur proximitas defuncti in proposita quæstione spectãda sit, longe probabilius mihi videtur. Probatur primò hæc sententia ex d. l. cum ita, §. in fideicommisso, de leg. 2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gra-* B *du procreati sunt*, atque idem ferè probant, licet non tam clarè, l. peto, § fratre, ff. eodem titu. & l. vlt. C. de verb. signific.

Respondet Roland à Valle, in consil. 100 nume. 23. lib. 1. ex hoc non inferri testatoris proximitatem esse spectandam; quia ille textus sibi cōtradiceret, si hoc vellet, cum immediate velit proximitatem vltimi decedentis admissi ad fideicommissum esse inspiciendam: debet igitur (inquit Rolãdus) textus intelligi, quod tempus mortis in eo inspiciatur, vt ij soli vocentur, qui tempore mortis erant in familia; sed inter eos dicendum est, quod admittendi veniant, qui erant proximiores nominatis. Hactenus ille.

Sed non rectè; quia quod supponit, non probatur, nempe textum velle, proximitatem vltimi decedẽtis admissi ad fideicommissum esse spectandam. Vbi quæso textus hoc dicit? Nullibi sanè, nisi textum inducam, vt C supra in primo argumento contrarię opinionis responsum est, sed iam ibi ostensum est; non rectè id fieri.

Secundò hæc sententia probatur; quia in fideicommissis succeditur defuncto testatori, non tamen hęredi grauato. Ergo inspicienda est proximitas ipsius, non autem grauati. Antecedens probatur ex l. cohęredi. § cum filiæ, ff. de vulg. Consequens autem patet quia si nō succeditur in bonis grauati, cur deberet haberi ratio proximitatis eius? Ratio enim proximitatis habetur respectu eius, de cuius successione agitur, l. 28. proxima, ff. de suis & legitimis hæredibus, & satis certum & indubitatum est.

Respondet Socinus iunior, in consil. 126. nu. 49 lib. 1. negando veram esse propositionem illam: In fideicommissis succeditur testatori, aut iure probari. Nam textus, qui adfertur in l. cohæredi, § cum filiæ, ff de vulg. nihil aliud dicit, nisi proprias filij facultates fideicommisso nō teneri. Veram autem non esse patet; Nam cum bona D defuncti testatoris ad grauatum deuenerint, fideicommissarius dicitur illi succedere in dictis bonis ex dispositione scilicet testatoris.

Secundò respondet; Id quod dicitur fideicommissarium testatori succedere, intelligendum esse mediante persona grauati (vtor eius verbis) de cuius manu accipit, & cui immediate dicitur succedere, nec inconueniri sic dicere, cùm hæres hęredis testatoris, & primi morienti sit hæres, l. vlt. C. de hæred. instituend.

Replicari potest, immo veram esse propositioné, quæ in argumēto assumitur; nempe fideicommissarium testatori succedere. Si enim propriæ grauati facultates fideicōmisso non tenentur, vt in d. l. cohæredi, §. cum filię, sequitur non succedere fideicommissarium ipsi grauato, sed potius testatori; si enim grauato succederet, in eius bonis succederet. Sed probatur eadẽ sententia, quoniã fideicōmissarius bona ex manu grauati cōsequitur ex fideicōmisso testatoris, igitur ex ipso testatore illa cōsequi videt, arg. l. vnũ ex familia, §. 1. de leg. vbi Papin. ait; electũ

ab eo, cuius fidei testator id commisit, censeri electum ab ipso testatore. Sed quid opus est emendicatis hac in re suffragijs? nonne Trebelliano Senatusconsulto cautum est, vt ei & in eum, qui hæreditatem recipit ex fideicommisso, vtiles actiones competant, quasi hæredi & in hæredem, l. prima, ff. ad Trebellian. §. restituta, in Instit. de fideicommiss. hæreditat. Ergo fideicommissarius est loco hæredis defuncti testatoris, & sic cum succedat testatori, actiones ei, & in eum dantur, quæ aliàs hæredi & in hæredem darentur, & quæ defuncto & in defunctum competunt. Quis hic negare audeat eum testatori succedere? aut quis affirmare non erubescat eum succedere grauato, quoniam ex eius manu accipit bona? Verius dixeris succedere post grauatum tanquam substitutum ipsi testatori.

Quod autem subdit fideicommissarium testatori succedere mediante persona grauati; vt verum sit, quid sanè ad rem facit? *De cuius manu* (inquit Socin. iun.) *accipit, & cui immediatè dicitur succedere.* Hoc postremum nego, de eius quidem accipit manu hæreditatem, sed non ei dicitur succedere, verum testatori, qui eum vocauit: *Nec inconueniens*, inquit, *sic dicere: cum hæres hæredis testatoris ac primi morientis sit hæres* Imò non conuenit sic dicere; quia verum nō est, & non est hæres hæredis fideicommissarius, id est, hæres ipsius grauati Hæres grauatus restituit quidem ex fideicōmisso bona, sed ea restitutio non facit eum, cui restituuntur, hæredem eius, qui restituit, sed quoad vtiles actiones testatoris defuncti; ipsius autem restituentis, nec quoad vtiles, nec quoad directas, respectu bonorum testatoris defuncti.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum in pupillari substitutione, frater vtrinque coniunctus, præferatur fratri consanguineo.

TEstator duos filios habens ex prima vxore, & duos ex secunda, eos hæredes instituit, ac inuicē substituit, vulgariter, pupillariter, & per fideicōmissum, vt fieri plerumque solet in Italia. Vnus eorum moritur, quæstio est, qui ex substitutione ei succedat, solusnè frater eius vtrinque coniunctus, an verò omnes æqualiter, etiam consanguinei vnà cum fratre vtrinque coniuncto succedant? Et siquidem ex substitutione vulgari succedatur, inter omnes conuenit, omnes fratres æqualiter succedere, tam vtrimque coniunctum, quam cæteros ex vno latere tantum coniunctos. Cæterum, si ex pupillari succedatur, non est eadem omnium sententia: Etenim solum fratrem vtrinque coniunctum succedere, ac reliquis præferendum Bartol. sensit, ad l. re coniuncti, nume. 62. de lega. 3. Bald in consil. 424. lib 5. Socin. sen ad l. si cognatis, nu. 38. versic quarta conclusio, ff de reb dub Ruin. in consi. 50 nu. 8. & 107. nu. 6. lib. 2. Curt. iun. in consi. 125. nu. 3.

Sed contrariam sententiam habuerunt Aretinus, Ripa, & Alciatus, ad l. Lucius, circa finem, ff. de vulg. idem Alciatus ad l cohæredi, §. qui discretas, nu. 5. ff. eod. nt. & alij, quos cōmemorat Menoch. in consi. 198. n. 3. 4. lib. 2. & de præsumpt. lib. 4. præsumpt 75. nu. 12.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia frater vtrinque coniunctus est potior in successione intestati fratris, ac præfertur consanguineo, vt in Auth. Itaque, C. commun. de success. Est ergo iustum & æquum, vt & in substitutione ista præferatur; quia testatoris voluntas ac dispositio interpretari debet, vt sit iuri consentanea, l. hæredes mei, § cum ita, ff. ad Trebell. & notatur in l. cum ita, §. in fideicommisso, ff de leg 2. & hic agitur de succedendo ipsi pupillo defuncto, vt patet.

Posterioris autem sententiæ illud est fundamentum, quod in pupillari substitutione non sit habēda ratio personæ pupilli, sed affectionis ac voluntatis testatoris. Nam si ratio pupilli hac in re habenda esset, pupillaris substitutio, matrem non excluderet pupilli, quam tamen exclu-

A dit, ut supra conclusimus hoc eod. lib. cap 42. Et ratio est quæ colligitur ex l. Papinianus, §. sed neque impuberi, ff. de inof. test quia scilicet pater est, qui testamentū fecit.

Sed mihi hãc sententiam magis probat id, quod habetur in l. qui liberis, § hæc verba, ff. de vulg in illis verbis: *Partes quoque eędem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamilias habuerunt hęreditate*. Si enim substitutio interpretanda est ex institutione, vt substituti easdem partes habeant ex substitutione, quas habuerunt ex institutione, manifestum est omnes fratres æqualiter ex substitutione admittendos esse, quemadmodum æqualiter fuerunt instituti; quod sanè argumentum vir doctissimus non perpendit Iacobus Menochius loco supra citato.

Excipio tamen ab hac sententia illam speciem, in qua testator tam filios ex prima vxore separatim instituit, ac substituit, quam etiam filios ex secunda vxore; tūc enim vno decedente ex eis, alter ei coniunctus succedet, vt in dicta l cohæredi, § qui discretas, ff de vulga. vbi præclarè

B Papinianus: *Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit, ac post omnē institutionis ordinem ita scripsit: Quos hęredes meos inuicem substituo Coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur*, &c.

Quod attinet ad argumentum contrariæ opinionis, illud haberet locum, si de intestati pupilli successione ageretur; sed cum agatur de pupillo, cui testamento patris datus est substitutus, iam non ex regula intestatæ successionis, sed ex voluntate ac sententia patrisfamilias interpretatio sumi debet.

Non obstat, quod dicitur patrisfamilias sententiam ac voluntatem ita esse interpretandam, vt legi sit *consentanea*. Nam id locum sibi vindicare potest, *vbi* testatoris verba sunt obscura & ambigua; Sed cum in proposita specie nullo discrimine adhibito omnes filios æquæ substituerit, nulla est dubitatio, quin eos æqualiter succedere voluerit, qui erant omnes æqualiter filij, æqualiter coniuncti testatori, & æqualiter ab eo ab institutione

C honorati.

CAPVT LXXXVII.

Quid si retenta præcedenti facti specie agatur de fideicommissaria substitutione.

DVo sunt potissimum argumenta, ex quibus euincitur idē & in fideicōmissaria substitutione respondendū esse, quod supra in præcedenti capite de pupillari responsū est; nempe, substitutione facta inter filios tā ex primo, quā ex secundo matrimonio, & altero corū absque liberis defuncto ad successionē admittendos oēs fratres ęqualiter, tā vtrinque coniunctū, quā ex vno latere tantum. Primum argumētum est ex l. vlt. ff ad Trebell. Paulus: *Iulius Phœbus testamento facto cum tres liberos hæredes instituerct, Phœbum & Heracliam ex*

D *eadem matre, Polycratem ex alia ęquis portionibus, petijt à Polycrate minore fratre, vt accepto certo precio hęreditatem fratribus concederet, & inuicem eos, qui ex eadem matre erant, si quis eorum heres non fuisset, substitueret*, (hæc erat vulgaris, quæ nil ad rē.) *Polycrati, si intra pubertatem decessisset secūdas etiam tabulas fecit, quas matri eius commendauit aperiendas; si impubes obijsset*. (Nec ista pupillaad rem pertinet.) *Deinde petijt à prioribus* (hæc ad rem) *vt si quis eorum sine liberis decederet, portionem suam exceptis bonis maternis eorum, & auitis, ei, vel eis, qui superessent restitueret. Heraclia soror mortua sine liberis fratrem suum Phœbum instituit hæredē Polycrates fideicommissum petierat & obtinuerat apud Aureliū Proculum Proconsulem Achaia. Appellatione facta cum solus Phœbus egisset, victus est, quia ei, vel eis verba vtrumque fratrem complecterentur*, &c.

Igitur & in proposita specie idem respondendum videtur, quoniam cum testator inuicem filios tam primi,

quam

quam secũdi matrimonij per fideicommissum substituit omnes filios, & sic tam fratrem defuncti vtrinque coniunctum, quam ex vno latere tantum comprehendit: sicut ergo apud Paulum ea interpretatio non admittitur vt frater vtrinque conionctus præferatur, ita nec admitti debet in hac nostra specie: quanquam non diffiteor aliam fuisse a Paulo circumstantiam perpensam voluntatis testatoris, ex eo, quod exceperat bona eorum materna, vt ibi dicitur.

Alterum est argumentum, quoniam per fideicommissariam substitutionem succeditur testatori, vt superius ostensum est, capitulo 85. Ergo non est alia habenda ratio, quam proximitatis testatoris; Omnes autem filios constat testatori æqualiter esse coniunctos, quamobrem nil refert, an defuncto filio alter frater altero sit coniunctior.

Huc accedit regula, quam in præcedenti Capite commemorauimus ex l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. & idem probat l. 1. C. de institutionibus, & substitu. & aliæ similes, nempe, substitutionem ex institutione interpretandam esse ac metiendam Quare cum omnes filij fuerint æqualiter instituti, videntur etiam æqualiter substituti. Atque ita docet Ruinus in consil. 107. nume. 6. lib. 2. Decius in consil. 304. num. 2. Alciatus ad l cohæredi, §. qui discretas, num. 5. ff. de vulg. & ad l. Lucius, nu. 48. eod. tit. Crauetta in cons 43. nu. 1.

Contraria vero sententia, quam secuti sunt Socinus senior ad l. si cognatis, numero 40 ff. de rebus dub. Ruin. in consilio 166. numero quinto, lib. 2. Curtius iunior in consil. 125. numero 4. 5. & 6. & si qui sunt alij, illo satis infirmo nititur argumento, quod in fideicommissis spectãda sit proximitas grauati, non autem testatoris; & ea inspecta, tunc successionem deferendam eo ordine, qui a lege constitutus est, ut sic testatoris dispositio ex eo videatur interpretationem accipere. Sed cum hoc fundamentum corruat ex his, quæ supra latè disseruimus, capitul. 85. vt omnis, qua hæc sententia substinetur, machina simul ruat, necesse est.

CAPVT LXXXVIII.

In fideicommisso conditionali, vtrum nati post conditionis euentum admittantur, ut concurrant cum ijs, qui euenientis conditionis tempore extabat, & admissi fuerunt.

VT vocati per fideicommissum conditionale, tempore euenientis conditionis extent necesse esse, inter omnes constat ex l. cum patet, §. hæreditatem, de leg. 2. l. interuenit, ff. de legat. præstand. & ex alijs locis: & hæc est celebris illa sententia Ioannis Andreæ in aditione ad Specular. tit. de Testament. quam ab omnibus probari respondit Alciatus in consilio 594. num. 1. Tiraquell. de retractu consang § 1. Glos. 9. num. 97. Curt. iun. in consil. 58. num. 5 & alij passim.

Ceterum, quandoque accidit, ut voluntas testatoris in familia ordinantis fideicommissum, ac inter descendentes posteros & agnatos, etiam quandocunque natos & existentes admittat; quod cum certum est, neminem puto iure dubitaturum, quin superior illa regula & conclusio deficiat; quoniam in conditionibus primum locum sibi vindicat voluntas testatoris, l. conditionibus, ff. de cond. & demonstrationibus, ac sanè, hac in re nulla ferè controuersia est. Illud maximè dubium mihi & controuersum videtur: In ea specie, in qua constat etiam nascituros post conditionis euentum, ex voluntate testatoris admittendos esse, utrum admitti debeant, si tempore conditionis euenientis alij extabant, qui tanquam proximiores admissi fuerint, ac fideicommissum vindicauerint, ad eum effectũ, vt postea nati, si priores gradu extitẽ, auferre possint bona, fideicommisso subiecta ijs, qui ea iam vindicassent ex fideicommisso; aut si in pari gradu sint, cum eis concurrant, & participare debeant fideicommissum.

Est, inquam, hac de re controuersia non ignobilis, siquidem contraria extant responsa magni nominis Iurisconsultorum Hyppoliti Riminald. in cons. 564. lib. 4 & Iacobi Menochij in cons. 413. lib. 5.

Et quanquam de ea consultatione, cuius veritas ex alijs circumstantijs pendet, mihi animus non est aliquid statuere, præsertim cum in Ciuitate Placentina sub Iudice sit adhuc indecisa, tamẽ, ut in hoc articulo, quem proposui, iudicium interponam meum, quando vltimarum voluntatum controuersias tractandas suscepi, faciendũ esse iudicaui.

Quod igitur postea nati admittendi sint, ut concurrant cum iam natis & admissis, ut supra, respondit Paulus Castrens. in consi. 247. In causa quæ vertitur Sauonæ li. 1. vbi inter cætera sic ait: *Nam testator nõ censetur plus sensisse de illis, qui reperirentur nati tempore alienationis, quam post, cum ad omnes parem habuerit affectionem. Præterea, si aliqui fuissent nati, fateor, quod ipsi soli fuissent admissi ad reuocandum, sed alijs postea nascentibus tenerentur participare cum illis, nam si legarem eis, et aliqui essent nati tempore testamenti vel mortis, aliqui nascerentur post, quis dubitat, quod omnes participare deberẽt, si constaret, q. de nascituris sensit? l. si duobus, §. si & seq de leg. 1. &c.*

Castrensem secuti sunt Ruin. in consil. 22. lib. 2. Natta in cons. 675. nu. 6. Rolan. a Valle in cons. 70. nu. 47. lib. 3. alios citat Hyppol. Riminal. in d. cons. 564 lib. 4.

Contrarium autem responderunt Alciat. in d. consil. 594. num. 6. Alexander in cons. 13. lib. 4. Castrens. in consil. 16 lib. sed clarius his Alba, in consil. 106. & Petrus Antonius Angusciola, li. 6. cons. 67. & post hos Menochius d. cons. 413. lib. 5.

Posteriores sententiæ argumenta sunt ista: Primum, Dominium rerum in pendenti esse nõ potest, l. si ex duobus §. Sed & Marcellus, ff. de in diem addict. l. vlti. in fine, ff. communia præd. Sed si postea nati admitterentur, dominium staret in pendenti: quia priores, qui tempore existentis cond̃onis aderant, illud non haberent firmiter & certo, sed ex futuro euẽtu, si uidelicet alij nõ nascerentur, id penderet: ergo postea nati admittendi nõ sunt.

Secundum argumentum est, quia si postea nati admitterentur, auferrent partem, vel totum illis, qui iam admissi fuissent, & rursus, si alij nascerentur, aliam partẽ auferrent; & sic semper incerta esset portio admissorum & sæpius fieret variatio in eodem negotio, quæ omnia videntur absurda.

Tertium, in conditionibus habetur ratio primæ existentiæ, non autem eius, quod postea superuenit, l si quis hæredem, C. de instit. & substit. Ergò, si tempore euenientis seu existentis conditionis aliqui uocati existunt, eorum est habenda ratio, nec mutari res debet ex eo, quod postea alij nascuntur, & sic in pari uel priori gradu.

Quartum argumentum. Cum hic agatur de substitutione, quæ iam effectum habuit in persona natorum & admissorum, qui successerunt, ea dicitur esse iam prorsus extincta & sublata, argum. l. si mater, §. 1. ff de vulga. & l. cum in testamento, ff. de hære. instit. Consequenter alij postea nati, qui eiusdem substitutionis uigore petũt se admitti, minimè admittendi sunt.

Quintum argumentum est ex l. cum ita, § in fideicommisso, de leg. 2. vbi ad fideicommissum primo admittuntur, qui erant tẽpore testamenti, & post eos, qui tpe mortis erant; ergo sic in proposita specie, prius admitti debẽt illi, qui nati erant tpe euenientis conditionis: & post eos extinctos illi, q postea nati sunt. Quod si inter natos tpe euenientis cõd̃onis admittitur is solũ, qui proximior est, ut ibi dr, multo magis debet natus præferri nõ nato.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam probabiliorem esse iudico & amplector: & quanquã scio multa adferri argumenta, & inter alia adferri textum in l. Peto, §. Fratre, de lega. nihil tamen illa me mouent. Nam text. in §. fratre, admittit quidem proximum, qui

exiſtit tempore conditionis, ſi paratus ſit cauere ſe familiæ reſtituturum, ſed hoc intelligi poſt eius mortem poteſt, vel poſt alienationem, quia proximus iam eſt admiſſus, & conſequenter alij de familia ſequuntur, non autem præcedunt vel concurrunt, quare, & textus dicit: *Nec tamen ideo ſequentem cauſa propter ſuperiores in poſterum lædi debet, ſed ita proximus quiſque admittendus eſt, ſi paratus ſit cauere*, &c. Quamobrem, locus ille ad quæſtionem noſtram non pertinet.

Argumentum igitur, quod me mouet, eſt Pauli Caſtrenſis in d. conſi. 247. lib. 1. quod tamen ego clarius deducam in hunc modum: Si teſtator legatum uel fideicommiſſum relinquat tam nato, quàm poſtumo naſcituro poſt eius mortem, ſine dubio poſtumus quandocunque natus, partem ſuam habebit, & concurret cum eo, qui iam natus & admiſſus fuit, l. ſi duobus, §. vlt. & l. ſequenti, ff de leg. 1. Sed in propoſita ſpecie ita eſt in facto, quia fideicommiſſum relinquitur omnibus de familia, B ſecundum gradus prærogatiuam & ordinem, tam natis quàm naſcituris: ergo naſcituri quandocunque partem ſuam habebunt, & concurrent cum ijs, qui iam admiſſi fuerunt, aut totum habebunt, ſi proximiores erunt ipſi poſtea nati: ſicut enim partem vindicant, ſi ſint in pari gradu, ita & totum uindicabunt, ſi fuerint in priori gradu.

Et ideo illud potiſſimum perpendi debet in hac ſpecie, vtrum ſcilicet teſtator uoluerit eum, qui natus non ſit tempore euenientis conditionis, puta alienationis uel mortis, admitti. Nam ſi voluerit admitti, nil nocere ei poteſt, quod alter, qui erat tempore mortis, uel alienationis, admiſſus fuerit, quia ille totum habebit, ſi alij non fuerint poſtea nati, ut d. l. ſi duobus, § vlt. ſin autem nati fuerint, partem duntaxat habere debebit, aut etiam penitus excludi, ſi poſtea natus erit proximior. Ratio eſt, quia hæc duo ſe inuicem conſequuntur, ut ſi teſtator proximiores vocauerit ad fideicommiſſum tam natos, & C exiſtentes tempore conditionis, quàm poſtea naſcituros, & extituros; iſtud etiam voluiſſe intelligatur, vt poſtea nati concurrant cum iam natis & exiſtentibus. Et hoc eſt, quòd dicebat Paulus Caſtrenſ. in verbis, quæ ſupra nos retulimus. Cui ſanè argumento reſponſum a nemine vidi ex his, qui contrariam ſententiam amplexi fuere.

Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam quod attinet ad primum, reſpondeo, in hac materia fideicommiſſorum nouum non eſſe, ut dominia aliquo modo ſint in pendenti, ad hunc videlicet modũ, vt uni reuocabiliter dominium rei acquiratur. Id eſt, vt reuocari poſſit, & ab alio poſt diem vel conditionem reuocari, l pen §. ſin autem ſub conditione, C. commun. de leg. Et in hoc ipſo, de quo agitur articulo, nonne conſtat poſtumo relinqui poſſe legatum, & hæreditatẽ, l. placet, ff. de lib. & poſtum. Ergo antequam naſcatur, nonne in ſuſpenſo erit in hoc ſenſu dominium rei relictæ?

D Ad ſecundum reſpõdeo, abſurdum non eſſe, vt natus det ſuam portionem poſtumo, cum natus erit, ut probatur in d. l. ſi duob. §. vlt. & l. ſeq. de leg. 1.

Ad tertium reſpondeo, regulariter id verũ eſſe, quod in argumento aſſumitur, & nos etiam vltrò id fatemur, poſtea natos excludi, quia tempus euenientis conditionis inſpicitur, ſed ſupponimus ita uoluiſſe teſtatorem, vt & futurorum, & quandocunque natorum, etiam poſt conditionem ratio haberetur.

Ad quartum reſpondemus, ſubſtitutionem effectum ſuum & conſumationem habuiſſe, quo ad exiſtentes, & natos tempore conditionis pro parte ex portione eorum, non autem pro futurorum portione, aut ad eorum excluſionem, ac præiudicium: Eorum enim cauſa lædi non debet, propter natos tempore conditionis; alioqui, ſi locus eſſet argumento, illud concluderet, prorſus excludendos eſſe naſcituros etiam poſt extinctos iam natos: quod tamen eſt abſurdum.

Ad quintum reſpõdeo, præferendos quidem eſſe eos, A qui ſoli extant tempore teſtamenti, vel etiam tempore euenientis conditionis ſecundum iuris Regulas; ſed nõ vbi teſtator parem eorum rationem habuit, atque exiſtentium tempore conditionis; tunc enim etiam poſtea nati ſuam obtinere debent portionem, & ſi proximo in gradu ſint, totam ſibi ex fideicommiſſo vindicare ſucceſſionem. Ita cenſeo in hac difficili controuerſia, nec meæ me pœnitet ſententiæ.

CAPVT LXXXIX.

Ventre inſtituto herede, an is filius, qui ex ea natus eſt vxore, quæ erat tempore teſtamenti, inſtitutus eſſe intelligatur; an verò, qui ex alia etiam uxore natus erit?

B TEſtator ventrem vxoris ſuæ inſtituit; quæritur vtrum inſtitutus eſſe intelligatur filius, qui ex ea vxore, quam tunc habuit, naſceretur; an verò etiam is, qui ex alia vxore, quam poſtea duxiſſet, procreatus eſſet? Et quidem interpretes noſtri in diſcrepantes abierunt ſententias. Nam eum duntaxat inſtitutum uideri, qui ex vxore tunc prægnante naſceretur: non autẽ ex alia docuerunt Paulus Caſtrenſis, Raphael Cumanus & Aretinus ad l. placet, ff. de lib. & poſtumis. Quorum illud eſt fundamentum, quod his verbis: *Ventrem uxoris meæ*, &c videatur teſtator de poſtumo, ſiue de filio ex certa perſona naſcituro, intellexiſſe, quo in caſu certum eſt inſtitutionem non poſſe extendi ad eum, qui ex *alia perſona* naſceretur, l. filius, §. ſi quis ex certa, ff. *de liber.* & poſtum. Triphonius: *Si quis ex certa vxore natum ſcribit hæredem in periculum rumpendi teſtamentum deducit ex alia ſuſceptis liberis.* Et tamen venter dicitur, quæ prægnans eſt, l. ventre, ff. de acquir. hæredit. l. prima, §. inſpiciendo, C ff. de ventre inſpicien. Ergò, dum teſtator inſtituit ventrem vxoris ſuæ, inſtituere uidetur filium, qui ex ea prægnante naſciturus eſt, non autem ex alia, perinde ac ſi diceret; Inſtituo poſtumum meum, vel poſtumum, quem habeo, quo caſu non trahitur inſtitutio ad filium ex alia vxore natum, vt dicebat Gloſ in l quinta, ff. de liber. & poſtum.

Cæterum, in propoſita quæſtione omnem poſtumum etiam ex alia vxore natum, inſtitutum uideri, reſponderunt Alex. & Soc. in d. l. placet. ff. de lib. & poſtum. & alij quos refert & ſequitur Mantica de coniecturis vlt. vol. lib. 4. tit. 9. nu. 6. & Menoch. de præſumpt. lib. 4 præſumptio. 21. num. 14.

Fundamentum eſt in l. placet, ff de liber. & poſtum. illis verbis: *Nam & cum maritus poſtumum hæredem ſcribit, non vtique is ſolus poſtumus ſcriptus uidetur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus eſt, vel qui tunc in utero eſt, uerum is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur.* D Et licet in quæſtione noſtra teſtator ventrem inſtituerit eſt tamen idem, ac ſi poſtumum inſtituiſſet, argumento l. 3 §. nominatim, ff. de iniuſto, rupto, ac irrito teſtam.

Ad argumentum contrariæ opinionis reſpondent, ita ventris accipiendam eſſe inſtitutionem, ut ad tẽpus mortis referatur, quaſi teſtator eum inſtituerit, qui tempore mortis in ventre erit, & naſcetur: & ideo nil refert, ſiue ex ea naſcatur vxore, quam teſtator tunc habet ſiue ex alia.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector, & pro eius confirmatione perpendo Vlpiani reſponſum in d. l. placet, in hunc modũ: Certum eſt Vlp. de poſtumo loquẽtem, accipiendũ eſſe generaliter, ſiue poſtumus ſit in ventre vxoris, quàm tunc habet teſtator; ſiue nõ ſit. ſic enim ait Iuriſc. *Cum maritus poſtumum hæredem ſcribit*, &c. Si dicamus ergo vxorem eſſe prægnantem, & teſtatorẽ poſtumum inſtituere, ſine dubio videtur ſe referre ad poſtumum ex eà uxore, quæ prægnans eſt, naſciturum, & tamẽ, *non utique is ſolus poſtumus ſcriptus uidetur, verum*

is quoque, qui ex quacumque vxore nascatur, inquit Triphonius. Ratio est, vt testamentum sustineatur, ne ex alia vxore natus præteritus videatur; atque ideo testamentum fit irritum.

Nec dicebatur, vt dicebat Paulus Castrensis, Triphoninm non esse intelligendum de testatore sciente vxorē esse prægnantem, quasi tunc videatur se restringere ad eum tantum postumum. Quoniam hæc interpretatio vim facit verbis, & merum continet vaticinium: Immo absurda est hæc interpretatio: quia plerunque accidit, vt qui vxorem habet, & ventrem siue postumum instituit, sciat vxorem esse prægnantem, aut certè ita imaginetur, & iudicet. Cur enim ventrem quis institueret, si non cogitaret vxorem prægnantem, quam habet? Quare secundum illam interpretationem Iurisconsultus eo tantum casu accipiendus esset, quo testator ventrem, vel postumum instituens, non tamen cogitaret de filio ex ea vxore, quam tunc haberet nasciturо; quod sanè absurdum est.

Ad textum verò l. filius, § si quis ex certa, respondeo, locum habere, cùm nominatim fit institutio filij nati ex certa vxore, puta ex Titia, vel Seia: nos verò loquimur de ventre instituto vxoris testatoris, nulla certa persona nominata.

CAPVT XC.

Quid si testator postumum, siue ventrem vxoris instituerit, si prægnans esset.

CAeterum cùm testator ventrem non simpliciter instituit, sed ea conditione adiecta, si vxor prægnans esset, videtur manifestè loqui de filio, qui nascetur ex ea vxore, quam tunc habuit, & ideo non intelligitur is hæres scriptus, qui ex alia vxore nascetur, argum. d. l. filius, §. si quis ex certa, ff. de liberis, & postum. atq; ita respondit Angelus in consil 51. Simon notarius. Sed hanc sententiam reprobat Alex. in d. l. placet, ff eod. tit. Purpuratus latè in consi. 518. num. 3. lib. 2. & alij a Mãtica citati, de Coniect. vltim. volunt. lib 4. tit 9 num. 6. & Menochio de præsumpt. lib. 4 præsumpt. 21. nu. 20. versic, sextus est casus, quibus & ipse assentior: Placet enim, vt valeat testamentum, benignam adhibere interpretationem, vt & alibi adhiberi solet, in l. vlt. C. de postum. hæred. instit. in l. Titius. § Lucius, ff. de lib. & postum. atque ita dicendum erit testatorem instituisse eum ventrem, qui tempore mortis suę pręgnans esset, & postumũ eum, qui tunc nasceretur. Quare siue ex ea vxore nascatur, quam tunc habuit, siue ex alia, quam post conditum testamentum duxit, talis postumus hæres institutus esse videbitur, iuxta l. placet, ff. eod. tit.

CAPVT XCI.

Si testamentum fratris, in quo turpis persona est instituta, contineat Clausulam Codicillarem; vtrum frater, qui tanquam præteritus illud rescindit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem legitima sibi retenta; & quid de legatis.

COntrouersia est; si fratris testamentum, in quo turpis persona instituta est, rescindatur; Vtrum frater hæreditatem nihilominus scripto hęredi restituere teneatur, legitima sibi retenta, propter Clausulam Codicillarem in testamento adiectam, & negant Paulus Castrensis, ad l. si patroni, §. vlt. ff. ad Trebel. Decius in cons. 561. & alij, quos commemorat Vasquius de Successionũ creatione, §. 10. & alij multi, quos commemorat Anton. Tessaurus, decis. Pedemont. 128. Fundamentum est, quia tale testamentum videtur esse factum a demente, & cõ-

A sequenter nec legata, nec fideicommissa valent, l. Titia, ff. de inoffic. testam. Et cùm frater prohibeatur prætérito fratre turpem, & infamem personam hęredem instituere, non debet id ei concedi via quadam indirecta, nempe, per Clausulam Codicillarem testamento adiectam, c. cum quid vna via, de reg iur. lib. 6.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Alex ad d. l. si patroni, §. vlt. & Cagnolus in l. 1. nu. 13 ff. de inoff. test. & alij ab Anton. Tessauro citati loco annotato, & ita decisum est apud Afflict. decis 125. nempe, fratrem vigore Clausulæ Codicillaris restituere oportere hæredi scripto hæreditatem, retenta sibi legitima portione.

Probatur hæc sententia; quia hoc operatur Clausula Codicillaris, vt directa institutio conuertatur in fideicommissariam, l. quærebatur, ff. de milit. testam. l ex ea, §. 1. ff. de testam. Quam ob rem etiam in testamento, quod est nullum ob præteritionem filij, id receptum est, vt filius præteritus, teneatur hæredibus scriptis restituere hæreditatem, retenta sibi legitima; & hoc vigore Clausulæ

B Codicillaris testamento insertæ, vt tradunt Bartol. ad l. 1. num. 9. ff. de iure Codicillor. & alij, vt per Iulium Clarum, § testamentum, quæst. 46 & Anton. Gabriel. Cõm. Concl. tit. de Clausulis, Concl. 7. quanto magis ergò & in fratre idem erit respondendum, cui certum est plus iuris non competere in bonis fratris, quàm filio in bonis paternis, immo minus?

Nec valet illa responsio, aliam esse rationem in filio; quia pater instituto filio in legitima, potest reliquam hæreditatem relinquere, cui velit, in fratre autem id nõ procedit; quia omninò prohibetur instituere turpem personam, & fratrem præterire, nec eum in legitima tenetur instituere; quoniam fratri legitima non debetur. Replicatur enim; immo fratri legitimam deberi, quando turpis persona instituta est. Id probatur ex §. 1. in Authen. de Hæred. & Falcidia, vbi Imperator ita scribit. *Primum itaque illud est cogitandum, qui à testantibus alijs quidem imponit lex necessitatem distribuere quandam partem per-*

C *sonis quibusdam, tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus. Interdum verò etiam fratribus* Glos. ibi in verbo, *fratribus, vt si frater meus*, inquit, *instituit turpem personam.*

Sicut ergo liceret fratri instituto fratre in legitima sibi debita reliquam hæreditatem, cui vellet, relinquere, & frater eo in casu testamentum impugnare non posset, (Nam nec filius in legitima institutus illud impugnare potest, vt in Authent. Vt cum, de appel. cognosc. § aliud quoque capitulum, l omnimodo, C. de inoffi. testamen) ita nec conqueri poterit, si suam legitimam consequatur, licet reliquam hæreditatem ab intestato per fideicommissum hæredi scripto restituat.

Ad argumentum respondent negando videri factum à demente testamentum, & propter Clausulam Codicillarem sustineri dicunt ea, quæ defunctus ordinauit, licet intestatus videatur decessisse. Et regula illa generalis huc

D pertinere non potest; quia nec totam hæreditatem obtinet turpis persona, nec illud quod ex hæreditate consequitur, ex testamento dicitur obtinere, verùm iure fideicommissi, vt dictum est, propter Clausulam Codicillarem, quæ id ipsum operatur.

Sed his non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, & fundamentũ meum est in his, quæ superius deduxi, hoc eodem lib. cap. 11. cum de patris testaméto inofficioso differerem, quod tanquam a demente factum; & ideo in vim fideicommissi non valere dixi, ex l. Titia, ff de inoffic testamen. Hæc autem ratio locum habet etiam in fratris testamento inofficioso. Nam, & illud videri à demente conditum, probari potest ex generali regula, quam ponit Scæuola in l. patronus, §. vlt. de leg. 3. ibi: *Claudius notat. Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse*, &c. Idem probat l. 2. iuncta l. 1. ff de inoffic. testam.

teſtam. Cum igitur ille color, vt quaſi à demente factum præſumatur, hoc efficiat, vt nihil valeat, quod in eo teſtamento ſcriptum eſt: ſequitur dicendum, nihil operari clauſulam codicillarem.

Non obſtat, ſi dicatur nouo iure ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appell. cognoſc. hæc eſſe ſublata, dum conſtituit, vt teſtamento reſciſſo propter exhæredationem, vel præteritionem, nihilominus legata, & fideicommiſſa valerent: Quoniam, vt concedamus eam Nouellam etiam ad fratris teſtamentum, de quo non loquitur, trahi poſſe, nihil tamen obſtat; quia non loquitur de inſtitutione hæredis, ſed de cæteris legatis, & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Illa valere, & præſtari mandat Imperator, quia teſtator in eo non peccauit, ſed vt etiam ipſa inſtitutio conſeruetur ex clauſula codicillari, in qua teſtator maximè peccauit, non poteſt ex eo inferri, cum ſit res diuerſa, & diſpar ratio, nec ideo in loco Iuſtinianus ſtatuerit.

Eſt etiam magna controuerſia de legatis, in eo teſtamento relictis, quod fratris querela propter turpem perſonam inſtitutam reſciſſum eſt; vtrum ſint præſtanda, vt videre licet ex Anton. Teſſauro, qui nouiſſimè autores prolixè commemorat, d. deciſ. Pedemont. 128. nu. 6. In ſumma; difficultas omnis in eo verſatur, quod Iuſtinianus Imperator in Nouell. vt cum de appell. cognoſc. dum præcepit Legata, & Fideicommiſſa præſtari ex teſtamento reſciſſo propter exhæredationem, vel præteritionem, non de teſtamento fratris inofficioſo locutus ſit, ſed parentum, & filiorum: ac proinde in teſtamento fratris inofficioſo antiquæ leges manere videantur incorrectæ, quibus probatur legata, & fideicommiſſa non valere, iusta l. Titia, ff. de inoffic. teſtamen. Sed iuſta ſanè, & menti Iuſtiniani conſentanea mihi videtur interpretatio, vt idem etiam in teſtamentis fratrum ſtatutum eſſe intelligatur, quaſi minus ſcriptum, & plus dictum fuerit: Nam nulla eſt ratio diuerſitatis. Et ratio legis in teſtamento etiam fratris militat, & ex lege quæ de inofficioſo teſtamento parentum, ac filiorum loquitur, etiam fratrum teſtamenta inofficioſa, normam, & formam accipere, æquum eſt.

CAPVT XCII.

De reuocatione teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriam, controuerſia vna.

Hermogenianus in l. 22. de legat. 3. ſcribit in hunc modum: *Si quis in principio teſtamenti adſcripſerit: Cui bis legauero, ſemel deberi volo, poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidem legauerit, ſuprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam ſibi legem poteſt dicere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat. Sed hoc ita locū habebit: ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.*

Ex hoc textu docent interpretes noſtri, teſtamentum, quod clauſulam derogatoriam continet, ad alia teſtamēta (ita enim ipſi loquuntur) non reuocari per aliud poſterius teſtamentum, niſi mentio ſpecialis fiat prioris teſtamenti, & clauſulæ derogatoriæ: vt puta, teſtator proteſtatus eſt ſe velle, vt primum ſuum teſtamentum valeat, etiamſi aliud fecerit teſtamentum, & vt plerumque adijcitur, niſi poſterius contineat hæc vel illa verba. Prius ergo teſtamentum poſteriore non reuocatur, niſi fiat ſpecialis mentio clauſulæ derogatoriæ, quod perinde valet, ac ſi cum Iuriſconſulto diximus, *niſi ſpecialiter prioris voluntatis* eum penituerit, & voluerit valere poſterius teſtamentum, reuocato priore.

Cæterum, eſt controuerſia; quando videatur eſſe facta ſpecialis mentio prioris teſtamenti, vt proinde reuocatum eſſe intelligatur. Et controuerſiæ ſtatus eſt in eo

A poſitus, qui vnum duntaxat teſtamentum fecit, & non plura. Nam etſi clauſulam derogatoriam contineat, ſi tamen aliud fiat, poſteriori cēſetur reuocatum, licet nulla ſpecialis mentio prioris fiat, ſed tantum generalem prioris teſtamenti poſterius reuocationem contineat, ita docuit Bartol. in dict. l. ſi quis in principio, numero 9. de legat. 3. quem multi alij ſunt ſecuti, quos commemorat Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. duodecimo, titu. 8. numer. 8. Sed contrarium docuere Angelus, Paulus Caſtren. Alexander, & alij, ad l. ſecundam, ff. de liber. & poſtum. Couuar. ad Rubr. de Teſtam. in ſecunda parte, num. 19. verſ. Tertium, & alij, quos citat Mantica loco ſuperius allegato. egregiè Dominus meus Cephalus in conſil. 375. lib. 3. nouiſſimè alios citatos Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 166. num. 25. 26. in ſecunda parte.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. 2. ff. de lib. & poſtum. Vlp. *Nominatim exhæredatus filius, & ita videtur: Filius meus exhæres eſto, etſi nec nomen eius expreſſum ſit, ſi modo vnicus ſit.*

B Ex hoc textu colligunt argumentum; Specialem mentionem factam videri generalibus verbis, quoties generalia verba ad vnum duntaxat referri poſſunt. Cum itaque vnicum teſtamentum præceſſit, Generalis reuocatio ad illud tantum relata eſſe intelligitur, & proinde ſpecialis reuocationis vim obtinet.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores; ſi hoc argumentum aliquid valeret, nunquam neceſſariam fore ſpecialem reuocationem teſtamenti clauſulam derogatoriā habentis, licet plura quis teſtamenta confeciſſet, quia & ſi plura conficiat quis teſtamenta, vnum tamen *ſolum* valet, & ſemper prius tollitur a poſteriore, *Hoc* autem videtur omnino falſum, quòd nunquam ſpecialis reuocatio requiratur.

Cæterum, huic reſponſioni replicant, qui Bartolum ſecuti ſunt, ac priorem illam ſententiam, fieri quidem

C non poſſe, vt mortuo teſtatore, plura teſtamenta valeāt: Vnum enim duntaxat valere debet, & non plura: ſed tamen, eo viuente, non ita certum eſſe, quod potiſſimū ex pluribus teſtamentis valere debeat. Etſi enim poſteriore tollatur prius, fieri tamen poteſt, vt prius adhuc confirmetur poſteriore ſublato. Quam ob rem, dum teſtator viuit, ratio omnium teſtamētorum haberi debet, ideoq; rectè concluſum, cum plura extant teſtamenta, requiri ſpecialem illam reuocationem, ſecus, ſi vnum tantū præceſſerit teſtamentum, quia generalis reuocatio facta, de illo tantum intelligitur, cum de nullo alio intelligi poſſit. Adferunt, & quædam alia pro refutatione dictæ reſponſionis; ſed videtur mihi omnium clariſſima hæc replicatio.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt in d. l. ſi quis in princ. cuius legis verba ſuperius retulimus.

Et in hanc ſententiam poſteriorem ego ſanè ſum proclivior. Illud enim in Iuris quæſtionibus decidendis ob-

D ſeruare ſoleo, & ſeruandum exiſtimo, vt, cum lex, & ratio extat, quæ ſpecialiter ad quæſtionem propoſitam pertineant, eis ſanè adhærendum potius, quàm generalibus quibuſdam vel Regulis, vel Pronunciatis ad aliam materiam pertinentibus, putem. Iam verò, cum textum habeamus ad rem noſtram pertinentem, ex eo potius ius à nobis ſtatuendum reor. Hoc vult Iuriſconſultus, vt quoties teſtator aliquid proteſtatus eſt in futurum, non aliter valeat, quod aduerſus eam proteſtationem fit, quàm ſi appareat ſpecialiter eum prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, vt omnino poſterior voluntas locum habeat, poſthabita priore voluntate. Huc enim pertinent illa verba textus. *Si ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.* Erit ergo prior voluntas reuocanda, & omnino declarandum à teſtatore, ſe velle, vt poſterius teſtamentum locum habeat: priore voluntate ſeu teſtamento cum ſuis proteſtationibus, & clauſulis infirmato.

Argu-

Argumentum porrò contrariæ opinionis hoc tãtum probat; ex generali reuocatione testamenti prioris, actũ censeri de testamento illo, quod Clausulam habet derogatoriam, quoties id duntaxat, & non aliud testamentum præc. ffit: Sed hoc non sufficit ad tollendum illud primum testamentum, sed requiritur, vt specialiter appareat; est torem prioris testamenti pœnituisse, & vt hoc dixerit testator, quod fit per specialem, nõ autem per generalem derogationem testamenti prioris. Confirmatur hæc interpretatio. Nam cum testator in principio testamenti dicit, & quodammodo protestatur, *Si cui bis leganero, semel deberi volo* Et postea in eodem testamento, vel Codicillis sæpiùs legat, sine dubio hæc, tanquam vltima voluntas, videtur esse præferenda priori; sed tamen, quia prior voluntas sequenti derogauit, requiritur, vt specialiter dicat, se prioris voluntatis pœnituisse, & voluisse, vt plura legata darentur. Quam ob rem sola prioris voluntatis reuocatio non sufficit, sed necesse est, vt appareat testatorem id velle, vt valeat posterior voluntas, & non prior; & sic speciali opus est derogatione, non autem generalis illa sufficit; sicut nec Iurisconsulto sufficit prioris voluntatis testatorem pœnituisse, (hoc sanè æquiualet generali reuocationi testamenti prioris) sed requirit etiam, vt testator voluerit contrarium eius, quod prius ordinauerat, nempe, plura legata dari, licet antè dixisset, *semel deberi volo*. Et hoc est, quod paucioribus verbis dixit Couuar. loco superius annotato, cùm dixit, non solum necessariam esse mentionem testamenti prioris, sed etiam Clausulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod non est necessarium inquit in l. 2 ff de lib. & posthumis: quia scilicet nulla præcesserat derogatoria dispositio testatoris.

CAPVT XCIII.

Vtrum frater fratris testamentum tanquam inofficiosum impugnare possit, si in eo spurium instituerit.

QVæ paulò antè de fratris testamento inofficioso diximus, in memoriam reuocãt aliam inter Doctores Cõtrouersiam, quæ vt silentio prætereatur, æquum non est: Si frater testamento facto spurium aliquem hæredem instituerit, fratre præterito; vtrum liceat fratri testamentum impugnare tanquam inofficiosum? Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ; Altera, non posse. Altera veró, posse. Prioris autores sunt Cagnolus ad l.1. nu. 14 ff de inoffi. testam. Illustrissimus & Reuerendissimus Carpinalis Paleotus de nothis, & spurijs, cap. 15. nu. 5 Rolandus à Valle, in cons 87. lib. 3. Posterioris Azo in Summa, Tit. Ex quib caus infamia irrogetur, nu 4 Bar. Bal. & Alex ad l. cisi pepercerit, ff de lib. & posth Iason in consil. 154 nu. 5. lib. 1. & alij, quos commemorat Anton Tessaurus, decis. Pedemontana, 127. Sed longè latius Hartmannus Pistorius quæstio. Iuris Romani, lib. 1. cap. 30.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia tunc frater impugnare potest fratris testamentum tanquam inofficiosum, cum in eo turpis vel infamis persona instituta est, l fratres, C de inoff testam. Sed Spurius non est infamis, neque turpis persona; Ergo testamentum, in quo Spurius institutus est, impugnari non potest.

Assumptio probatur multis testimonijs. Primum ex l. Spurij, ff. de Decurionib Papinianus: *Spurij Decuriones fiunt, & ideo fieri poterit ex incesto quoque natus; Non enim impedienda est dignitas eius, qui nihil admisit.* Secundo ex l. crimen, ff de pœnis, Callistratus: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest*. Tertiò ex l legem, C. de naturalib liber. ibi: *Monente misericordia, qua indigni non sunt, qui altero laborant vitio* Quartò, *quia nasci ex adulterio non est culpa nascentis, sed generantis*, c. nasci, distinct. 56. & Io. Chrysostomus: *Nunquam de vitijs*, inquit, *erubescamus parentum, sed illud*

A *vnum quæramus, & semper amplectamur, virtutem videlicet*, c Nunquam, eadem distinct. & diuus Hieronymus inquit: *Dominus noster Iesus Christus voluit non solum de alienigenis commixtionibus, sed etiam de adulterinis nasci, nobis magnam fiduciam præstans, vt qualicunque modo nascamur, dum tamen vestigia eius imitemur, ab ipsius corpore non separemur, cuius per fidem membra effecti sumus*, c. Dominus, eadem distinct. Denique satis constat, multos, qui Spurij fuerunt, viros egregios, & insignes extitisse, & ad maximas dignitates euectos fuisse, vt in c. Osius, d distin 56 & prosequitur Illustrissimus Paleotus vbi suprà. Et quod attinet ad rem nostram, satis constat nulla lege Spurios à successione extraneorum exclu di; sed tantùm à parentum successione, vt in Authen. Ex complexu, C de incestis nupt.

Fundamentum autem posterioris sententiæ illud est; quoniam vt fratris testamentum impugnari possit tanquam inofficiosum, sufficit, sin eo hæredes scripti fuerint infames, vel turpes personæ, *vel leuis nota macula*
B *aspergantur*, vt in d l fratres, C de inoff. testam. Sed Spurij videntur esse saltem tali macula aspersi. Ergo testamentum, in quo Spurius institutus est hæres, à fratre impugnari poterit.

Assumptio argumenti probatur; primò, quia scriptum est in sacris literis: *Adulterorũ filij abominatio sunt Deo*, vt Sap. cap. 3 *& adulterinæ plantæ non dabunt radices altas, nec stabilem sedem ponent*. Sapientiæ 4. Et scribit Bonifacius Martyr; genus hoc nec bello forte, nec fide cõstans, nec Deo amicum esse, vt in c. si gens, distin. 56. & Calixtus Pontifex: *Nos*, inquit, *sequentes patres nostros, infamia eos notamus, & infames esse censemus, quia infamiæ maculis sunt aspersi*. In cap coniunctiones, 25. quæstio. 2. Deoique, vt dicebat Innocentius III. *Tam lex Mosaica, quàm Canonica sobolem susceptam ex adulterio detestatur, teste Domino, qui ait, quod Manzeres & Spurij vsque ad decimam generationem in ecclesiam non intrabunt, Canone verò vetante, tales ad sacros ordines promo-*
C *ueri, secularibus quoque legibus non solum repellentibus eos à successione paterna, sed negantibus ipsis etiam alimenta*, vt in cap. per venerabilem, Qui filij sint legitimi. Et ideo S. Augustinus: *Sanctius est*, inquit, *defungi sine liberis, quàm ex illicito concubitu stirpem quærere*, vt c ficut, 32. quæstio. 4.

Testimonijs autem in contrarium allatis respondent posterioris sententiæ anctores; illa esse accipienda, quoad vitam æternam, & bona spiritualia, non autem quoad iuris effectus: Sed & proximè relatis autoritatib respondent prioris sententiæ defensores, eas locum sibi vindicare, cum filij Spurij paterna flagitia imitantur, autoritate Gratiani in cap. cenomanensem, in fine, 56. distin. *Adulterorum filij abominatio sunt domino, sed sicut suprà dictum est* (inquit Gratianus) *de presbyterorum filijs, ita & hoc de filijs adulterorum intelligendum videtur, vt illi dicantur esse abominatio domino, ad quos paterna flagitia hæreditaria successione descendunt* Hactenus Gratianus,
D & idem in c. 1. §. 1. eadem distinct *Sed hoc intelligendum est de illis, inquit, qui paternę incontinentia imitatores fuerint*. Eandem interpretationem secutus est Innocentius III. in c. nisi, §. personæ, de renunc. *Quod scriptum est*, inquit, *Ego sum Deus Zelotes, vindicans peccata patrum in filios vsque in tertiam & quartam generationem, in his, qui oderunt me, intelligitur in illis, qui contra me paternum odium imitantur.*

Ego hac in re inprimis animaduerti nullam Legem, nullum Canonem extare, qui spurios ea, de qua agitur, macula notatos significet. Obseruaui quoque non vsque quaque eos integræ opinionis esse, sicut legitimè natos. Negari enim non potest, quin aliquam saltem leuem maculam habere videantur, quò fit, vt in dignitate adipiscenda, si competitorem habeant legitimè natũ, is illis pferatur, vt in l generaliter, §. Spurios, ff. de decurionib.

Ego igitur existimarem (quod ad propositã quæstionem attinet) distinguendam esse, vt, siquidem Spurij re-

&

& vita honeſti ſint, tunc nulla infamia, nulla macula aſperſi eſſe intelligantur, ideoque mihi poſſint hęredes inſtitui; Secus autem, ſi paterna uitia ſectentur, moueor argumento ſumpto ex uerbis Iuriſconſult., in d. l. generaliter, §. Spurios, ff de Decurionib. ibi: *Ceſſantibus verò his etiam Spurij ad Decurionatum, & re, & vita honeſti recipientur.* Et ex uerbis S. Ioan. Chryſoſtomi in c. nunquam, 56 diſtinct. *Natus ex meretrice*, inquit, *ſi propria virtute doceretur, parentum non dedecoratur opprobrijs.* Et in c. apoſtolica, & ſeq. eadem diſtinct. *Quamuis filius Sacerdotis ſit, ſi caterę uirtutes in eum conueniunt, illum non reijcimus, ſed ſuffragantibus meritis patienter ſuſcipimus.*

CAPVT XCIV.

In materia iuris accreſcendi examinatur controuerſia Doctorum coniunctis re, & uerbis, an ab initio partes faciant, ad ſimilitudinem coniunctorum uerbis tantum.

Communis eſt, & vera Doctorum ſententia coniunctos re, & verbis ab initio partes non facere; ſed per concurſum. Exempli cauſa: Si teſtator dicat; Titio & Mæuio fundum relinquo, vel Titium, & Mæuium hæredes inſtituo. Videtur relictus fundus cuilibet in ſolidum ex verbis teſtatoris, & ſimiliter ambo in ſolidum hæredes videntur inſtituti, ſed per concurſum partes faciunt ex mente teſtatoris; quia ſi ambo ad legatum concurrant, vel hæreditatem, fit diuiſo, & quilibet eorum dimidiam tantum habet. Ita docet Bart. ad l. re coniuncti, nu. 22. Iaſ. nu. 88 Ripa, nu. 74. Vaſquius lib. 3. de Succeſſionum progreſſu, §. 21. num. 58. Antonius Fumeus Pariſienſis in tract. de Coniunctionib. c. de Cõiunctione mixta.

Probatur verò hæc ſententia ex l. quidam regulatus, § vlt. & ll. ſeq ff de reb. dub. Caius. *Si tibi & poſtumo ſuo, uel alieno hereditatem reſtituere quis rogauerit, Verum ita poſtumus partem faciat, ſi natus ſit, an etſi natus non ſit, quaritur? Ego commodius dici puto. ſiquidem natus non eſt, minimè eum partem facere, ſed totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto.*

Item ex l coniunctim, de leg. 3. Celſus: *Coniunctim hæredes inſtitui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hęreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.*

Huc etiam pertinet, l. ſi mihi, & tibi, de leg. 1. ibi: *Et ſi voluero eam rẽ ex meo legato ad me pertinere, ut tota mea ſit*, &c. Et l. ſi duobus, §. vlt. eod tit in verbo, *vindicabit.*

Denique ita docet Imperator Iuſtinianus in §. ſi eadem, in Inſtit. de legatis, dicens: *Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim, Si ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum*, &c. *Coniunctim autem legatur, veluti; Si quis dicat Titio, & Seio hominem Stichum do, lego.*

Hoc exemplum pertinere ad coniunctionem re, & verbis factam, qua de agitur, probat l. triplici, ff. de uerbor. ſignific.

Contrarium docent Zaſius prolixè admodum & accuratè, lib. 1. Singul. Reſponſor. cap. 18 Franciſcus Duaren. de iure accreſcendi, lib 1. cap. 11. & ut mihi videtur, Alciatus quoque ad d. l. Re coniuncti, nume. 32. de leg. 3 necnon Antonius Goueanus lib Sing de iure accreſcendi, non procul a principio. Iſti volunt coniunctos re, & verbis partes ab initio habere; non autem ſolidum. Et pro hac ſententia tria potiſſimum adferuntur argumenta. Primum eſt; quia coniunctio iſta mixta eſt, nec facit nouam ſpeciem ab alijs ſeparatam, ſed in totum vnam, aut alteram prorſus imitari debet, nempe, aut coniunctionem, quæ re tantum uocatur, aut quæ uerbis tantum Sed magis ſimilis eſt uerbali coniunctioni, in qua conſtat ab initio partes fieri, ergò in coniunctione iſta, quæ mixta eſt re, & verbis. partes ab initio fieri videntur; non autem per concurſum tantum. Aſſumptio ſic pro^b ati r: *Non coniunctio verbalis* (inquit Zaſius) *ita coniungit, vt etiam a re non prorſus ſeparet, l Re coniuncti, 2. reſponſo quod etiam ex iure accreſcendi patet. Sed coniunctio realis a re ita coniungit, vt oratione, & verbis omninò ſeparet. in huiuſmodi enim coniunctione neceſſe eſt orationes eſſe ſeparatas, dict. l. Re coniuncti, in princip ad quod etiam expreſſa euidentia cognoſcitur Cum autem coniunctio re, & verbis, quam mixtam nominauimus, ſit complexus nominis, & rei, d. l. Triplici, apparet, quod plus communicat cum verbali coniunctione, quæ rem a ſe non prorſus ſeparat, quàm cum reali, quæ verborum nexum prorſus abhorret, & ſeparat. Ea ergò coniunctio, quæ eſt mixta re, & verbis, ſequetur naturam coniunctorum verbis, non coniunctorum re; Immò impoſſibile per naturam poſitiuam eſt, quod verbalis, & realis colligatio vllo pacto purè reali accedat, quando illa complexum habet nominis, & verbi, hæc verò a complexu verborum eſt alieniſſima.* Hactenus ille.

Secundum argumentum eſt ex l. planè, §. ſi coniunctim, de leg. 1. vbi Iuriſconſult. *Si coniunctim res legetur, conſtat ab initio partes fieri.*

Nec valet illa reſponſio, textum loqui ſiue accipiendũ eſſe, de coniunctione verbali; quia exemplum adfert, quod pertinet ad coniunctionem mixtam, qua de agitur, vt puta: *Si Titio, & Seruo proprio ſine libertate*, &c. Hæc enim eſt mixta coniunctio.

Tertium argumentum eſt; quia ſi coniuncti re, & verbis ſolidum ab initio haberent, vnius portio deficientis ad alterum coniunctum tranſiret ſine onere, vt declarat textus in l. vna, § vbi autem, C. de caduc. tollend. ibi: *Sin autem ad deficientis perſonam hoc onus fuerit collatum hoc non ſentiat is, qui non alienum, ſed ſuum legatum imminutum habet.* Sed tranſit cum onere, vt docet Gloſ ibi in verbo; *Non ſentiat*, autoritate textus eiuſdem legis, in §. vbi autem, in illis verbis: *Sin verò pars quædam ex his deficiat, ſancimus eam omnibus, ſi habere maluerint, pro virili portione cum omni ſuo onere accreſcere.* Quæ ſententia eſt communiter recepta, vt per Ripam in d l. Re coniuncti, num. 195. Igitur coniuncti re, & verbis non faciunt partes per concurſum, ſed ſtatim ab initio ex verbis teſtatoris.

Ad primum argumentum reſpondetur, coniunctionem re, & verbis conſtituere tertiam ſpeciem diuerſam ac ſeparatam, vt patet ex l. Re coniuncti, de leg. 3. ex l. triplici, ff. de verb ſignific. in quibus legibus fit mentio triplicis coniunctionis; & licet in aliquibus videatur imitari naturam coniunctionis verbalis, non tamen poteſt negari, quin imitari debeat etiam aliqua ex parte naturam realis coniunctionis Cur enim re, & verbis diceretur, ſi non participaret aliquo pacto etiam naturam realis coniunctionis? Quare valde infirmum eſt illud argumentum, ex quo infertur, coniunctionem hanc mixtam in hoc participare naturam verbalis coniunctionis, vt partes ab initio vnicuique attribuat. Nam id ſtatim, ac meritò negari poteſt; quia cum contraria ſit in hoc natura realis coniunctionis, nobis exploratum eſſe non poteſt, vtrum in hoc ipſo ſequatur eius naturam, necne: Quamobrem rectè dicebat Pariſius in Commentarijs dict. l re coniuncti, numer. 47. Coniunctos re, & verbis tanquam mixtos participare naturam ſimplicium, *Sed non in omnibus.*

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, exemplum illud, quod adfertur in l. planè, § ſi coniunctim: *Si Titio, Seruo proprio ſine libertate*, &c. Non pertinere ad verba præcedentia textus, quibus dicitur, ſi coniunctim aliquid legetur, partes ab initio fieri; Sed ad verba ſequentia, quibus dicitur: *Nec ſolum ij partem faciant, in quorum perſona conſiſtit legatum, verum ij quoque, in quorum perſona non conſiſtit legatum, vt puta; Si Titio, & Seruo proprio ſine libertate legetur.*

Quamobrem Iuriſconſultus non declarat ibi, vtrum Titio, & Seruo legatum ſimpliciter relictum ſit, an verò æquis portionibus, quoniam eo exemplo id tantũ voluit docere,

docere, eoa quoque partem facere, in quorum persona, legatum non consistit. Proinde summa ratione illa interpretatio recipienda est, vt dum dicit: *Si coniunctim res legetur, constat partes ab initio fieri*, intelligatur, si res coniunctim legetur, non simpliciter (quo pacto coniunctio designatur re, & verbis simul,) sed æquis portionibus; ad quem modum constat fieri verbalem coniunctionẽ, vt in l. Re coniuncti, & in d. l. Triplici, Cur ita? ne Vlpianus in d §. sic coniunctim, pugnet cum Celso in l. coniunctim, de leg 3. Ait Vlpianus: *Si coniunctim res legetur, constat ab initio partes fieri*. Rectè, si de verbali coniunctione agatur. Ait Celsus: *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hæreditatem, aut tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri*. Rectè, si loquatur Celsus de coniunctione reali, aut mixta re, & verbis facta.

Ad tertium argumentum respondeo, negando ad cõiunctum re, & verbis rem transire cum onere. Et quod attinet ad textum; qui adfertur in d. l vna, §. vbi autem, & in § præcedente, Respondeo, accipiendum esse Iustinianum de verbali coniunctione, sicuti olim dicebat Petrus Bellapertica. Quæ sententia manifestè probatur hac ratione. Iustinianus in d §. vbi autem, in vers. Sin autem ad deficientis, dicit, portionem deficientis transire absque onere, quoties ab initio cuilibet res in solidum relicta est, licet per concursum partes faciant, coniungendo versiculum: *Sin autem ad deficientis*, cum verbis præcedentibus, ibi: *Quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, alijs superuenientibus partes à priore abstrahentibus, vt ex alterum quidem concursu prioris legatum minuatur*.

Sed in coniunctione mixta, re & verbis, ab initio solidum assignatur coniunctis, & per concursum partes fiunt, vt probatum est, Ergo, res non transit in coniunctum re, & verbis cum onere: Et consequenter, dum idem Iustinianus dixit, transire cum onere in coniunctum, intelligendus est, vt loquatur de eo, qui verbis coniunctus est.

Et licet Imperator in d. §. vbi autem, vers. Sin autem ad deficientis, loquatur de disiunctis siue separatis, qui tamen aliàs re coniuncti appellantur; eadem tamen ratio est in coniunctis re, & verbis, si sententia ista admittitur, nempe, solidum ab initio assignatum videri singulis coniunctis. Nec enim quidquam in contrarium efficere potest ratio coniunctionis in eadem oratione; quia hunc quidem effectum Bart. attribuit orationis coniunctioni & copulæ, sed nulla lege id probat. Neque enim huc pertinet l. Seiæ, §. Caio, ff de fundo Instr. quam adfert Bart. vt dicebat Ripa, in d. l. Re coniuncti, num. 195. & patet ex verbis eius legis. Qualis verò est Ripæ eo in loco ratiocinatio: *Si testator volebat onus accrescere, facile erat coniunctim ei disponere. Ergò si coniunctim disposuisset onus etiam accreuisset?* Nego enim illud sequi in coniunctis re, & verbis, aut re tantum; quia istis solidum legatum ab initio assignatur. Quare dum in fine dicit Iustinianus, (quæ verba ponderantur à Ripa, licet non citentur) *nam si contrarium volebat* (scilicet rem cum onere accrescere) *nulla erat difficultas coniunctim ea disponere*. Ego existimo accipiendum Imperatorem non de omni coniuncto: repugnaret enim superioribus, sed de coniuncto verbis tantùm; ad eum enim, vtpote ab initio vocatum ad partem tantum, meritò coniuncti portio transire debet cum onere adiuncto Post hæc scripta, legi, Iacobum Cuiacium ad tit. de caduci. tollend. non procul a fine Commentarij constituentem differentiam; vtrum coniunctis re, & verbis legatum per vindicationem relinquatur, an verò per damnationem: vt priore casu, non nisi concursu partes faciant legatarij, l. coniunctim, de leg 3. Posteriore autem ab initio quoque partes faciant, l planè, §. si coniunctim, de legat. 1. Sed cum hæc verborum solennitas sublata sit, vt patet ex Iustiniano in Instit. de Legatis §. sed olim, & nihil hac de re sit constitutum in legibus, quas Cuiacius adducit, nullaq; men-

A tio talis in proposito differentiæ, dubito, an viri doctissimi iudicium probari possit.

CAPVT XCV.

Quo modo accipiendum, quod dicit Iustinianus in l vna, §. vbi autem, C. de caduci. tollend. vnius portionem deficientem alijs coniunctis accrescere, pro virili portione.

AVsim affirmare Paulum Castrensem magis acutè vidisse hac in re, quàm Franciscum Duarenum. Cum enim in materia iuris accrescendi inter omnes constet, portionem deficientem non accrescere omnibus coniunctis æqualiter, sed proportione tantum hæreditatis, vel legati, ex l. liber homo. 59. §. cum quis, ff. de hæred. instit. ex l Mæuio, 42. de leg 2. notat Bar. ad l. Re coniuncti, nu. 56. de leg 3. Ripa ibid. nu. 197. Aug. Berous in cons. 11. nu. 25. lib. 2 Cum, inquam, hæc sit vera, & cõ-
B munis omnium sententia, in dubium reuocatur, cur Imperator Iustinianus, qui in l vnica, § his ita, C. de caduc. tollend. de hæreditate verba faciens, dixit. *Hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hæreditatis, vel partibus consistat, alijs cohæredibus cum suo grauamine pro hæreditaria parte, etiamsi iã defuncti sunt, adquiratur*. Cur, inquam, in sequenti, § vbi autem, de Legatarijs loquens, dixerit, pro virili portione accrescere, his verbis: *Vbi autem legatarij vel fideicommissarij duo fortè, vel plures sunt quibus aliquid relictum sit, siquidem hoc coniunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum pro sua quisque portione, hoc habeat; sin autem pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere*, &c.

An quia sit constituenda inter hæredes, & legatarios differentia? nequaquam. Franciscus Duarenus lib. 1. de iure accrescendi, c. 3. virilem portionem accipit pro parte virili cuiusque, etiamsi æqualis non sit, vt notatur in
C l. virilis, ff de verb. sign. & sic pro portione legati. Sic, & Cuiac. ad Tit. C. de cad. tollend. circa finem.

Sed cum Iustinianus in eadem Cõstitutione ad aliud propositum explicauerit, quid pro virili portione intelligat, in § sed vt manifestetur, vbi: *Pro virili omnimodo portione*, inquit, *idest, pro numero personarum*, parum verisimile videtur eum aliter intellexisse in d. §. vbi autem, aut si aliter intellexisset, non explicasse.

Verum Paulus Castrensis in Commentarijs d. §. vbi autem. Sic rem istam explicat: *In textu ibi pro virili portione* (verba sunt ipsius) *dic hoc, si viriliter fuerunt honorati, æqualiter eis relictum, aliàs pro portionibus, quas habent in re legata*.

Quod igitur alibi scriptum est, accrescere pro portione legati, vt in d. l. Mæuio, rectè procedit, & accipiendũ est, cum coniunctorum legatariorum portiones inæquales sunt. Quod verò dicit Iustinianus, pro virili portione accrescere, accipiendum est, cum omnium legatariorum
D portiones sunt æquales, vt in d. § vbi autem, Recta mihi videtur expositio literalis, & vera.

CAPVT XCVI.

Ius accrescendi an locum habeat, cum non ipso iure, sed ope exceptionis deficit portio.

REctè, vt mihi videtur, docet Franciscus Duarenus, lib. 2. de iure accrescendi, cap. 19. Iuri accrescendi locum esse, siue deficiat portio ipso iure, siue ope exceptionis, quoniam secundum iuris antiqui regulam nihil interest, vtrum ipso iure actionem quis non habeat: an verò ope exceptionis excludatur, l. nihil interest, de reg. iur.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in l. si duo patroni, ff de iureiurand Vlpianus: *Si duo patroni essent, & libertus altere deferente iurasset se libertum eius non esse*.

Vtrum

Vtrum alteri ſibi debitæ portionis, an vero dimidia debitæ ei, & ſua partis bonorum poſſeſſio competeret, Iulianus quærit, & ait: Si is, cui iuratum eſt, patronus fuiſſet, alteri ſua partis bonorum poſſeſſionem competere; nec ei prodeſſe, quod aduerſus alterum libertus iuraſſet.

Accurſius ibi in verbo *Iuraſſet*, opponit l. communi, ff de bonis libertorum, Iulianus: *Communi liberto* (inquit) *ſi ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat; ſiue viuo liberto deceſſerit; is, qui extra hanc culpam fuerit, vel ſuperuixerit, partis vtriuſque debitæ bonorum poſſeſſionem ſolus habebit.* Solutionem affert iſtam, nempe, Iulianum loqui eo in caſu, quo alter patronus ipſo iure patronatum amiſerat, vnde alteri accreſcere poteſt, quod omnino eſt amiſſum; Vlpianum verò loqui, cum ius patronatus non omnino eſt amiſſum per dilationem iuriſiurandi; obſtat enim tantum exceptio.

Ex his ſumpta eſt illa traditio, ius accreſcendi locum habere, quoties ipſo iure portio deficit: ſecus ſi deficiat ope exceptionis. Ita Bart. ibi notat, & Zaſius. Ripa ad l. re coniuncti, nu. 176. de leg 3. Hippolytus Rimin. in conſil. 244. nu 305. lib 3.

Adfert etiam Zaſius pro confirmatione l. hæreditas, C. de his quibus vt indig.

Sed quod attinet ad l ſi duo patroni, ratio deciſionis non eſt illa, quam Accurſius commemorat; ſed quia iuſiurandum alterius (nempè liberti) alteri neque prodeſt, neque nocet, l. 3 ff de iureiur. Quare nec alteri patrono prodeſſe debet, ſi actio, nec conuentio inter alios facta alijs prodeſt; l. ſi vnus, §. ante omnia, ff de pact. cum itaq; liberti iuſiurandum alteri patrono non proſit, nihil mirum, ſi patroni, qui iuſiurandum detulit, portio non accreſcit alteri patrono.

Cur autem apud Iulianum in d. l. communi, portio iuris patronatus vnius, accreſcat alteri, illa eſt ratio; quia verè defecit in perſona illius. Deficit enim ius patronatus, ſi patronus viuo liberto deceſſerit, ſi libertum non aluerit, ſi ad iuſiurandum adegerit ne vxorem ducat, l. ſi patronus, 33. ff. de bonis libertor. l. 5. l. qui contra, ff. de iure patronatus. Iulianus autem loquitur in caſibus ſcilicet; *Si ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat, ſiue viuo liberto deceſſerit.* Quare deficiens portio alteri meritò accreſcit.

Quòd verò attinet ad l. hæreditas, illa nihil facit: ibi enim vnius hæredis portio alteri non accreſcit, ſed à fiſco vindicatur; quia erat indignus, & ideo pœnæ obnoxius, de qua in toto illo titulo. Quæ enim indignis auferuntur, ſicut olim, ſic & hodierno iure ad fiſcum pertinent, vel ad alias perſonas: intacta enim ea iura Iuſtinianus ſeruauit, vt in d. l. vnica, §. quæ autem, C. de caduc. tollend.

CAPVT XCVIII.

Is, qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accreſcendi.

IMperator Iuſtinianus: *Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue disiunctim, ſi ambo perueniunt ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, ſi alter deficiat: quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.* §. ſi eadem. in Inſtit. de leg.

Idem Iuſtinianus in Conſtitutione, quam edidit de caduc. tollend. Codici inſerta ſtatuit, vt quocunque modo deficiat pars rei legatæ, ea accreſceret coniuncto, ijs exceptis, quæ vt indignis auferuntur, & fiſco applicantur, iuxta l. vnicam, § quæ autem, C. de caduc. tollend.

His autoritatibus adductus ego ſic ſtatuo; antiquas leges locum non habere, in quibus dicitur eum, qui ad partem non admittitur, partem tamen facere coniuncto, atque impedire, ne totum habeat. Nam cum ipſius portio deficiat, nec eam capere ipſe poſſit, videtur potius

A coniuncto debere accreſcere ex lege Iuſtiniani. Exemplum: cum Titio, & Mæuio legatus eſt Stichus, qui Titij erat, l. huiuſmodi, § ſi Titio, de leg. 1. ſi Titio, & Seruo proprio ſine libertate legetur, l. planè, § ſi coniunctim, eodem tit. Item cum duobus legatum eſt, quorum alter nõ fuit in rerum natura, l ſi duobus, ff. eod. ti. & alia eiuſmodi. His caſibus portionem accreſcere coniuncto, ex noua Iuſtiniani Conſtitutione, tam etſi veteres leges aliter ſtatuerint, puto, Autorem habeo Duarenum, lib. 2. de iure accreſcendi, c. 18.

Quamobrem, & Bartolum ad l. huiuſmodi, § ſi Titio, de leg 1. & poſt eum Zaſium lib. 1. Sing Reſponſor. c. 19. & Ripam ad l. re coniuncti, num. 140 de legat. 3. & Cagnol. ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, &c. num. 57. & ſi qui ſunt alij, fruſtrà laboraſſe contendo in diſtinguendis caſibus, in quibus is, qui non admittitur ad partem, facit partem: cum ex lege Iuſtiniani partem

B non faciat amplius coniuncto, nec locus antiquis legibus eſſe queat: Qua tamen in re doctiſſimorum virorum ſententiam libenter auditem, præſertim verò Huberti Giphanij collegæ mei, cuius acre iudicium, ac ſummam in legum nodis explicandis peritiam, eruditionemq; variam, ac planè ſingularem, iamdiu admiror, ac ſuſpicio.

CAPVT XCVIII.

Quæ ſit ſententia l. re coniuncti, ff de leg. 3.

PAulus. Re *coniuncti videntur non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur. Item verbis, nõ etiam re, Titio & Seio fundum æquis partibus do, lego; quoniam ſemper partes habent legatarij Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re, & verbis coniunctus eſt Quod*

C *ſi re tantum coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem, ſi vero verbis quidem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an coniunctus potior ſit; & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Exploſa veterum ſententia, amplector eam, quam Alciatus, Duarenus, & alij recentiores amplexi ſunt, *hanc* verbis Pauli interpretationem adhibendam, vt poſtquã eſplicauit, qui dicantur re coniuncti. Item qui verbis, tres quæſtiones proponat ac decidat verbis ſequentibus. Prima quæſtio eſt, ſi aliqui ſint coniuncti re, aliqui verbis, aliqui re & verbis ſimul, & vnius portio deficiat, ad quem pertineat ex coniunctis eius, in cuius perſona deficit, vtrum ad coniunctum verbis, an re: an potius ad eum qui re & verbis coniunctus eſt. Paulus reſpondit re, & verbis coniunctum cæteris omnibus præferri. Secunda quæſtio eſt: vtrum is, qui re tantum coniunctus eſt, præferatur ei, qui verbis tantum coniunctus eſt. & reſpondit Paulus non præferri. *Quod ſi re tantum, inquit, coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*; ſcilicet coniuncto ver

D bis tantum, quod enim potior non ſit coniuncto re, & verbis, in prima quæſtione declaratum eſt, quia dictum & concluſum eſt re, & verbis coniunctum cęteris pręferri. Tertia quæſtio eſt, vtrum coniunctus verbis tantum, præferatur ei, qui re coniunctus eſt; & reſpondit Paulus præferri: *Si verò verbis quidem,* inquit, *coniunctus ſit, rę autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Aduerſus hanc interpretationem opponitur primò, l. ſi quis, 66 ff. de hæred. inſtituend. ſecundò l. Mæuio, 42. de leg 2.

Si ita (inquit Pomponius) *hæredes inſtituerit: Titius hęres eſto. Caius, & Męuius ex æquis partibus hęredes ſunto, quamuis & ſyllaba coniunctionem faciat, ſi quis tamen ex his decedat, non alteri ſoli pars accreſcit; ſed omnibus cohęredibus pro hęreditarijs portionibus; quia non tam coniunxiſſe, quam celerius dixiſſe videatur.*

Mæuio (ait Priſcus Iabolenus) *fundi partem dimidiã, Seio partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego Si Seius deceſſerit; pars eius vtriq; accreſcit: quia cũ ſeparatim & par-*

& partes fundi, & totus legatus ſit, neceſſe eſt, vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat.

Reſpondeo, quod attinet ad locũ Pomponij, cauſam adferri a Iuriſconſulto, ob quam is, qui verbis coniunctus eſt, cæteris non præfertur; ſed portio deficiens omnibus coniunctis accreſcet: *Quia*, inquit, *non tam coniunxiſſe, quàm celerius dixiſſe videatur*. Hoc eſt; licet videatur teſtator hæredes coniunxiſſe Caium, & Mæuiũ, cum dixit, *Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto*, quoniam ſyllaba, &, coniunctionem facit, & ſic videantur illi verbis coniuncti, ac proinde, ſi alterius portio deficiat, alteri ſoli accreſcere debere; quoniam verbis coniunctus potior eſt, ac præfertur, re coniuncto, tamẽ non præfertur; quia non ea fuit teſtatoris voluntas, vt eos coniungeret, ſed vt ſeparatim inſtitueret, hoc modo: Titius hæres eſto, Caius hæres eſto, Mæuius hæres eſto, breuitatis autem cauſa celerius dixit: Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto.

Ad textum autem Iaboleni reſpondeo, rationem ibi adferri a Iuriſconſulto, quare portio deficiens omnibus accreſcat; quia ſcilicet, *ſeparatim et partes fundi, & totus fundus legatus ſit*, quaſi dicat non eſſe hic quærendum, an vnus ex coniunctis, nempe, verbis coniunctus, alijs potior eſſe debeat: licet enim coniuncti verbis dicantur, quibus eadem res relinquitur pro æquis portionibus; tamen id intelligitur cum in eadem oratione fit, non in diuerſa, id eſt, cum coniunctim id fit, non ſeparatim, quare cum *ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit*, verbalis coniunctio ceſſare debet, ideoque pars decedentis omnibus accreſcit pro portionibus hæreditarijs, quia vnus alio magis coniunctus non eſt.

His breuem, & vt arbitror, perſpicuam ac ſolidam obſcuræ, ac difficilis controuerſiæ explicationem habes, quæ mihi non paruo labore conſtat.

CAPVT XCIX.

Quæ ſit ſententia l. mulieri, & Titio, ff. de condit. & demonſtrat.

PApiniani verba hæc ſunt. *Mulieri & Titio vſusfructus, ſi non nupſerit mulier, relictus eſt. Si mulier nupſerit: quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit partem vſusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri conceſſum eſſe intelligendum eſt, quãtum haberet ſi conditioni paruiſſet. Nec ſi Titius, qui conditione defectus eſt, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.*

Malè generalem ex hoc loco Bartolus infert concluſionem; ceſſare ius accreſcendi, quoties portio legati ex iure quodam ſpeciali acquiritur contra voluntatem teſtatoris, ſicut hic mulier partem ſuam vſusfructus habet, licet non paruerit voluntati teſtatoris ex quodam iure ſpeciali; quia videlicet illa conditio *ſi non nupſerit*, non valet. Malè, inquam, Generalis Regula hinc ſtatuitur, ſicut oſtendit Alciatus lib. 6. Paradoxorum, cap. 8. & ſanè nihil eſt periculoſius, quàm ex vno caſu, qui ſuas habet circumſtantias, & rationes, Regulam Generalem conſtituere.

Quod verò attinet ad ipſam legis ſententiam, non idem omnes ſentiunt, vt videre licet ex Socino ſeniore in Commentarijs eius loci. Ripa ad l. re coniuncti, numer. 145 de leg. 3. Cagnolo ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, nu. 68. Vaſquio de Succeſſionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 130. Duareno de iure accreſcendi, lib. 2. cap. vlt.

Ac ſanè de duobus eſt controuerſia. Vnum eſt, an Papiniani hæc ſit ſententia, vt Titius ſuam obtineat portionem dum vixerit, & in eodem ſtatu manſerit. Alterum, an Titio mortuo, vel capite minuto, portio ipſius mulieri accreſcat. Quod attinet ad primum, Duarenus grauiter deceptus eſt; exiſtimauit enim Titium quoque ſuam legati partem obtinere, contra l. 1. C. de indicta vi-

A duitate tollenda, vbi Imperator Gordianus ita ſcribit: *Legatum alij ſub conditione ſic relictum, ſi vxor nuptui ſe poſt mortem mariti non collocauerit, contractis nuptijs conditione deficit, ideoque peti legatum nequaquam poteſt.*

Et hoc eſt quod Papinianus dicit; Titium conditione defectum, nil prodeſſe mulieri, licet repudiauerit legatũ nam ei non debetur, & ideo repudiatione ſua mulieri non prodeſt, vt totum habeat.

Quod verò attinet ad alterum, exiſtimo Socinum falli, docentem. Titio mortuo vel capite minuto, eius portionem mulieri accreſcere, argumento ex illis verbis ſumpto a contrario ſenſu; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit*, igitur eo mortuo, vel capite minuto, totum mulier habebit: Fallitur, inquam, niſi ego cum Duareno fallor, quoniam textus dicit, mulierem plus conſequi non poſſe nubendo, & ſic conditioni non parendo, quam conſecuta eſſet, ſi conditioni paruiſſet; & ſic nequam nupſiſſet. Tunc enim dimidiam tãtum vſusfructus habuiſſet, quia Titius ſuam quoque legati por-
B tionem obtinuiſſet.

Quod autem Papinianus ait; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit*, non eo pertinet, vt eo mortuo, vel capite minuto, totum legatum mulier habeat; quia ſtatim Iuriſconſultus docuit, plus eam habere non poſſe, quàm habuiſſet, ſi conditioni paruiſſet; ſed eò ſpectat, vt intelligamus, viuente Titio, & in eodem ſtatu manente, rationem dubitandi fuiſſe, vtrum mulier totum haberet vſumfructum, dimidiam videlicet ex ſua perſona, & dimidiam ex perſona Titij, quia cum Titius conditione defectus nihil poſſet petere, dicendum uidebatur, ob eam cauſam mulierem totum petere poſſe, vt ſcilicet ipſa in locum Titij ſubſtituta (erat enim ei coniuncta) quodammodo uideretur; ita vt ſaltem quoad Titius viueret, idem iuris haberet, quod Titius, ſi non fuiſſet conditione defectus, haberet. Cæterum quia conditioni non paruit, ut dictum eſt, Papinianus reſpondit, non poſſe eam plus habere. Quod ſi mortuus eſſet
C Titius, vel capite minutus. non erat illa ratio pro muliere: quia morte, vel capitis diminutione conſtat vſumfructum finiri, § finitur, in Inſtit. de vſufruct. Sicut ergo, ſi Titio pars vſusfructus deberetur, illa deficeret, & ad proprietatem rediret eo mortuo, vel capite minuto; ita nullo modo dubitandum videbatur, quin ſi Titius iam conditione defectus moreretur, vel capite minueretur, mulier prorſus excluſa foret, vſufructu ſcilicet tunc finito, & ad proprietatem reuertente. Atque ego ſic exiſtimo, nec huius me ſententiæ pœnitet.

CAPVT C.

Vtrum fideicommiſſa, & alienationis prohibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos.

D COronidis loco huius centuriæ, ac libri inſignem tractabo controuerſiam: Vtrum extendatur fideicommiſſum, alienandique prohibitio vltra quartum gradum, qua de re extat Iuſtiniani Nouella 159. de reſtitutione fideicommiſſi. Variæ ſunt atque diſſidentes interpretum ſententiæ. Vna eſt eorum, qui ſimpliciter dicunt, non extendi. Ita Angelus, in Auth. de reſtitutione fideicommiſſi, nu. 4. Ioannes Bertachinus in ſuo Repertorio, in verbo, *Alienatio*, verſ. 80. Decius in conſ. 351. nu. 1. Bartholomæus Socinus in conſ. 42. num. 11. lib. 3. Iaſ. ad l. vlt. num. 5. C. de hæred. inſtit. Ioannes Crotus in repet. l. filiusfamilias, §. diui, nu. 174. de leg. 1. Alciatus ibid. nu. 52 Nicolaus Valla variarum, quæſt. cap. 3. Bartholomæus Romuleus de Teſtatorum præceptis, num. 181. Franciſcus Hottomanus in conſil. 61. numer. 12. & ſequentibus.

Secunda eſt ſententia, regulariter quidem vltra quartum gradum non extendi, ſed hoc non habere locum, ſi

testator illam adiecerit rationem prohibitioni alienationis; quia voluit bona sua ad suos descendentes perpetuo peruenire. Ita omnium primus docuit Iaco. Belussius in d. Nouell. de restitutione fideicommissi, & sequitur Bar. ibi, num. 3. Alex. in consi. 56. nu. 1. lib. 1. & in cons. 59. nu. 4. lib. 3. Dec. in consi. 481. nu. 9. consil. 516. nu. 16. consil. 635. nu. 8. Ias. ad l. filiusfam. §. Diui, in prima lect. num. 113. & in 2. lect. nu. 155. de leg 1. Ruin. in cons. 123. numer. 17. lib. 2. & in consi. 124. num. 2. eod. Curtius iunior in consil. 88. num. 2. D. meus Cephalus in consil. 114 nu. 35. consi. 137. num. 38.

Tertia est sententia, non esse discrimen statuendum, vtrum testator vsus fuerit verbo *familiæ* an verbo *descendentium*, sed fundamentum esse ponẽdum in verbis, quibus testator dixit se velle, vt bona sua *perpetuo* in familia conseruarentur; tunc enim prohibitio alienationis ac fideicommissum vltra quartum gradum porrigitur. Ita Ripa ad l. filiusfam. §. Diui, num 112 de leg. 1. Soc. iun. in cons. 81. nu 23. lib. 2. Parisius in cons. 88 nu. 23. lib. 2.

Quarta est sententia; Nouellam Iustiniani prohibitionem restringere ad quartum gradũ, etiam si testator voluerit bona sua perpetuo conseruari in familia, sed tamẽ seruandam non esse d. Nouellam, quoties ex coniecturis percipere possumus, testatorem voluisse eam prohibitionem perpetuam esse, & maximè ex moribus regionis. Ita Didacus Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 5. post numer. 4. vers. verum Iustiniani. Et ab hac sententia non videtur multum dissentire Mantica, de coniect. vlt. volunt. lib. 8 ti. 2. nu. 22. dum ait se subsistere, nec temerè a cõi Doctorum interpretatione vsu recepta recedendum esse, quoniam nec leges ipsæ alia ex causa nos tenent, quàm quòd iudicio populi receptæ sunt; & leges ipsæ firmantur, cum moribus vtentium approbantur.

Postrema est sententia Iacobi Cuiacij in expositione d. Nouellæ 159. *Generaliter* (vtor eius verbis) *ex ea Nouella constituendum esse, prohibita alienatione extra familiam, & ex ea causa vocatis ijs, qui sunt ex ea familia iure fideicommissi, fideicommissariam substitutionem non extẽdi vltra quartum gradum, videlicet, si extraneus extiteris hæres per medium impuberem, vt mater per abnepotem in pupillari ætate decedẽtem in proposita specie, quæ est summa Nouellæ, non temerè extendenda ad omnes species.* Nã *etiam si priora, quæ dixi, deerabat, non est tamen deerabenda hæc adiectio Si per medium impuberem extraneus extiterit hæres, quæ non magnam rationẽ habet; nam ius ita est, vt liceat in infinitum substituere. Et videtur hæc Nouella ex earum numero esse, quæ Hermanopolus Tribonianum composuisse narrat obscurè & ambigue pecunia corruptum; vt & Nouella 2. & 106. & recantata plerçque.* Hactenus Cuiacius.

Hæ sunt aliorum sententiæ. Vt autem quid statuendum sit, quæ nam potior sit, & eligenda ex dictis sententijs interpretatio sit, intelligatur, operæprecium duxi ipsius Nouellæ uerba hic apponere: etsi enim prolixa sit erit tamen valde commodum lectori, habere ante oculos ipsa verba legis, ex quibus quæ sit reijcienda, quæ probanda sententia facilius intelligat. Apponam autem Nouellam secutus Haloandri translationem, quoniam Iuliani translatio multos continere dicitur errores, & intricata & obscura esse.

Imperator Iustinianus, &c. Tantum nobis benignitatis adest, ut ne priuatas quidem causas, quæ iudicium nobis inquisitionem superare videntur, legibus nostris definire indignum putemus; ne si quando priuata causa audientiam in iudicium deferri solitam excedat, longa mora eos, qui in iure controuerso hærent, atterat. Aliquot igitur gloriosiss. vir Alexand. ad nos retulit, gloriosa memoria patrem suũ Hierium, cum testamẽti tabulas conscriberet, hisce verbis vsum esse; volo & iubeo, vt heredes mei, Constantinus quidem clarissimus vir deputatam sibi domum cum omnibus (vt præscriptum est) cohærentibus illi iuribus, & Suburbiũ in Coparijs appellatum. Item cum omnibus (vt præscriptũ est) iuribus ad ipsum pertinentibus, & domum Antiochia

A *si tam emptã ab Ammiano: Anthemius verò dulcissimus suburbium in Blachernis dictum, redẽptum a gloriosa memoria viris Eugenio & Iuliano, & suburbium in promontorio sinus Sosthenij, quod olim in dominio Ardaburij gloriosæ memoriæ fuit: Callipius autem clarissimus vir suburbium Bitharinum siue Philothei nuncupatum: & Alexander clarissimus vir suburbium in Venetis, neque per venditionem, neque donationem, neque permutationẽ, neque quocunque tandem titulo in alium transferant, reijciantve, aut eam domum, seu præscripta quinque suburbia, a meo nomine & mea familia alienent: sed si quidem (quod Deus faxit) nascantur filij, & relictis post se filijs aut nepotibus, siue*
B *legitimis, siue etiam naturalibus, moriantur: vt pro se quisque deputatum sibi suburbium, aut domos tam in hac regia vrbe, quam Antiochiæ positas, filijs ac nepotibus legitimis, aut etiam naturalibus suis relinquant. Persuasum etenim habeo, quod neque naturalibus liberis ac nepotibus dispositionem, voluntatemq́; hanc meam negligent. Si verò in vniuersum omnes, aut aliqui, aut vnus ex ijs (quod abominor) sine liberis decedat, volo & iubeo, vt qui liberis orbis aut orbus mortem obierit, superstitibus aut superstiti ex ipsis fratri præscriptas domos, tam quæ in hac vrbe, quam quæ Antiochiæ est, & item prius declarata quinque suburbia cum omnibus eorũ iuribus, & omnibus denique rebus, & personis, quæ ijs continentur, citra vllam exceptionẽ restituat; cessante videlicet inter eos fideicommissorum seu legatorum seruandorum causa, satisdatione. Volo etenim ac iubeo, ne quisquam ab alio huius generis satisdationem expetat: ijs vel eo, qui præter paternam & pietatis erga ipsos plenissimam intentionem meam a fratribus suis satisdationẽ in rebus abalienari prohibitis expetere pertentauerint, vel pertentauerit: omni modo eius fideicommissi amissionem sustinentibus uel sustinente. Atque hæc quidem ipsum prætulisse in testamento; conscripsisse autem & codicillum, in quo talibus propemodum verbis vsus sit: Manifestum planè facio, quòd pridem testamẽtum per scripturam fecerim, & quæ in eo conscripta sunt, ex animi mei sententia composuerim: voloq́; ac iubeo, vt omnia, quæ eo in testamento con-*
C *tinentur omni modo firmitatem obtineant: his solis exceptis, per quæ forte in hoc meo codicillo, vel aliquid mutauero, vel relicta alicui legata ademero Volo igitur ac iubeo, vt suburbium illud meum, quod Coparia appellãt, quod in proposito testamento magnificentissimo filio meo Constantino reliqui, detur, & pleno proprietatis atque possessionis iure ad clariss. pariter & generosiss. nepotem meum Constantinum magnificentiss. filij mei filium Hierium, simul vniuersum pertineat, cum omnibus prætorijs, quæ in eo sunt, & omnib. scalis, & quæ vel intra vrbem, vel extra urbem propensione elocantur, ædibus atque officinis, & balneo & hortis tam intra quàm extra muros existentibus, & hippodromo, neq; non horto, qui in ipso est, & cisterna, atque omni denique in re, quod vllo modo in eo mihi suburbio competit. Id ipsum vero suburbium tunc demũ, prædicto præclariss. nepoti meo Hierio dari volo, cum primum post meam mortem patris sui potestate solutus, per emancipationem sui iuris factus*
D *erit; nulla licentia eidem generosiss. nepoti meo concedenda, vt præfinitum res terminum excedat, aut ijs qui vel ex hoc meo, vel eiusdem clarissimi nepotis testamento in eadem iura successerint: ut idem suburbium, vel partem eius aliquã, vel ius diuendant, permutentve aut alicui donent aut quocũque modo denique ab alienent: propterea quod hoc ipsum suburbium, & ædes situm sitasve intra portam mirifici cultus, quà uia ducit ad sacrosanctum martyrium sanctæ Teclæ, per omnia ac perpetuo velim permanere in familia mea neque vnquã de meo nomine egredi Volo autem & iubeo, si quidẽ eueniat, ut generosiss. nepos meus Hierius, vel intra pubertatem, vel ẽt post pubertatem, sine liberis tamen legitimo matrimonio procreatis, moriatur, ut eius suburbij, siue ædium possessio, simul & proprietas perueniat, et deferatur aut restituatur magnificentiss. patri eius Constantino sub eadẽ conditione, ne vnquam de familia mea meoq́; nomine ab alienentur. His ita confectis ipsum quidem a rebus humanis*

manis abisse. Hierium verò gloriosæ memoriæ domum quidem Theopoli sitam, quæ successione paterna ad ipsum peruenerat alijs personis vendidisse; ipsam autem domum, quę in hac alma vrbe est, & insuper suburbium, quod illi Codicillo datum erat, in quibus omnibus interdicta fuerat alienatio, ad Constantem gloriosę memoriæ filium suum transmisisse, illumq; rursus pragnante vxore relicta vitam finiuisse, scripto prius testamento, in quo disposuerit, vt si puer vel natus non esset, vel natus ante pubertatem mortuus esset, tã gloriosissima eius mater Maria, quam inclyta etiam vxor eius altera Maria ad successionem eius vocarentur. Postea verò quàm nata filia in ipsa infantia, & tenerã adhuc ætatem agens humanis rebus excessit, cum reliquam substantiæ partem, tum etiam domum in ampla hac vrbe, & insuper suburbium, quod expressis verbis Hierio gloriosæ memoria in codicillis relictum fuit, ad inclytas mulieres deuoluta esse; meritoq; tam ex testamento, quàm ex verbis codicilli domum iuxta & suburbium vindicandi sibi locum datum, vtpote qui solus hoc tempore ex Hierij gloriosæ memoriæ liberis superstes permanserit, & primum gradum in nomine familiæ obtineat. Verum qui pro Maria & Maria gloriosiss. fœminis faciebant verba, ij aiebant, neque testamenti verbis vllum locum factum esse. Neque enim Cõstãtem gloriosæ memoriæ, absque liberis ex rebus humanis abisse, vt vtrarumq; ædium restitutioni locus sit. Sed neque suburbij nomine ritè secundumq; leges Alexandrum gloriosissimum virum hasce adoriri: cum & ipse suburbiũ, quod ipsi relictum fuerat, in quo communis pater æquè ut in cæteris alienationem illi prohibuit, ante id tempus alienauerit; sed & alios fratres idem hoc fecisse. Et leges nostras si quidem omnes ordine, in quibus huiusmodi aliquid definitum sit, defuncti voluntatem transgrediantur: ex æquo omnib. restitutionem adimere: ne si vicissim alter alterum mutua petitione in iure vocent, multis in vna causa subdantur iudicijs, legesq; de hoc propositas nobis reuocarunt in memoriã. Alexander autem gloriosissime rectè se actionem intentare aiebat, & maximè de vtrisq; ædibus; defunctum enim satis manifestè suam in codicillis sententiam de his rebus declarasse, cum res familiæ conseruari voluerit, sed multò iustioribus rationibus se nisi in suburbio. Neque enim rectè illas sibi alienationem exprobrare, cui ex imperiali iussione hoc facere indultum fuit. Ac prolixis in ea causa disputationibus vtraque pars vsa est, nunc testatoris interpretando voluntatem, nunc nostras vsurpando leges, quas in rẽ quæque suam facere arbitrabatur. Nos igitur cum & legum, & testamenti interpretationem perspectam haberemus: nõ nuda sententia, sed lege eius causę decisionem complectendã duximus, simul ut præsentem dirimeremus controuersiam, simul vt cęteris mouenda de his contentionis causam præriperemus. Vnde subtilius pariter & exactius testamenti verbis innixi, deprehendimus ipsis quidem filijs hęreditatem, capescentibus alienationem interdictam si sine liberis vita functuri essent; non alterius vero his etiam, qui eis succederent: sed contentum fuisse defunctum, si inter filios duntaxat alienationis; interdictum constitueret; neque enim si & ipsi relictis filijs decederent, matere ipsum cura perquisiuisse, cui aut quomodo res relinquerentur: nec voluisse alienationis interdictum vltra filiorum vitam extendero. Enimuero codicillũ, qui de suburbio duntaxat factus fuit, interdixisse ijs etiam, qui ex testamenti gloriosę memorię Hierij (de iuniore loquimur) res per successionem cepissent, ne suburbium alienarent, & quod consequenter inducitur, in his quoque defunctum uoluisse, vt id quoque perpetuo in familia permaneret. Et quidem quæ in controuersiam deducta sunt, eiusmodi fuerunt. Nos vero cum totam causam cum diligentia, qua decet, penitius intueremur, in alijs quidem rebus, quarum sanè Constantinus gloriosę memorię, Hierij senioris filius, ex paterni testamẽti tabulis dominus factus fuit, pręclarè nullam quęstionem excitandam rati sumus, arcendumq; in hic actione non solum Alexandrum gloriosiss. virum, sed etiam omnem reliquam familiam: cum & testamenti verba prohibitionem inter solos constituant filios: & ipsi gloriosę memoriæ, Herij filij, per quos qui post eos illius familię portio extiterunt, Hierij sibi iura vindicant, nonnullas apud se constitutas res alienauerint, perinde quasi ex vna voluntate substitutionem interdixerit. Quod autem ad suburbium attinet, cuius dominum codicillus ostendit esse gloriosę memorię Hierium, pręter modum scrupulosa nobis diligentia plenum visum est, si post quatuor demum generationes huiusmodi quęstionem produceremus in medium. Nunc certè cum Maria & Maria gloriosiss. fœminę etiamnum supersint, quę alicubi & ipsas nostrę leges in familiam reponunt, vt quę sponsas quoque hac appellatione dignentur: neque rectè, neque ordine Alexander gloriosiss. vir litem a se pręsentam instituit. Quia vt maximè hę decessissent: tamen quod quatuor iã generationes pręteriisse viderentur, haud sustineremus tam absoletam causam denuò tradi iudicijs, & maximè cum Constantis filia in pupillari adhuc ętate vitam finierit. Vnde tametsi testamentum ille non confecissit: suburbium tamen ad matrem eius peruenisset: non ipsa pupilla, sed ipsa quodammodo lege horum causa existente: quamuis nemo successorum gloriosę memorię Hierij circa voluntatem eius deliquisset; licet enim Constans cum testamenti tabulas cõscriberet substitutiones quasdam fecerit, filia intra pubertatem mortua: nihil tamen inde excellens introducitur: cum & ipsa lex pupillæ substantiã matri, quasi ea sine testamenti tabulis decessisset, per se prabitura esset. Sancimus igitur vt neque gloriosiss. vir Alexander, aut eius filij, neque reliqui senioris Hierij gloriosę memoriæ liberi, neque alius quisquam omnium, qui genus suum in eorum familiam referunt, vel Mariam & Mariam gloriosiss. fœminas occasione rerum apud ipsas consistentium, vel alios, apud quos aut hoc tempore res existant, aut ad quos sequenti tempore peruenturę sint, in quibus alienationem forte Hierius gloriosę memorię prohibuit, adoriantur iudicio, aut omnino mentionem de cętero prohibitionis & familię nominis faciant, & aliquod sibi exinde ius adquirant: vtpote, cum & alij Hierij gloriosę memorię filij res suas abalienauerint, & reliquorum quodãmodo alienationibus consenserint, ac per per eas, neque non alias, quas prędiximus, rationes, quę ad huiusmodi iudicationem & legislationem abundè nobis sufficiũt sibi pariter et successoribus suis, actiones quę ipsis potuissent competere, sustulerint.

Atque hęc non tantum pręsentis causę decisio esto, sed & reliquarum in quibus huiusmodi prohibitione facta, tot successiones pręterirent, & vltimus heredum, per interuenientem aliquem in medio impuberem hęreditatem capessat. Hactenus Nouella.

Iam igitur positis ante oculos verbis Nouellæ, breuiter dispiciamus, quæ sit ex iam relatis sententia probabilior. Atque in primis apparet, priorem sententiam recipiendam non esse, quæ habet fideicommissum & prohibitionem alienationis simpliciter & absolutè ad quartũ gradom restringendam, & illum excedere nõ posse. Cõfutatur hæc sententia ex Nouellę verbis, ex quibus duo colligere licet. Primum, Imperatorem quidem innuere vltra quartam generationem extẽdendam non esse prohibitionem, sed tamen non hoc absolutè docere: nec ea ratione duntaxat niti eius decisionem ac legem. Id patet ex verbis decisionis positis in ipsa conclusione, quæ maximè spectanda mihi videtur, illis, inquam, verbis: *Vtpote cum & alij Hierij gloriosę memorię filij res suas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus consenserint, ac per eas, neque non alias, quas prędiximus rationes, quę ad huiusmodi iudicationem & legislationem abundè nobis sufficiunt,* &c.

Ex quibus verbis patet, non vnam hanc rationem de prohibitione non extendenda vltra quartum gradũ Imperatorem mouisse, sed etiam alias. Quod si hęc ratio sola sufficeret, atque ea esset mens ac intentio Iustiniani, vt nullum fideicommissum, nulla prohibitio quartum excederet gradum, cur non id dixisset? Cur alias rationes adduxisset?

A Alterũ, quod ex Nouella colligitur, illud est, Iustinianum postquam causa decisa legem proposuit generalem ad alias similes causas pertinentem, non absolutè hoc dixisse ac statuisse, atque generalẽ legẽ proposuisse, vt nullum fideicommissum a testatore ordinatũ, nulla alienationis prohibitio quartum gradum excedere possit; sed decisionem suam Imperator extendit ad alias causas, in quibus huiusmodi prohibitio facta sit, & tot successiones præterierint, & vltimus hẹredum per interuenientẽ aliquem in medio impuberem hẹreditatem capessat. Sic enim ait Imperator; *Atque hac non tantum prẹsentis causa decisio ẹsto, sed & reliquarum, in quibus huiusmodi prohibitione facta tot successiones prẹterierint, & vltimus hẹredum per interuenientem aliquem in medio impuberem hẹreditatem, capessat*, &c.

Si igitur in alijs casibus nõ proponatur eiusmodi prohibitio, & eædem ac similes facti circumstãtiæ, non erit idem iuris statuendum, ac proinde non simpliciter & absolutè statuendum erit, fideicommissum, & prohibitionem extendi non posse vltra quartum gradum; quia Imperator eam legem statuens requirit concursum aliarũ circumstantiarum. B

Et licet Rubrica seu Titulus Nouellæ generaliter ita dicat: *Vt restitutiones fideicommissi usque ad unum gradũ consistant, vel secundum Iuliani translationem: De restitutione fideicommissi, & nomine familia, quod usque ad quartum gradum locum habet*, &c. Nihilominus ego magis inhærendum puto verbis legis, & præsertim ijs, quæ disponunt, ac nobis præcipiunt, quæ in futurum seruanda sint; quoniam generalis Rubrica siue Titulus ex lege ipsa, quæ sequitur, declarari debet. Vt ecce Titulus generalis est: *Negotiatores ne militent* C. lib. 12. & tamen generalis illa prohibitio multis modis a lege restringitur, vt ibi patet, & declarat Alciatus, alia id genus argumenta proferens, lib. 2. Paradoxorum, c. 18. Dixeritne aliquis cõtra legem specialiter declarantem verbis generalibus tituli adhærendum esse?

Secundo, ex Nouellæ verbis euincitur, respiciendam non esse secundam sententiam, nempe prohibitionẽ vltra quartum gradum extendi, cum testator illam adijcit rationem. *Quia uoluit bona sua ad suos descendentes perpetuo peruenire.* Nam ut illud omittam, quod cæteri ante me dixerunt, non esse aliquod discrimen, quantum ad rem, qua de agitur inter *familiam, & descendentes*; nonne patet ex facti specie, de qua loquitur Nouella testatorem vsum esse verbis significantibus suam esse voluntatem, vt perpetuo bona in familia permanerent? id patet ex illis verbis: *Propterea quod hoc ipsum suburbium, & ędes situm sitasve intra portam muri fuculnes, quia via ducit ad sacrosanctum martyrium sanctę Tecla per omnia ac perpetuo velim permanere in familia mea, neque vnquã de nomine meo egredi*. Et tamen vltra quartum gradum non extendi statuit Imperator accedentibus alijs circunstantijs, vt dictum est. Quamobrem distinctio illa, ac generalis doctrina extendi vltra quartum gradum volens prohibitionem ob dicta verba, manifestè repugnat verbis Nouellæ, atque ideo recipienda non est. D

Quod si ex verbis Nouellæ refellitur prædicta sententia ac interpretatio, multo magis refelli debet tertia illa sententia, quæ ita fundamẽtum posuit in verbo *perpetuo* vt propterea velit etiam vltra quartum gradum extendi fideicommissum ac prohibitionem. Perspicuum enim est nullam esse rationem habendam eorum verborum, quibus testator declarauit se velle, vt sua bona perpetuò in familia permanerent. Etenim dictis verbis vsus erat testator in specie Iustiniano proposita, & tamen ad quartum gradum prohibitionem & fideicommissum restrinxit, ut iam patet.

Quod autem quarta docet sententia, non esse seruandam hanc Nouellam, vbi constiterit testatorem voluisse, vt bona perpetuo in familia seruarentur, & prohibitionẽ esse perpetuam, maximè ex moribus regionis, nequaquam nobis satisfacere potest; quia leges seruandas

A putamus postquam latæ sunt, & secundum illas iudicandum dicimus, ut in c. 3. dist. 4. ex D. Augustino habetur. Quod si lex municipalis, uel iusta regionis consuetudo eam legem abrogauerit, tunc seruanda erit iuxta ea, quæ traduntur in l. de quibus, ff. de legib. in c. vlt. de consuetudine, & in l. omnes populi, ff. de iust. & iure.

Vnus ergo, vt tandem concludam, Iac. Cuiacius, quẽ supra retuli, in postrema sententia uidetur mihi propius ad veritatem accessisse: idem enim docuit, quod lex ipsa, vt ex collatione uerborum vtriusque facilè intelligetur. Sic igitur statuo, si omnes circunstantiæ, quæ propositã Imperatori speciem comitantur, alienationis prohibitioni ac fideicommisso, quæ nobis proponentur ad decidẽdum fuerint adiunctæ, tunc rectè ac ordine facturum eum, qui ad quartum generationis gradum alienãdi prohibitionem ac fideicommissum restrinxerit. His cessantibus, antiquis legibus, quę de fideicommissis, ac prohibitionibus loquuntur, nec ea sic restringunt, acquiescendum putamus.

B Solet etiam dici, fideicommissa tempus centum annorum excedere non posse: neque decimum gradum inter agnatos, siue cognatos, quæ an sint recipienda, dispiciamus. Quod de centum annis dixi, affirmauit Cec. in consil. 378 circa fin. & secutus est D. meus Cephalus in consil. 268. num. 25. lib 2. Sed non rectè, quod ante me notauit Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 2. nu. 25. Fundamentum enim illius sententiæ primum est in d. Nouella de restit. fideicommiss. de qua multa diximus, vbi certè nullum verbum inuenias hac de temporis prę finitione centum annorum.

Secundo est in eo positum, quod legatum annuum, centum annorum spatio extinguatur, vt no. Bar. ad l. annua, § vlt. ff de annuis legat. Sed iure non probatur hæc sententia, pręterquam in legato vsusfructus ciuitati relicto, vt in l. si vsusfructus, ff de vsu & vsufr. legato. Et denique constat, in infinitum olim licuisse substitutiones fideicommissarias facere, ex l. penul. §. instituto, de leg. 2

G Quod vero adiunxi de decimo gradu ex Petri Ancharani responso 95. affirmauit Dec. in consil. 321. nu. 2. non rectè ut visum etiam est Didaco Couuar lib. 3. variar. resol. c. 5. post num. 4 vers. *Quinto hinc*, vbi dicit, eorum responsa minimè esse obseruanda, æquissimè defendi posse, inspecta testatoris uoluntate, simul & considerata communi horum fideicommissorum interpretatione. Fundamentũ enim eorum est, quoniam vsque ad decimum gradum tantum est successio intestati agnatorum, vt in §. vlt. in Instit. de legitima successio. cognator. Et ideo ad hunc vsque gradum moderanda esse uidetur testatoris substitutio proximiorum seu agnatorum. Sed non rectè hoc infertur: primò, quia testatoris fideicommissa, vel in infinitum se extendunt, si leges antiquas spectes, testatore ita iubente, vt dictum est: vel vsque ad quartum gradum duntaxat porriguntur secundum Nouellam supradictam. Secundo quia, alia est ratio successionis testati, alia intestati. Nam intestatorum bona nullis existentibus cognatis ad fiscum pertinent, si nec vir existat, nec vxor. l. 1. C. vnde uir & uxor; & sic ad extraneos peruenire non possunt, quoniam illis fiscus præfertur. Cæterum in successione testati alia est ratio; quia ad eos bona perueniũt ad quos peruenire uoluit testator, & ideo cum ad omnes in infinitum peruenire vult agnatos non debet aliquis excludi quocunque gradu defunctum contingat: quoniam nec extraneus excluderetur, si extraneum testator substitueret. D

∴

AN-



ANDREÆ FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVINTVS.



CAPVT PRIMVM.
Defensio c. Rainucius, de Testamentis, aduersus Francisci Hotomani hæretici obiectiones.

FRANCISCVS Hotomanus, natione Gallus, professione Iurisconsultus, ac eruditus vir, de iurisprudentia, deq; omni re literaria bene meritus dici posset, nisi hæretica prauitate imbutus, aliquam scriptorum suorum partē hæresis veneno aspersisset; ac proinde (id quod hęreticis omnibus commune est) omnem occasionem aduersus sacros Canones ac Rom. Pontificem scribendi perperam quæsiuisset, ac inter alia eius scripta disputatio extat contra Innoc. III. decisionem positam in c. Rainucius, de Testamentis. qua demonstrare conatus est, Summum illum Pont. contra iuris regulas peccasse, multaq; noua, & iuri repugnantia statuisse. Ego verò operæpretium duxi, nec ab instituto hoc meo alienum, eius argumenta refellere; quáquam sacri Canones per se iustissimi alicuius patrocinio, & defensione non egeant. Erit igitur hæc mihi controuersia cum Hotomano. Negat ipse Pont. Max. rectè ac iuri conuenienter respondisse; Ego autem affirmo atque contendo contrarium.

Argumenta Hotomani sunt ista: Primum, Sum. Pōt. hoc vult in eo responso, vt ex bonis filiæ, quę restitutioni obnoxia sunt, mater & auia paterna suas tertias detrahere possint, hoc est, legitimas: sed hoc est absurdum, & cōtra leges pugnat. Ergo responsum illud defendi non potest, & absurda continet.

Maior propositio probatur ex illis verbis textus: *Cum autem coram G. Diacono Cardinali auditore à nobis concesso fuisset diutius litigatum ipse de mandato nostro sententiam supradictis iudicis, videlicet in eo, quod dixit tertiam Clerę, & tertiam Adelasię integraliter deducendas, pronunciauit iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita, &c.*

Minor autem est manifesta, primò, quia vbi mater, & auia paterna filio morienti supersunt, soli matri táquam

A proximiori successio defertur, auia exclusa, vt habetur Nouella 118. §. 2. Si non debetur auiæ successio: ergo nec legitima: quia legitima portio est successionis siue hæreditatis ab intestato debitæ, l. parentibus, C. de inoffic. testamen.

Secundo probatur, quia etiamsi mater, & auia simul admitterentur, tamen non singulis tertia pars legitimæ nomine deberetur, sed ambabus vna tátum tertia pars, siue triens, §. vlt. in Instit. de inoff. testam.

Tertio, quia in specie, de qua loquitur Summus Pontifex, non agitur de bonis siue hæreditate filiæ Adiectæ, sed de bonis Rainucij patris, ac testatoris, qui per fidei-
B commissum Alterochæ ea reliquerat, si adiecta absque liberis moreretur, vt patet ex illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquit certa bona sua, adijciens, vt Alterocha & soboles, quam gestabat in vtero, eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur.*

Cum ergo non de bonis filiæ, sed de bonis patris agatur, nihil legitimæ nomine deberi potest matri, vel auiæ paternæ, legitima enim ei tantum debetur, qui ad hæreditatem vocatur. Ad hæreditatem autem illam Rainucij non vocabatur mater, & auia Adiectæ, vt patet, sed filiæ, quæ aderant.

Respondeo, Summi Pontificis responsum ac decisio-
C nem nihil absurditatis continere; quia loquitur non secundum ius commune, sed secundum consuetudinem Ciuitatis, in qua causa agebatur. Id patet ex illis verbis textus: *Pręcepit etiam idem iudex, de ijs rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundum Tuscanę consuetudinem Ciuitatis.* Id annotauit Glos. in verbo, *Tam tertia.* Neque verò credibile cuique videri potest, ex iure communi ita respondisse Summum Pontificem; quis enim ignorat patrefamil. defuncto, hæreditatem spectare ad filios, non ad matrem, vel vxorem defuncti? fuitne tam rudis ille, vt hæc iuris principia nesciret? Aut ignota sunt statuta Ciuitatum, & con-

suetudines, quibus est constitutum, vt præmoriente viro, vxor lucretur tertiam bonorum partem: sicut & è contrariò, vxore præmoriente maritus tertiam partem dotis lucretur?

Hic aduersarius replicat hoc modo: *Cum autem (inquit) Glossematarius huius decretalis interpres, tantam absurditatem animaduerteret, medicinam quæsiuit. Adscripsit enim probabilius sibi videri, duas illas matris, & auiæ tertias non ex ciuili, sed potius ex Longobardico iure detrahi, propterea quod eo loco, vbi earum mentio fit, ita scriptum est: Illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis. Sed videamus, ne si ex eo loco argumentari liceat tertias illas iure Longobardico detrahi, similiter concludi debeat, legitimæ detractionem, quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Longobardico iure attributam ei fuisse. Vbi enim de illa agitur, ita scriptum est: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis fieri consueuit. Quod quàm absurdum sit nemo non videt. Verùm, vt illud omittamus, estnè verisimile tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tuscana ciuitate receptam esse consuetudinem, vt mater, & vxor patrisfamilias duos de ipsius patrimonio trientes auferant, neque eis liceat suis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere?* &c.

Respondeo, Glossæ interpretationem verissimam esse. Quod enim Summus Pontifex loquatur de iure municipali ciuitatis Tuscanæ, facilè euincunt verba iam relata, & ipsa rei verisimilitudo. Quod verò iste dicit, etiam ea, quæ subijciuntur in ea decretali de legitimę detractione filiæ Adiectæ, secundum eandem consuetudinem accipienda esse ex verbis relatis, & id absurdum esse, nihil obstat, primò: quia non dicit Summus Pontifex legitimam Adiectæ detrahendam tantum propter consuetudinem Ciuitatis, sed dicit in hunc modum: *Quia verò pater Adiecta ipsam in legitima non potuit aggrauare, legitimam ipsam, videlicet eius partis, quæ sibi debebatur, ab intestato deducendam censuit, & etiam retinendam; Itaquod deductio fiat tantummodò de his rebus, de quibus secundum consuetudinem Tuscanæ ciuitatis fieri consueuit.* Et paulò superius loquens de legitima in bonis matris, & auiæ debita, dixit eam iure naturæ deberi.

Ex his patet, legitimam deducendam esse ex iure communi, tanquam iure naturæ debitam. Sed ex certis duntaxat rebus, secundum Tuscanæ consuetudinem ciuitatis. Vnde consuetudo iuri conformis in hoc erat, vt legitima deduceretur; sed ius eam detrahendi non concedebat ex omnibus rebus, quæ sanè interpretatio, ac sententia literalis est, & verbis textus prorsus consentanea. Sed cum agitur de legitima matris, & auiæ detrahenda, alia est ratio; neq; enim illud accipi potest secundum ius commune; quia iuri communi repugnat, vt mortuo patre filijs superstitibus mater, & auia legitimã deducant; Sed aduersarius nihil pensi habuit, vt Summum Pontificem absurda scripsisse in illa epistola iactaret.

Secundò, etsi dixerimus legitimam filiæ Adiectæ deducendam fuisse, atque illi attribuendam secundum Tuscanæ consuetudinem ciuitatis, nihil tamen absurditatis inde sequitur. Cur enim absurdum videri possit, ciuitatem idem statuisse, quod ius commune Cæsareum, vt nempe legitima filio assignaretur ex bonis fideicommisso subiectis? Quamobrem Hotomanus nec probat hanc absurditatem, nec vbi consistat indicare voluit. Rectè, nulla enim erat, ideo demonstrari non poterat.

Cum verò miratur tam barbaram esse consuetudinẽ, vt patrefamilias defuncto, mater, & auia duos trientes auferant, & vnus tantum triens filijs relinquatur, in eo sanè hallucinatur; quoniam in primis non de omnibus rebus deduci possunt trientes supradicti matris, & auiæ, vt patet ex textu. deinde, quia & mater, & auia dotes suas filijs conferre debent; neque enim verisimile est eas & dotes præcipuas habere, & præterea trientes bonorũ.

A Tertiò, quia & ex ipsis trientibus matris, & auiæ legitima deducenda est filiorum defuncti patrisfamilias, vt patet ex verbis illis textus: *In eo, quod dixit tertiam Cleræ, & tertiam Adelasia integraliter deducendas pronunciauit iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita Alterocha, illi salua sit in vtraque,* &c. Quartò, quia duæ sunt personæ, Rainucij vna, altera patris ipsius, quare mater eius tertiam deducere potest, ratione patris Rainucij, Vxor autem ratione Rainucij: nec rarò accidit, vt talia extent statuta Ciuitatum, vel consuetudines; vt præmoriente viro, vxor tertiam partem aliquorum bonorum lucretur: præsertim, quia contrà etiã ita disponunt, vt præmoriente vxore vir lucretur tertiam dotis partem, vt suprà dictum fuit. Denique alia possunt considerari, ex quibus consuetudinis illius ratio, & iustitia eluceat. Et ideo non sic temerè affirmare oportet illam barbaram esse, & feram, & inhumanam consuetu-B dinem.

Tertiò dicit Hotomanus: *Si qua huiusmodi consuetudo in ista Ciuitate valuisset superius in exponenda causa, mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfamilias disponere inter liberos poterat, facta sine dubio fuisset; nimirum Rainucium trientem illum, de quo liberè statuere poterat, suis illis filiabus attribuisse.*

Respondeo, negando consequentiam; neque enim Summus Pontifex in exponenda causa mentionem vllam facere debuit, nisi eorum, quæ ex facto proponebantur. Non proponebatur autem ex facto Rainucium filiabus suis vllum trientem attribuisse, sed ita planè de rebus suis statuisse, vt in epistola continetur. Ex facto enim proposito ius oritur, nec respondens ad propositam facti speciem, quid iuris sit, debet factum immutare, vt notum est.

Quartò, ita pergit Hotomanus: *Præterea locus est a-C pertissimus, ex quo intelligi potest duarum illarum tertiarum detractionem de sola hæreditaria Adiecta portione petitam esse. Cum enim Alterocha restitutionem postulasse dicitur, non dubium est, quin eorum tantum bonorum restitutionem postularit, quæ Adiectę attributa, & relicta, & fideicommisso destinata a Rainucio fuerant. Atqui postea dicatur licere Petrucio de illis bonis ab Alterocha postulatis duas illas matris, & auię tertias detrahere, ex quo perspicuum est, eas non de vniuerso Rainucij patrimonio, sed pręcisè de hac hereditaria portione Adiectę attributa detractas fuisse. Verba autem hęc sunt: Coram quo Alterocha bona quondam Rainucij, tanquam ex causa fideicommissi, vel substitutionis sibi debita, petijt tutore filiorum ex aduerso dicente, quod de bonis illis tam tertia Clerę, & tertia Adelasię vxoris eiusdem, quam quarta per Trebellianum nomine ipsius Adiectę erant ante omnia deducendę, quibus ex verbis perspicuè intelligitur, tres istas detractiones, de his ipsis bonis sumi, quę fideicommissi nomine postulaban-D tur, neque aliunde duas Clerę, & Adelasię tertias exigi, nisi vnde Trebellianica petebatur, nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cum textus eas coniunctim de certis bonis postulari ostendat, non autem duas ex iure Longobardico, tertiam ex iure ciuili.*

Respondeo, vitiosam esse Hotomani argumentationem, hæc enim est: Duæ tertiæ, quas detrahunt Clera mater, & Adelasia vxor, ex portione Adiectæ, detrahuntur, sicut, & Trebellianica ex eadẽ portione detrahitur; ergo eodem iure ciuili omnes detractiones fiunt, sicut enim Trebellianica ex iure ciuili detrahitur, ita, & aliæ duæ tertiæ. Nego Consequentiam, Hotomane: quid enim proponitur, licet ex vnius bonis omnes detractiones fiant, quin diuersis tamen ex fontibus, vt puta vna fiat detractio ex iure ciuili, aliæ ex iure Tuscanæ Ciuitatis? Tollitne ius ciuile consuetudinem ciuitatis Tuscanę in ea parte, qua matri, & vxori licet tertiã deducere? aut Tuscana Ciuitas tollit Senatusconf. Trebell. autoritatẽ? Cur ergo ita ratiocinaris, quasi non liceat, & iuris cõis, & consuetudinis patrię iurib. vti inuicem non repugnantibus?

tibus?

tibus? Illud obiter monendi ſumus, mirum aut iniquum videri non poſſe: ex vnius Adiectæ portione deduci tertiam matris & auiæ: quoniam ſic ſtatuere debemus Alterochæ minus fuiſſe relictum, quæ erat altera filia teſtatoris Rainucij, ita vt ſuam duntaxat legitimam habitura eſſet, & ideo ex eius portione nihil detrahi potuiſſe: Vel matrem & auiam ex portione ſua conſecutas fuiſſe, quicquid conſequi debuerant trientis ſupradicti nomine; ita vt ex portione quoque bonorum Adiectæ relictorum pro rata deductioni locus ſit. Decet enim cum de aliqua diſputatur, cætera rectè, vti cōuenit, aut ſupponere, aut imaginari, de quibus nulla eſt diſputatio aut controuerſia.

Denique ita ſcribit Hotomanus: *Neque vero plura de Gloſſatorum interpretatione dicenda ſunt: præſertim cū tota illorū in tertijs deducendis ratio nemini probari poſſit. Nam ſi ponamus in Rainucij bonis fuiſſe LIV. tres autem perſonas Cleram, Adelaſiam & Adiectam tertias ex eis petere, non ſic rationem inibimus, vt Clera de LVI. detrahat XVIII. poſt Adelaſia de reliquis XXXIV. auferat XII. ad extremum Adiecta de hiſce XII. quatuor abſtrahat, Cum enim vnicuique earum eodem iure, eodemq; temporis puncto legitima debeatur, quis nō uidet ex eadem quoque ſumma ſingulis ſuam portionem attribuēdam? Neque Cleram Adelaſia, aut hanc illi anteferendam eſſe? ſed vnā ſimul omnibus illis tribus legitimam de toto Rainucij patrimonio attribuendam, quam pariter æquabiliterq; inter ſe partiantur, verbi gratia XVIII. omnibus quemadmodum ex §. vlt de inoffic. teſtam. ſuperius demonſtratum eſt. Verū, vt antea diximus, quæſitum emplaſtrum eſt, quod iſta vlcera non ſanaret, ſed tegeret*, &c.

Reſpondeo, rectè Gloſſatores rationem inire, & Hotomanum neſcio quibus tenebris inuolutum videri. Etenim ipſa Clera mater Rainucij, quæ fuit vxor patris ipſius Rainucij, detrahere debet ante omnes alios tertiā partem ex LIV. quæ ex patris hæreditate ad Rainucium peruenerunt: ſuppoſito enim ſtatuto, quo ſit cautum, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum eius, ſequitur, vt mortuo Rainucij parente, qui Cleræ maritus fuit, ipſi Cleræ debeantur tertia pars bonorum. Poſtea Rainucius Adelaſiæ vxori ſuæ præmoritur, & illa quoque tertiam partem habere debet, ſed non omnium LIV. ſed eius quod remanet detracta tertia parte matris Rainucij; illa enim tanquam anterior & potior prius deducere ſuā tertiam potuit ex LIV. quæ reliquit in bonis vir ipſius, qui fuit parens Rainucij. Detracta tertia parte Adelaſiæ, tunc locus eſt detractioni legitimæ Adiectæ; quia & illa prius deducenda eſt, cum ius Adelaſiæ ſimiliter antiquius ſit, & ideo tanquam æs alienum deduci debeat ante filiorum legitimam, l. Papin. §. meminiſſe. ff. de inoffic. teſtamen. & hac ratione inita nulla eſt abſurditas; imo iuri omnia ſunt conſona, quia prior tempore, potior eſt iure; & priora ac potiora iura habenti, prius eſt ſatisfaciendum. Prius itaque ſatisfit Cleræ, vtpote anteriori, & ex LIV. aſſignantur illi XVIII. Secundò Adelaſiæ, cui pro tertia aſſignantur XII. ex XXXVI. quæ reſtant, & ex reſiduo ſit detractio legitimæ Adiectæ, ſicut præclarè docet Gloſſator. Et licet fiant eodem tempore omnes detractiones, non tamen fiunt eodem iure; ſed ratio habetur anterioritatis iurium ſingularum mulierum, & diuiſio fit, vt fieri debet, prius deducto eo, quod prius deducendum eſt, ſicut in rationibus ſupputandis diuiſionibusque faciendis ſeruari oportet: neque enim ruſticano more æqualiter, vbi iura ſunt inæqualia, diuiſio fieri debet, ſed iuſtè & geometricè, ac ſecundum vniuſcuiuſque iurium ac creditorum proportionem. Et ex his primum, quod attulit argumentum Hotomanus, ſatis, vt arbitror, confutatum eſt.

Secundum argumentum: *In ea Decretali nouum aliud ius conſtituitur* (verba ſunt Hotomani) *Mater et auia paterna ſpem ſuæ legitimæ in bonis ſuperſtitis filiæ, quæ reſtitutioni obnoxia ſunt, vendere extraneo & donare poſſunt. Cū enim Petrucij liberis hæc omnia & eorum tutoribus adiudi* A *centur perſpicuum eſt alienationes illas, quæ a matre & auia factæ dicuntur, confirmari, qua de re ita diſputari pōt. Primum, quod iſto modo venditio hereditatis uiuentis confirmatur, contra l. 1. cum ſimilibus ff. de hered. & act. vēd. vbi Vlpianus ait; propterea id nō poſſe, quia vēderetur res, quæ nulla eſt, & in rerum natura non eſt, quod autem de tota hæreditate dicitur, idem de legitima, quæ ipſius pars eſt, dicēdum eſſe conſtat, ex vulgata l. quæ de tota. ff. de rei uind. Denique paciſci de legitima viuentis non licere nemo neſcit ex l. ſi quando, 35. §. 1 ff. de inoffic. teſta. ex l. 1. § ſi impubere, de collat. Præterea, iſto modo pactum, quod mali hominis eſt, id eſt, quo liberorum ſpes extinguitur, confirmatur, contra l. inter ſtipulantem, 80. §. Sacram, ff. de uerb. obligat. Nā iſtius duplicis trientis ſperati, venditio, nō aliter rata eſſe poteſt, quam ſi Adiecta ſine liberis deceſſerit. Poſtremò abſurdum uidetur, quod iſto pacto ius legitimæ, quod certis perſonis proprium eſt, & in eas propriè conuenit, tamen extraneo cedatur, nimirum Petrucio Adiectæ marito, Cum tamen ea, quæ certis perſonis propria ſunt, cedi extraneo non poſſint, quemadmodum de vſufructu traditur in § finitur,* B *de vſufructu l. ſi vſusfructus, 66 ff. de iure dot. de fideicommiſſo verò in l. mulier, 59 §. ex aſſe, ff. eod.*

Reſpondeo breuiter; Nam iſte toto errat cælo, & cælum ſuis ferit telis argumentorum fruſtra ſanè, & inutiliter, non hic matrem & auiam lienaſſe ſpem eis competentem in bonis filiæ reſtitutioni obnoxijs; ſed alienaſſe ius, quod eis de præſenti competebat poſt mortem Rainucij Etenim mortuo parente Rainucij, mater Clera tertiam bonorum partem lucrata fuit ex ſtatuto ſeu conſuetudine Tuſcanæ Ciuitatis. Similiter & Adelaſia mortuo Rainucio lucrata fuit tertiam partem bonorum eius meritò illa donare potuit, hæc autem vendere. Nullo enim iure quis prohibetur hæreditatem, aut partem eius vendere, vt conſtat ex tit. de hæreditate & actione vendit. Quare omnia, quæ adferuntur ad probandū, non valere pactiones alienationis bonorum viuentis, ac legitimæ, fruſtrà adferuntur, nec ad rem pertinent, cum, vt dixi, Clera mater & Adelaſia vxor defuncti Rai- C nucij non alienauerint viuentis Adiectæ hæreditatem, aut partem eius, ſed tertiam bonorum partem, quam iā tempore alienationis ob mortem Rainucij & patris eius conſecutæ fuerant, quæ quidem alienatio omni iure permiſſa eſt.

Tertium argumentum: *Cum mater & auia paterna* (inquit Hotomanus) *ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iiſdem legitimis ſuam legitimā detrahit, quo iure conſtitutum video detractionē ex detractione concedi. Nam de matris legitima ſuam legitimā filia detrahit, quod quam abſurdum ſit, nemo non videt nā neque acceſſionis acceſſio, neque detractionis detractio vſquam conceditur: vtpotè cum hoc contra naturam ſit: quē admodum de uſuris vſurarum, aut vſuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. placuit. 29. cum ſimilibus. ff. de vſuris. & de Falcidia in l. Pœnales, §. ſi Titio. ad leg. Falcid. Eodem illud quoque accedit, quod iſta Alterocha legitima præciſè & peculiariter de legitimis matris eius &* D *auiæ detrahi dicitur nam ſi qua detrahenda fuit, non de illis particulis, ſed vniuerſe de tota illarum hæreditate, quæ mortis tempore reperta eſt, illam deduci oportuit, l. cum quæritur, 6. C. de inoffic. teſtam.*

Reſpondeo falſum eſſe fundamentum, quo iſte nititur, nempe matrem & auiam paternam ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxiſſe. Nam eas detraxerunt ex bonis Rainucij defuncti, Clera quidem mater eam ob cauſam, quod vir eius, nempe Rainucij pater, fuerit præmortuus; Adelaſia autem eam ob cauſam, quod Rainucius eius maritus ſimiliter ante eam deceſſiſſet: & hæc vigore ſtatuti ſiue Conſuetudinis Ciuitatis diſponentis, ut mortuo viro vxor lucraretur tertiam partem bonorum eius. Ex bonis igitur Adiectæ relictis a teſtatore Rainutio deducere potuerunt Clera auia paterna, & mater Adelaſia tertias iſtas: & ſic Petrucius, cui donatæ & venditæ fuerunt dictæ tertiæ, cū ad reſtitutionem

nem vrgeretur Alterochæ faciendam ex substitutione, deducere poterat has tertias: sed quoniam Alterocha actrix filia erat Adelasiæ, & Cleræ neptis, meritò allegabat ex dictis tertijs deducendam esse legitimam sibi debitam, neque enim obscuræ sunt leges, quibus est cantũ, cum per inofficiosas largitates legitima læsa est, eas vsque ad legitimę quantitatem rescindi, l. 1. l. 2. l. si totas, C. de inoffic. donatione.

Sed quid de venditione dicemus, cum non sic illa retractari possit? Respondeo cum Glossatore, venditionẽ factam fuisse in fraudem, & simulatè, vnde obesse non debuit Alterochæ, quantum ad legitimam, lege nuda, & imaginaria, ff de contrah. empt.

At, inquit Hotomanus, tunc legitimam non solum ex his tertijs deducere Alterochæ debuit, sed vniuersè de toto patrimonio, *Prętereà* (inquit) vbi de inofficiosis donationibus, aut earum rescissione vlla in consultatione, & toto decretalis contextu, vel minima suspicio est? non enim, opinor, iudex huic controuersiæ adhibitus potuit illas donationes nondũ inofficiosi conuictas, & damnatas ita obiter, & quasi aliud agens rescindere. Nam quod ad inofficiosæ venditionis quærelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio est?

Respondeo, ita nos statuere oportere, legitimam Alterochæ ex vniuerso patrimonio Cleręe, & Adelasiæ deducendam esse; sed hoc cessat, si aliud illæ non reliquerint in bonis: Et dato, quod reliquerint, negari non potest, quin etiam ex dictis tertijs, quæ donatæ, & venditæ fuerunt, pro rata deduci possit Alterochæ legitima. Nam si ex toto patrimonio deducenda est, sequitur, vt etiam ex hac parte bonorum deducenda sit.

Quòd verò dicitur, nullam in tota decretali fieri mẽtionem de inofficiosa donatione, & eius rescissione, nihil mouet; quia ex eo, quod vsque ad legitimam Alterochæ debitam illa reuocatur, satis manifestè colligere possumus inofficiosam fuisse donationem.

Denique quod iste subdit, inofficiosæ venditionis querelam non dari, nihil obstat: quia, vt iam dixi, ita præsupponere oportet eam venditionem fictam, & imaginariã fuisse, vti optimè Glossa explicat.

Quartum argumentum Hotomani versatur circa fructus. Sic enim textus ait: fructus ex bonis restitutioni subiectis a tempore litis contestatæ in Trebellianicã imputandos: *Vbi* (inquit Hotomanus) *duplex dubitatio oritur. Primum cum si fructus ab herede fiduciario quocunque tempore percepti, ei in suam Pegasianam imputantur, l. in fideicommissaria, 18 ff. ad Trebell. quantò magis ab eius successore percepti, & ante, & post litem cõtestatam imputabuntur? Quamquam, quoniam hic casus est de primi gradus liberis, quibus priuilegium a Zenone tributum est, vt fructus illis in suam quartã non imputentur, l. iubemus, 6. C. ad Trebell. propterea de his, qui Adiecta viuente percepti sunt, nihil mutamus, sed eius successorem meliore esse iure, quàm quo sunt hæredes fiduciarij extranei, nulla ratio est. Præterea singulare quiddam est in hoc controuersiarum genere, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est litis cõtestatione mala fides possessorem effici, ac proinde fructus ab eo postea perceptos imputari, l. 2. cum similibus, C. de petit. hæred. Nam quemadmodum traditur in l. solidum, 78. ff de leg. 2 ab ea regula excipiuntur causæ, in quibus Falcidia locum obtinet; Idque perspicua æquitate, quia possessor non absolutè, & simpliciter restitutionem abnegat, sed cum adiectione, si totum restitui petitur, non enim tota hæreditas debetur, sed cum detractionibus legitimis, eoque pertinet l. 3. ff de vsuris.*

Respondeo ideo successorem Adiectæ fructus perceptos ante litem contestatam in Trebellianicam non imputare, quia eos percepit ex negligentia non petentis fideicommissum. Ait enim textus, mortua Adiecta virum eius maritum superstitem aliquanto tempore eius bona possedisse in pace, ex quo patet, Alterocham negligentem fuisse in petendo sibi bona restitui ex substitutione, nec enim quicquam petit, donec ille viueret. Con-

A stat autem fructus in Trebellianicam nõ imputari, quoties ab eo, qui restitu. re tenetur, percepti sunt, ex negligentia non petentis, vt habetur in l. mulier, §. si hæres, ff. ad Trebell. ibi: *Fructus enim, qui percepti sunt negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti uidentur.* Lite autem contestata imputari debent, quia ex eo tempore possessor est in mora, & in mala fide, l. certum, C. de rei vindicat.

Quod autem subdit aduersarius in hoc controuersiarum genere singulariter constitutum esse, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est, litis contestatione malæ fidei possessorem effici, nec ad rem pertinet, & absolutè verum non est. Nam locum habere non potest, nisi eo in casu, quo possessor objicit Falcidiam petenti fideicommissum, & actor totum petit, nec vult pati, vt detractio fiat, tunc enim hæres possessor in mora non dicitur esse, & hoc probat l. qui solidum, de leg. 2. & l. 3. ff de usuris. Sed quid si totum fideicommissarius petat, & possessor non ei Falcidiæ detractionem objiciat, sed

B excipiat nil ei deberi, obstare agenti præscriptionem, usucapionem pro dote, & alia, vt in ea specie, de qua agitur in cap. Rainucius, nunquid idem dicendum erit? Nequaquam, quia hic negat possessor simpliciter, & absolutè restitutionem, quare ante litem contestatam bona fides ei proderit, post litem autem contestatam nullo modo, quãtum ad restitutionem fructuum, ut in l. certum, C. de rei uind. & in alijs similibus.

Quintum argumentum Hotomani: *Cum auia, & mater*, inquit, *suas legitimas de bonis filię restitutioni obnoxijs detrahunt, ipsa quoque filia sibi detrahit, ac proinde tres legitimę a tribus diuersis personis detrahũtur, quod cuiusmodi sit, ex his, quę in prima enunciatione dicta sunt, satis intellectum est. Nam siue matri legitima debeatur de filij hęreditate, ei deberi intelligitur, siue rursus filio debeatur de parentis. Vtrique autem de eadem hęreditate, & matri, inquam, & filię deberi non potest, propterea quod in intesta-*

C *torum hęreditatibus liberorum gradus parentes excludit Nouella CVIII §. 1. Quare cum pateat hanc Rainucij hęreditatem esse, sola filia legitimam ab ea capiet, matrem verò, & auiam prorsus excludet.*

Respondeo ex his, quæ dicta sunt ad primum argumentum, non iure communi ac Cęsareo niti responsum hoc Pontificis Maximi, sed consuetudine siue lege particulari Tuscanæ Ciuitatis, ut frustrà iste legem Cæsaream inculcet. Sic autem res habet. Mater Clera ex morte patris Rainucij lucrata est tertiam partem bonorum eius ex particulari lege ita statuente, vt præmoriente viro uxor lucretur tertiam partem bonorum; similiter & Adelasia uxor Rainucij tertiam est lucrata. Ex eo, quod superest, tertia debetur Adiectæ, pro sua tamen portione uirili, & sicut Glossator optimè proponit casum. Erant in bonis exempli causa LIV. ex his deducit mater Clera, quæ est omnibus anterior XVIII. Restant

D XXXVI. Ex his deducentur tertia Adelasiæ, nempe XII. Restant XXIV. Ex his tertia pars sunt VIII. Duæ sunt sorores, Alterocha, & Adiecta, ergo legitima Adiectæ erunt IV. & legitima Alterochæ similiter IV. Restant XVI. Ex his deducitur quarta pars ex Trebelliano, & sic IV. Restant XII. hæc restituuntur Alterochæ. Præterea Alterocha detrahit ex XVIII. quæ assignata sunt Cleræ auiæ suæ paternæ suam legitimam, videlicet III. Sunt enim duæ filiæ, & sic VI. Legitimam constituunt ambarum. Ex XII. autem matri Adelasiæ assignatis legitimam Alterocha deducit, nempe II, Quoniam IV. efficiunt legitimam ambarum filiarum. Et sic in totum habet Alterocha ex dictis LIV. quæ sunt in hęreditate XXI, nempe IV. pro sua legitima V pro legitima ex bonis matris, & auiæ. Et XII. ex causa fideicommissi. Possessor autem bonorum habuit primò ex tertia parte Cleræ donatricis XV. ex tertia parte Adelasię, quę fictè vendidit X. Pro legitima Adiectę IV. ex Trebellianica detractione IV. quę omnia efficiunt XXXIII. iunge XXI. efficies LIV.

Postre-

Postremum Hotomani argumentū eo tendit, vt ostendat detrahi non posse legitimam, & Trebellianicam simul a filijs fideicommissaria restitutione grauatis. Sed quoniam hæc est celebris controuersia, vt ei caput sequens totum attribuerem, quo magis discutiatur, faciendum putaui. Igitur lectorem ad sequens caput inuito, in quo de duabus detractionibus disputationem inueniet, simul Innocentij Pont. Max. defensionem aduersus eiusdem Hotomani argumenta.

CAPVT II.

Vtrum filius rogatus hæreditatem restituere, possit detrahere simul legitimam, & Trebellianicam pro defensione c. Rainucius, de testamentis, contra Franciscum Hotomanum hæreticum.

INsignis controuersia hæc est dignaque omnino diligẽti, & accurata disputatione. Tres sunt interpretum sententiæ. Prima filium detrahere posse tam legitimam, quàm etiam Trebellianicam. Secunda, legitimam tantum, vel Trebellianicam detrahendam esse iure Ciuili, secus autem iure Canonico. Tertia, distinguendum esse, vtrum purè, vel sub conditione filius restituere grauatus sit Nam si purè, vnam tantum detrahet; si sub conditione ambas detrahere poterit. Vide Glo. & cæteros Canonistas ad c. Rainucius, & ad c. Rainaldus, de testamentis. Legistas ad l. iubemus, C. ad Trebell. & ad l. Papin. §. meminisse, vbi latè Cagnolus, ff. de inoff. testam. Alexan. in consil. 141. lib. 2. Couuar. ad dict. cap. Rainucius, §. 11. num. 5. Andream Geyll, lib. 2. obseruat. 121. Francisc. Hotoman. quæstio. Illustris. cap. 35. & in disputatione contra cap. Rainucius, nouissimè Angelum Matheacium de via, & ratione artificiosa iuris, lib. 2. cap. 25. Iacobum Cuiac. lib. 8. obseru. cap. 3. Ego ne diu suspensum lectoris animum teneam, in ea sum sententia, vt filius detrahere possit dimidiam hæreditatis: & sic tam legitimam, quàm Trebellianicam, sicut habet prior opinio, quam initio retuli, nullo discrimine adhibito, vtrum purè, vel sub conditione rogatus sit restituere, nullaque inter ius Canonicum, & Ciuile constituta differentia. Etsi enim iure Canonico id satis apertè declaratum sit in dict. cap. Rainucius, & in dict. cap. Rainaldus, tamen & iuri Ciuili id consentaneum esse, & ex illius regulis, & constitutionibus, si non expressè, satis tamen euidenter elici demonstrabo. Itaque sic statuo. Cum filius a patre rogatus est hæreditatem restituere, constituendas esse ex toto asse duodecim vncias, ex quibus regulariter hæreditas constare dicitur. Ex asse, atque adeo ex duodecim vncijs detrahendas esse quatuor pro legitima filij, (est enim legitima iam triens, vt notum est ex Nouella de Triente, & Semisse) hunc trientem alio non esse restitutioni obnoxium, sed exceptum ab ea: & consequenter octo vncias restitutioni ex fideicommisso obnoxias esse. Ex quibus quarta pars, nempe vnciæ duæ deducendæ sunt à filio, pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani, qui proinde in totum sex uncias habebit, & sic dimidiam totius hæreditatis. Hanc sententiam ego veram esse prius demonstrabo, & vtrique iuri, vt pollicitus sum, consentaneam; deinde argumenta confutabo, quæ aduersus eam afferuntur.

Et quidem quod attinet ad ius Canonicum, minorem esse video difficultatem, cum, vt dixi, apertè id probetur in dict. capit. Rainucius, & in dict. cap. Rainaldus, de testamen. quatenus ibi Summus Pontifex confirmat & approbat sententiam iudicis, qui pronunciauerat legitimam restitutioni obnoxiam non fuisse, & Trebellianicam detrahi potuisse. Et licet in ea specie filius rogatus esset sub conditione restituere, non autem pure, quæ causa fuit, vt multi, quantum ad hoc, purum fideicõmissum a conditionali distinguerent: tamen Summus Pontifex in eo fundamentum nō posuit, quod filius sub conditione rogatus esset: sed in eo, quod in legitima grauari non potuit: Quartam autem Trebellianicam quilibet extraneus restitutione grauatus, deducere potest, quę ratio locum habet, siue purè, siue sub conditione filius restituere rogatus sit. Porrò ad alia argumenta, quibus illa distinctio nititur, postea respondebo.

Quod verò attinet ad ius ciuile, etsi maior sit difficultas, id tamen verum esse patet, si non antiquas tantum leges, sed nouissimas quoque perpendamus, atque in hanc rem adfero Nouellam de restitutionibus, & ea quæ parit, &c. §. quamobrem, vbi Iustinianus ita dicit secundum antiquam translationem: *Quamobrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis positę constitutionis rata manere uolentes: hoc uerò innouantes solummodo, ut si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum: primum quidem seruet filio legitimam partem, non Quartam; hoc enim emendauimus inopiam eius plurimā reprehendentes; sed tertiam modis omnib. autem mediam, secundum filiorum numerum, deinde ex reliqua substantię parte si non suffecerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem: honestè, & secundum personarum qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad restitutionem*, &c.

His verbis Iustinianus clarè decernit legitimam filiorum excipiendam esse de restitutione, ex quo sequitur, eam non esse restitutioni obnoxiam: confirmatur idipsum, & alia ratione. Nam legitimam filius habiturus est, etiam si alius hæres instituatur; Ergo non continetur in restitutione fideicommissi, argumento l. sequens quæstio, de leg. 2. ibi: *Et propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset, etiam alio hęrede existente*. Erit ergo duntaxat residuum substantiæ, siue hæreditatis obnoxium restitutioni; & sic octo duntaxat vnciæ restituendæ erunt. Ex his octo vncijs, quas restituere filius rogatus esse intelligitur, aio detrahendum esse quartam partem pro autoritate Trebelliani Senatuscõsulti, quod sic probo: Omnis hæres qui grauatus est vel totam, vel partem hæreditatis restituere, potest quartam partem deducere. Sed filius est hæres rogatus restituere partem illam hæreditatis, quæ excepta legitima superest, nempe octo vncias; Ergo detrahere potest quartam partem. Maior probatur ex §. sed quia, in Instit. de fideicommiss. hæredit. & ex §. nihil autem interest, eodem tit. in d. §. *Sed quia*. sic ait Imperator: *sed quia hęredes scripti cum aut totam hęreditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hęreditatem ob nullum, uel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso, & Pusione Consulibus, Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hęreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur*.

Et in § nihil autem interest, ita scribit: *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hęres institutus, aut totam hęreditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte hęres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem obseruari pręcipimus, quę in totius hęreditatis restitutione diximus*.

Minor autem propositio certa est, & perspicua, quia filius est hæres, & rogatus restituere hæreditatem, excepta legitima: illa enim excipienda est, de restitutione, vt statuit Imperator in d. § quamobrem, cuius uerba supra recensuimus.

Atque hoc est illud, quod perpendo in hac disputatione: legitimam in hæreditate patris restituenda non inueniri; quia debet excipi de restitutione; legitimam ergo filius iure proprio habebit, veluti exceptam, & non comprehensam in restitutione: Trebellianicam verò iure hæreditario, quia scilicet est hæres, & restituere grauatus. Et hoc est, quod Summus Pontifex dixit in cap. Rainaldus, illis verbis: *Quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem*

debitam

debitam iure naturæ, in qua grauari nequiuit, necnon quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione grauatus deducere potuisset.

A qua sententia non procul abest, quod respondit Papinianus in l. paret filiam, 14. ff. ad legem Falcid. in illis verbis *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio filiam habituram respondi; quia dos in hæreditate patris non inuenitur.*

Videamus nunc, quantum habeant momenti argumenta, quæ ex iure Ciuili aduersus hanc sententiam adferuntur. ea Franciscus Hotomanus refert, quæ nos ita ordine confutabimus.

Primum omnium (Hotomani sunt verba) *Pontificali autoritati opponitur natura rerum, & sensus communis, Assis enim ratio, & natura hæc est, vt eius vna aliqua parte nominata, altera necessario intelligatur, quippe cum ex eorum numero sit, quæ Dialectici τὰ πρός τι nominant. Itaq; quoties Quadrantis detractio nominatur, toties Dodrantis reliquatio intelligitur neque quisquam detrahere Quadrantem dicitur, nisi is solus ei superstet ex asse Dodrans relinquitur. Quod cum ita sit, quæro, si filius, qui iam legitimarium Quadrantem detraxit, insuper velit alterum Pegasiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicommissario relinqui possit? Nam Falcidia lex relinqui omnino Dodrantem volebat, summamq́; testandi libertatem lege 12. tabularum constitutam eam in parte confirmabit l. 1 ff. ad legem Falcid. vt facile appareat, non tam Quadrantis detrahendi, quam Dodrantis relinquendi rationem habendam esse, quippe cum hæc reliquatio lege 12. tabularum primum instituta, post etiam Falcidia lege confirmata, & constabilita sit.*

Respondeo, nec Summum Pontificem, nec quemquam alium velle testandi facultatem lege 12 tabularum datam, & Falcidia lege confirmatam auferre, aut aliqua ex parte minuere, sed hoc dicit Summus Pontifex, & vult, nosque sequimur atque contendimus, patremfamilias legitimam filio debitam excipere debere, quoties filium hæredem restitutionis onere grauat. Id sanè, & Iustinianus statuit, & æquissimum videtur, ne legitima onere aliquo prægrauetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. Dicimus præterea Quadrantem ex Trebelliano detrahendum esse. Id quod Senatusconsultum iamdiu concessit, quare nihil hæc legibus repugnāt. Nec vero hæc cum natura rei, & sensu communi pugnant. Nam etsi Quadrante detracto ex hæreditate dodrans superesse intelligatur, nihil tamen prohibet, quo minus restitutioni obnoxius sit, Dodrans tantum hæreditatis, siue detracto Triente, Bes tantum, & ex eo quarta pars Trebelliani nomine, detrahatur. Tunc obstaret rei natura sensusque communis, si diceremus, totum assem hæreditatis obnoxium esse restitutioni; tunc enim triente deducto, residuum restituendum superesset. Sed non ita dicimus. Iam enim constat filio rogato restituere hæreditatem, eam interpretationem adhibendam ab initio vt censeatur rogatus restituere bessem tantum hæreditatis; quia legitimarius triens excipi debet. Quare sicuti, si expressè filius rogatus esset bessem restituere, procul dubio detraheret ex eo quadrantem Trebellianicum, ita etiam respondendum est, vbi totum assem restituere quidem rogatus est testatoris verbis, sed tamen non nisi bessem restituere rogatus intelligitur autoritate legis iubentis, vt dixi, legitimarium trientem excipi de restitutione.

Secundum argumentum Hotomani. Eiusmodi alterum argumentum, inquit, *est, Nam cum quadrantis detractio sit priuatio, & priuatio præsupponat habitum, vt nostri loquuntur, hoc est, detractio rem subesse arguat, satis constat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat, hoc est, ab eo, cui plus dodrante superat. Quod si filius, qui legitimā detraxit Pegasianum quadrantem petat, quæro, an ab eo petat, cui plus dodrante superat? Ac nimirum hoc illud est, quod vulgo dicitur, quarta detractionem ei demum concedi, qui supra dodrantem grauatus est. §. sed quia. de fideicommiss. hæredi. vbi dicitur Senatum censuisse, vt ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur hęres supra dodrantem grauatus non est, sed ei quadrans hæreditatis quoquo iure, siue institutionis, siue præceptionis, deductionis, retentionis, siue legati, siue mortis causa capionis relictus est, sequitur, vt quartam petere non possit, l. in quartam. ff ad leg Falcid Itaque cum hæres legitimam adeptus est, satis constat eum supra dodrātem grauatum non esse, ac proinde petere Falcidię beneficiū non posse.*

Respondeo, propositionem, qua iste nititur, veram nō esse, ita simpliciter, & absolutè, vt ponitur, videlicet, quoties hæres supra dodrantem grauatus non est, quartam partem detrahere non potest. Nam etsi partem tantum hæreditatis, puta dodrantem solum vel minorem partem restituere grauatus sit, detrahere tamen potest quartam partem ex Trebelliano; quia nihil interest, vtrum quis totam, vel partem hæreditatis restituere grauatus sit, vt in § nihil autem interest, in institut. de fideicommiss. hæredit. Hoc autem allegare potest Hotomanus, & puto etiam, ita eum intellexisse, hæredem imputare debere in Trebellianicam, quicquid vel præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est, vt in d. l. in quartam, ff. ad legem Falcid. Et consequenter, legitimarium trientem ipsum imputare oportere. Si igitur hoc velit, vti colligitur ex verbis eius, & ex lege, quam allegat, respondeo, legitimam imputandam non esse, quoniam in Trebellianicam ea tantum imputantur, quæ ex testamento hæres consequitur, non etiam ea, quæ iure suo extra testamentum hæres habet, vel ei debentur, vt probat textus in l. paret filiam, ff ad legem Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio filiam habiturā.* Et in l debitor, ff ad Trebell. declarat post Bartolum, & alios optimè Ripa, in d. l. in quartam, nume. 84. vbi propterea docet bona emphyteutica, & feudalia non imputari in Trebellianicam, quia non capiuntur ex testamento. Sed legitimam filius consequitur extra causam testamenti, Ergo illa in Trebellianicam imputanda non est. Hæc assumptio probatur; quia filio debetur legitima legis prouidentia, nō autem patris beneficio, cogitur enim pater illam excipere ex onere restitutionis, vt dictum est, & tenetur eam filio absque omni onere relinquere, institutionis titulo, Appellaturque *debitum naturale.* in l. scimus, § illud præterea, C. de inoffic. testam & in l. 1. C. de imponen. lucra descript. *Debitum bonorum subsidium.* in Nouella de Triente, & Semisse. Et necessitatem imponit lex parentibus relinquendi legitimam filio, *tanquam illa secundum naturam ei debeatur,* inquit Imperator in Nouella, de hæredibus & Falcid. §. 1. quare ex his omnibus concluditur, rectè dici legitimam extra causam testamēti capi à filio, & non patris iudicio, vt dictum est, sed legis prouidentia, vt alibi loquitur Vlpianus, in l. si arrogator, ff. de adoptio. Consequenter illa imputari non debet in D Trebellianicum quadrantem, in quam ea imputantur, quæ patris iudicio ex testamento perueniunt.

Tertium argumentum *ducitur,* inquit Hotomanus, *ex aliarum quartarum inductione; nam in reliquis omnibus hoc perpetuo videmus esse iuris, vt vnius adeptio, alteram excludat. Cuius rei tria exempla suppeditat l. Papinianus ff. de inoffic testam. Primum est in § quarta autem, vbi filius, qui Falcidiam ex legatis adeptus est, ab inofficiosi querela depellitur. Alterum in §. vnde si quis, vbi filius Pegasianam ex fructibus consecutus, similiter ab inofficiosi actione excluditur. Tertium in §. si quis impubes, vbi nepos ex filia impubes, ab auo arrogatus, & exhęredatus, quoniam ex constitutione D. Pij Quartam habet, a querela remouetur. Cui consentaneum est, quod traditur in l. 1. § pen. ff si cui plus quam per legem Falcid. vbi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam, si eam detraxit, a Falcidia petenda depellitur.*

Respondeo, vt & initio dixi, non esse in hac disputatione obseruandum id, quod antiquis legibus est constitutum. Si enim secundum antiquas leges definiri debeat

hæc

Margin letters: A, B, C, D

hæc controuersia, facile existimauerim vnam tantum quartam detrahendam esse,& hoc probant exempla aliarum quartarum adducta: sed hic postremæ leges perpendendæ sunt, quibus constitutum est, vt filio restitutione iniuncta, legitima excipiatur, aut pro excepta habeatur. Ex hoc enim sequitur, illam esse retinendam tanquam filio debitam, & residuum hæreditatis restituendum deducta Quarta Trebellianica, in quam legitima non imputatur, ut dictum est: quia non iudicio testatoris, sed legis prouidentia ad filium peruenire dicitur. Quare argumentum ex aliarum quartarum inductione, in quibus hæc specialiter constituta non sunt, huc nequaquam pertinere potest.

Quartum argumentum Hotomani est, ex Nouella 39. de restitutionibus, & ea quæ parit, *Cuius verba* (inquit Hotomanus) *Iuliano interprete, hæc ferè sunt: Si quis vnũ ex liberis hęredem instituerit, & rogauerit eum, vt cum morietur, alijs restituat hæreditatem: primum quidem legitimam portionem, nempe trientem sibi retineat, cæteras autẽ partes fideicommissario restituat integras. Itaque Bartolus in eum locum scribens num.1. Nota inquit, filium fideicommisso grauatum non posse duas quartas detrahere, sed vnam tantum.*

Respondeo, maiorem me in viro docto fidem in referendis legibus desiderare. Nam si legatur tota illa Nouella, siue secundum Iuliani, siue secundum Haloandri interpretationem hoc non dicit. Verba superius proposui, & totam hic Nouellam adscriberem, nisi id superuacaneum viderem. Hoc dicit quidem Nouella legitimam esse accipiendam de restitutione; sed non sunt in ea illa verba: *Cęteras autem partes fideicommissario restituat integras.* Videat lector Nouellam totam, & omnis ei scrupulus auferetur.

Sed nec fideliter Bartoli verba refert, etsi enim aliquod argumentũ ex Nouella desumat pro contraria sententia, nõ tamen ita loquitur, ut ille refert: uerba Bartoli hæc sunt: *Nota ex hac l. in ver. Quamobrem: quia iste textus optimè facit, quod filius rogatus de restitutione non possit habere, nisi vnam quartam. Nam hoc vides, quod filio de restituendo grauato solum consulitur in quarta debita iure naturæ, & tota reliqua substantia venit in restitutione fideicommissi, nec diminui potest, nisi ex causa dotis vel donationis propter nuptias. Sed si Quartam Trebellianicam detrahere posses, deberet ex causa dotis, vel donationis propter nuptias constituere, si debita iure natura non sufficeret: nam quod hęc de reliqua substantia possit detrahi, & priuilegium dotis, & donationis propter nuptias; ergo in contrarium est ius commune; quia propter nullam aliam causam reliqua substantia, quę restat, possit detrahi vel minui. l. ius singulare, de leg.*

Respondeo ad illud argumentum. Nouellam non hoc dicere, detracta legitima totam reliquam substantiã in restitutionem uenire, legantur uerba, non hoc inuenietur: sed Bartolus id colligit ex duobus, primùm: quia Nouella dicit detrahendam, siue excipiendam esse legitimam de restitutione, & nihil dicit de Trebellianica: ui detur enim inferri ex hoc, reliquam substantiam restituendam esse. Deinde, quia tantummodo dos & donatio propter nuptias hoc priuilegium habeant, ut ex restitutione excipiantur. Respondeo ad primum, non, si textus Nouellæ legitimam excipiat, & nullam Trebellianicæ mentionem faciat, idcirco Trebellianicę detractionẽ fieri posse negat. Legitimam enim excipit, quia non vult eam subiectam esse restitutioni. Cętera substantia subiecta est restitutioni, secundum formam Trebelliani Senatusconsulti; quæ est, vt siue tota hæreditas, siue pars eius restituenda sit, quarta pars detrahatur. Ergo non prohibet ibi detractionem. Ad secundum respondeo, dotem & donationem propter nuptias excipiendam esse de restitutione; quia pater tenetur filiæ dotem dare, & donationem propter nuptias pro filio constituere, l. vlt. C. de dotis promissio. Ergo non potest in hac parte filium grauare, ac per restitutionem iniunctam efficere, vt dotem & donationem propter nuptias non consequatur. Reliqua substantia subiecta est restitutioni, sed secundum legis formam, ut fiat Quartæ detractio ex Trebelliano Senatusconsulto. Itaque uerum est, quod dicit Bartolus, solam dotem, & donationem propter nuptias hoc priuilegium habere, ut in restitutionem non ueniant: sicut nec legitima uenit iure naturæ debita, reliqua enim substantia in restitutionem uenit, nec nos id inficiamur, sed uenit cum sua causa, ut scilicet patiatur quartæ partis detractionem.

Dices, si locus esset detractioni Quartæ huius Trebellianicæ, ex ipsa dos & donatio propter nuptias erat constituenda, quatenus legitima non sufficeret; non autem ex reliqua substantia restitutioni obnoxia. At hoc iniustum est: nam, ut dixi, pater tenetur dotem, & donationem propter nuptias dare, & constituere filio. Ergo non debet filius ex sua Trebellianica, quam, ut hæres grauatus consequitur, supplere id, quod deest ad dotem, & donationem propter nuptias: sed id ex bonis, & substantia patris supplendum est, ita ut filius iure proprio dotem habeat, & donationem propter nuptias: & iure hæreditario, id est, tanquam hæres grauatus Quartam ex Trebelliano, l. pater filiam, ff. ad leg. Falci. ibi: *Falcidiam quidem iure hęreditario, dotem autem iure proprio*, &c.

Quintum argumentum est ex l. iubemus, 6. C. ad Trebell. ubi Zeno statuit, ut filius portionem suam hæreditariam fratri restituere rogatus, retenta ex Senatusconsulti beneficio Quarta, dodrantem restituat: *Quo* (inquit Hotomanus) *quid apertius dici potest? Neque nos moueat, quod supra diximus, Iustinianum de legitima statuisse, cũ enim eius summam auxisset, & ex quadrantaria trientariam fecisset, non dubium est, quin filij iam non amplius Pegasianam, sed legitimam potius petituri sint.*

Respondeo, si Zenonis tempora spectemus, vnam tantum quartam detrahi potuisse, nẽpe Trebellianicam, ratio est; quia nondum Nouella Iustiniani erat lex edita, qua constitutum est, ut legitima filiorum non ueniat in restitutionem. Cùm enim tempore Zenonis etiam legitima in restitutionem ueniret, meritò non erat lócus detractioni eius, sed tantum Quartæ Trebellianicæ, sed cùm hodie legitima in restitutionem non ueniat ex Nouella, sequitur, ut illa sit excepta, & salua filio, nec subiecta restitutioni; ex residua uerò hæreditate restituenda, quartam partem detrahere filius possit autoritate Trebelliani Senatusconsulti, quod nullibi prohibetur hoc in casu locum habere. Id verum esse, quod diximus, nempe, tempore Zenonis legitimam in restitutionem uenisse, patet tum ex lege Zenonis, tum ex Nouella Iustiniani: Ex lege quidem Zenonis, quatenus dicit: *Retenta Quarta pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani* restituẽdum esse dodrantem. Nouella autem id probatur, quia Iustinianus in d. §. quamobrem, dicit se hanc legem nouam ponere: *Pręsentem*, inquit, *ponimus legem omnia quidem alia prioris a nobis positę constitutionis rata manere volentes; hoc verò innouantes solummodo*, &c.

Quibus uerbis apparet ipsum de nouo id statuisse, ut legitima in restitutionem non ueniret.

Sextum argumentum sumitur ex l. quoties, de reg. iur. *Quoties duplici iure defertur alicui successio, repudiato nouo iure, superat vetus: non enim duę causę lucratiuę in eundem hominem, & eandem rem conueniunt.* §. si res aliena, de leg. l. omnes, l. ex promissione. ff. de actio. & oblig. & *non vt ex pluribus causis deberi nobis potest, ita ex pluribus causis peti idem potest.* l. non ut ex pluribus, de reg. iur. Cùm igitur quadrans successionis nomine, à lege attribuatur, qui eum semel ex una causa adeptus est, si eundẽ ex alia causa petat, doli exceptione rectè remouebitur: habet enim quod petit, l. 1. ff. de doli except.

Respondeo, argumentum hoc supponere unum tantum quadrantem deberi, & idcirco non posse nisi semel peti, sed nos id negamus: quia dicimus, & legitimam detrahendam, quia in restitutionem non uenit, & Trebellianicam esse detrahendam autoritate Senatusconsulti

Trebel-

Trebelliani. quare duæ causæ lucratiuæ non pertinent ad vnam, & eandem rem, sed ad res diuersas, quo casu regula non obstat.

Hæc, & alia his similia, attulit argumenta post Franciscum Hotomanum, nouissimè Angelus Mattheactus lib. 2. cap. 25. de via, & ratione iuris artificiosa. quæ sanè, vt mihi videtur, iam sublata sunt.

Superest, ut argumenta diluamus eorum, qui dixerunt, eodem tempore deduci non posse legitimam, & Trebellianicam. Illa uerò duo sunt potissimum, primum quis non uidetur iuri conuenire, ut duæ causæ lucratiuæ eodem tempore locum habeant. Alterum, quod legitima in Trebellianicam sit imputanda; uel econtrario Trebellianica in legitimam, & sic effectu non habebit filius præter legitimam, uel Trebellianicam.

Respondeo ad primum, iam responsum esse superius; quia cum ex diuersis causis procedant ambæ detractiones, absurdum non est, ut eodem tempore locum habeant. Ad alterum autem argumentum respondeo, negando imputationem illam. Nam legitima non debet imputari in Trebellianicam, cum in eam imputentur ea tantum, quæ capiuntur ex testamento. Legitima uerò capiatur extra causam testamenti, ut suprà latius dictum est. Trebellianica uero in legitimam imputari non potest; quia in legitimam haud quaquam imputantur ea, quæ filius aduentitio quodam iure habet, non autem ex ipsa testatoris uoluntate, l. scimus, §. repletionem, C. de inoffi. testamen. Trebellianica uero extrinsecus aduenit filio, uempe, ex Trebelliano Senatusconsulto, ut patet.

CAPVT III.

Vtrum Trebellianicæ detractioni sit locus cum legitima est semis.

ADmissa hac uera sententia, quam in præcedenti capite probauimus, filium hæreditatem restituere grauatum, detrahere posse præter legitimam etiam quartam Trebellianam, alia oritur controuersia: Sitne idem respondendum etiam eo in casu, quo legitima filiorum est semis, puta si quinque fuerint aut plures filij, qui restituere hæreditatem sint rogati? Etenim Bald. in consil. 94. lib. 2. respondit, hoc in casu non esse locum detractioni Trebellianæ, & Baldum secutus est, Couuar. ad cap Rainucius, §. 11. num. 6. de Testamentis. Decius in consil 228. circa finem. Fundamentum est, quia uidetur absurdum, ut grauati filij restituere hæreditatem alijs, plus consequantur ex hæreditate, quam is, cui hæreditas ex fideicommisso restituenda est. Plus autem consequerentur: quia semissem in primis dettaherent pro legitima, & ex alio semisse adhuc quartam partem. Sed contraria sententia mihi uidetur uerior, & communior, filios etiam in proposita specie præter legitimam posse Trebellianicam dettahere. Ita docuerunt Crau. in consi. 50. & ibidem Stracca in annotationibus Cagnol ad l. Papinianus, §. meminisse, numer. 19. ff. de inoffic. testamen. Alba in consil. 41. & multi alij, quos refert & secutus est Anton. Tessaurus decis. Pedemontana 252. dicens, ita Senatum iudicasse. quibus adde Marcum Antonium Engenium, in consi. 11. & in consi. 53. num. 75.

Fundamentum uero satis firmum, ac solidum illud est; quis etiam ad hanc speciem, in qua semis dettahitur ratione legitimæ, legis uerba, & ratio eius adaptantur. Verba quidē, quia generaliter lex dicit, filium in legitima grauari non posse, ac proinde deducendam, & excipiendam esse de restitutione: Trebellianicā aūt dettahi, sicut & quilibet extraneus detrahete potest. Ergo de quacunque legitima lex loquitur, siue illa sit semis, siue sit triens. Ratio uerò legis, quia nunquam legitima grauari potest, etiam si sit semis, propter numerum liberorum: & con-

A sequenter etiam, si sit semis in restitutionem uenire non potest.

Porrò fauor, quo prosequuntur leges numerum liberorum, & ipsa rei æquitas facit, ut non uideatur absurdum, si plus liberi retineant atque deducant, quam fideicommissario restituant. Etenim si quinq; sint filij, quilibet parum habebit, tum ratione semissis legitimarij, tum ratione quadrantis Trebelliani, quippe qui in quinq; partes diuidendi sint, & sic plus habebit fideicommissarius iste, quam habiturus sit quilibet ex filijs, qui grauati sunt: quamobrem nihil inde absurditatis oriri existimo.

CAPVT IIII.

Vtrum prohiberi Trebellianica detractio possit a testatore.

B PErcurremus, & alias de Trebellianica controuersias, inter quas illa est non ignobilis: Possitne Trebellianica prohiberi a testatore. Affirmant Bar. ad l. Marcellus, ff. ad Trebell. & Ias. ibid. Aretin. in consi. 57. & alij apud Gabrielium Commun. concl. tit ad Trebell. concl. 1. Adde Couuar. ad cap. Rainaldus, §. 3. num. 6. de testam. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 138. nu. 15.

Fundamentum est; quia Falcidia prohiberi potest, ut patet ex Nouella de heredibus & Falcid. §. si verò expressim. Ergò & Trebellianica. Nam æquiparantur Falcidia & Trebellianica, l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebell. immò ad exemplum legis Falcidiæ Trebelliana detractio inducta est, §. sed quia, in Instit. de fideicommissarijs hæredit. Immò Falcidiæ appellatione uenit etiam, & sępè intelligitur Trebelliana, l. pater filiam, l. Titia, ff. G ad legem Falcid. l. Iubemus, C. ad Trebellian. & uidetur esse eadem ratio in Trebelliana, quæ est in Falcidia. Illa enim ratio est, quantum ad Falcidiam; quia aut hæres, cui detractionis commodum aufertur, adibit hæreditatem, aut illam repudiabit: si adibit, pium opus faciet exequendo testatoris voluntatem, licet nullum commodum habiturus sit; si uerò repudiabit, hęreditas ad alios peruenebit, nempe substitutos uel fideicommissarios, uel alios legitimos hæredes, vt latè explicat Imperator *in* d. §. si uerò expressim.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam amplector, quam amplexi fuere Bartolus sibi parum constans, in l. nemo potest, de leg 1. Alex. ad d. l. Marcellus, ff. ad Trebell. & ibi etiam Ripa eam defendit, licet non putet a communi recedendum sententia, Alciat. lib. 5. Paradoxorum, c. 19. & alij, apud Couuar. & Gabrielum locis proximè annotatis.

Moueor hoc argumento. Certum est ante Nouellam D Iustiniani de hæredibus, & Falcidia. Trebellianicā prohiberi nou potuisse: quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest, de legat. 1. & satis id luculenter probatur in l. si ut allegas, C. ad Trebell. in l. Titia, ff. eod. & alijs in locis. Sed per Nouellam Iustiniani supradictam de hæredibus, & Falcid. contrarium nou est constitutum; ergo manet ius antiquum, ut nequaquam a testatore prohiberi ualeat detractio quartæ, quæ fit ex Trebelliano Senatusconsulto, quam Trebellianicam appellamus.

Assumptio argumenti certa est, & manifesta: quia *Iustinianus* in dicta Nouella de Falcidia lege loquitur, *quæ* ex legatis detractionem concedit, quoties ultra dodrantem legatis hæreditas onerata est.

Omnis difficultas in eo est posita: utrum illa constitutio extendi debeat etiam ad Trebellianicam: & sanè inficiari nemo potest, quin magna sit Falcidiæ, & Trebellianicæ affinitas, & similitudo, sed tamen non si in uno simili corrigatur ius antiquum, statim etiam in alio correctū censetur, ut notari solet in Auth. quas actiones, C. de

facro-

sacrosanct.eccl. Præterea considerari potest duplex ratio diuersitatis inter Falcidiam, & Trebellianicam. Prima est, quia Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato restituere per fideicommissum, qui cogi à fideicommissario potest adire hæreditatem, & restituere etiam inuitus, l. quia poterat, ff. ad Trebell. Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato, ad legata præstanda, qui quidem à legatarijs inuitus cogi non potest ad adeundã hæreditatem; Ergo cum hæres fideicommisso grauatus hæreditatem restituere in eo sit deterioris conditionis, quàm alter, qui legatis oneratus est, meritò debet in altero melioris esse conditionis, vt Trebellianicæ cõmodo priuari à testatore non possit, licet alter priuari possit.

Respondet Socinus in d.l. Marcellus, ff. ad Trebel. nõ esse rationem habendam huius grauaminis hæredis, quòd possit cogi adire hæreditatem; quia id intelligitur periculo fideicommissarij, cui restituit, vt in d.l. quia poterat. Et ratio Quartæ detrahendæ illa est, vt hæredes inuitentur ad adeundam hæreditatem, vt in §. sed quia, in Instit. de fideicommiss. hæred. non autem, quia cogi posset ad adeundum.

Iason Socino replicat, & Ripa Iasoni; Ripa inquam, in l. nemo potest, num. 44. de leg. 1. & mihi sanè videtur non bona responsio Socini, quia licet hęres compellatur damno & periculo fideicommissarij; multis tamen molestijs & periculis expositus est, licet ei sit cautũ à fideicommissario, argum l. cogi, §. si pater, ff. ad Trebell. ibi: *Non oportere sub incerto cautionis se committere.*

Altera diuersitatis ratio hæc est; quia dũ Iustinianus cauit Falcidiam prohiberi posse, sic ait: *Si verò expressim designauerit* (testator) *non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valerè sententiam, & aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quædam iustè & piè relinquentis, lucrum non in percipiendo, sed solũmodo piè agendo habentem, & non videri lucro huiusmodi esse hæreditatem. Aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum verò fieri, sicut dudum prædiximus, substitutis, & cohęredibus, & fideicommissarijs, & legatarijs, & seruis, & ijs, qui ab intestato sunt, & alijs secundum prius inuentam à nobis in talibus viam.*

Hæc ratio locum non habet in hærede fideicommisso grauato, quia datur tertium: quoniam cogi potest adire hæreditatem, & restituere, vt dictum est. Itaque non in eo verificari potest illud dilemma: Aut adibit, aut repudiabit: quia si repudiare velit, cogi potest adire: quare pro compensatione talis incommodi dignus omnino esse videtur Trebellianici quadrantis commodo; sic enim facile adducetur ad hæreditatem adeundam absque vlla coactione, quæ causa fuit detractionis inducendæ, vt dictum est.

Ex quibus responsum patet ad argumentum contrariæ opinionis; & si enim magna sit similitudo Falcidiæ, & Trebellianicæ, aliqua tamen diuersitatis ratio inter vtramque considerari potest; & vt maximè in omnibus conuenirent, inhærendum iuri antiquo videtur, donec expressè sublatum sit, nec per vllam consequentiam, ac tacitam quandam interpretationem nobis licere debet illud emendare, ac tollere.

CAPVT V.

Quid in liberis primi gradus, vtrum in Trebellianica prohiberi possit à testatore.

CONtrouertitur prætereà, vtrum filijs primi gradus Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Etenim affirmãt multi, quos latè refert & probat Menoch. in consil. 171. lib. 3. Negant verò Baldus, Salycetus, & Corneus ad l. iubemus, C. ad Trebell. & multi alij, quos ipse Menochius commemorat, vbi supra, numero 33. Fundamentum affirmantis sententiæ illud est præcipuum, quod Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Ex hoc enim sequitur, etiam filijs primi gradus prohiberi posse, in quibus nihil specialiter in contrarium constitutum est, & quibus pater legitimam portionem relinquere tenetur, ac de reliquis suis bonis pro libitu disponere, vt in Nouella de Triente & Semisse. Quod autem Trebellianicæ detractio prohiberi possit, probatur ex §. si verò expressim, in Authent. de hæredibus & Falcidia argumento sumpto de Falcidia ad Trebellianicam, tum quia æquiparari videantur; tum quia sit eadem ratio in vtraque. Sed quoniam contrariam sententiam in præcedenti capite probaui, nimirum Trebellianicam, prohiberi non posse, & illud argumentum de Falcidia ad Trebellianicam improbaui, non video quo modo huic sententiæ assentiri debeam, aut passim. quare cum filiorum causa sit fauorabilior, quam aliorum hæredum, ac pro eis antiquarum autoritas legum pugnet, quibus constitutum est Trebellianicæ detractionem prohiberi non posse; quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant. l. nemo potest, de legat. 1 affirmantem sententiam valere iubeo & negantem, quæ etiam communior est, in hac quæstione amplector.

CAPVT VI.

Vtrum Trebellianica detractio prohibita esse intelligatur, cum testator alienationem bonorum prohibuit.

NOn assentior ijs, qui putant testatore prohibente bonorum alienationem, videri prohibuisse Trebellianicæ detractionem; Nam præter quam, quod illud illa prohiberi etiam expressè non potest, vt in capit. 4. concl. supra, illuc accedit, quod sententia ista minus solido nititur fundamento. Nititur enim tex. Nouellæ Iustiniani sub titu. Vt sponsalitia largitas specialis sit contractus, &c. §. vlt. Verba textus hæc sunt: *Si quando autem aliquis testamentum faciat, & aliquam rem immobilem suæ familiæ, aut alteri cuiquam personę nomine legati reliquerit, & specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari: sed aut apud hęredes, aut apud successores illius, cui relicta est permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere; quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit.*

Hic loquitur Imperator de Falcidia, quę ad legata pertinet, & de re particulari legata alienari prohibita; non autem de generali prohibitione alienationis bonorum, quæ ex fideicommisso restituenda sint. Huc accedat, quod obseruandum est: Nam cum de vna re particulari agatur, facilè concedi potest, vt ex ea non possit aliquid deduci Falcidiæ nomine, qui ex alijs rebus hæreditarijs deduci poterit; quæ ratio cessat, vbi generalis est prohibitio, tunc enim nulla ex re detractioni Falcidiæ locus esset, quod in obscura testatoris voluntate dicendum non est. quare generalem illam conclusionem reijcio, quę docet, prohibita alienatione censeri prohibitam Trebellianicæ detractionem, etsi autores habeat non paucos, quos refert Gabrielius commun. concl. titu. ad Trebellia. conclus. 9. Mantica de coniect. vltimar. volun. libro 7. titu. 12. Hippol. Riminald. in consil. 131. Et aliorum accedo sententiæ, qui docuerunt, ita demum ex prohibitione alienationis prohibitam hanc detractionem videri, si de re particulari prohibita alienari agatur, quoniam ex alijs bonis detrahi poterit Trebellianica. ita docuerunt August. Berous in consil. 83. num. 15. lib. 2. Alciatus responso 113. lib. 9. Socin. iun. in consilio 170. libro secundo, Roland à Valle in consil. 9. libro 4. Dom. meus Cephal. in consil. 320. nume. 43. libro 3. Mant. vbi supra post numero 2.

CAPVT VII.

Trebellianicam an fideicommiſſarius reſtituens alteri fideicommiſſario detrahere aliquando poſſit.

CVm ſecundus hęres, hoc eſt fideicommiſſarius, cui à primo hærede grauato hæreditas reſtituta eſt, eam reſtituit alteri fideicommiſſario, Quartam ex Trebelliano deducere non poteſt, l. ſi patroni, §. qui fideicommiſſariam, ff ad Trebell. cauſam adferunt Iaſon ad l. 1 §. denique. ff. eod. tit. & Ripa ad l. 1. §. ſed & quoties, nu. 9 ff. eod. niſi proponatur ex facto, primum hæredem, qui reſtituit Quartam, ideo non detraxiſſe, quòd eam donare volebat fideicommiſſario; tunc enim fideicommiſſarius poſtea reſtituens hæreditaté ſequenti fideicommiſſario, iuſtè eam detrahit, l. 1. § denique, ff. ad Trebell. In his omnes conueniunt. Illud controuerſum eſt; an in dubio præſumatur hæres totam hæreditatem reſtituendo, abſque vlla detractione, donare voluiſſe huiuſmodi Quartam fideicommiſſario, cui hæreditatem reſtituit. Et Bar. in d. l. 1 § denique, ff. ad Trebel. quem ibi multi alij ſunt ſecuti, affirmat donare voluiſſe, & hanc coniecturam donationis hoc in caſu ſumendam ex illa Iuris Regula. Qui ſcienter indebitum ſoluit, donare præſumitur, l. 1. ff de condict. indeb. l. cuius per errorem, de reg iuris. Hic autem hæres ſcienter indebitum ſoluit, quia totam reſtituit hæreditatem, cùm tamen Quartam retinere poſſet.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam amplexi fuere Caſtrenſis, Iaſon, Ripa, & Ruinus in Cõmentarijs d. l. 1. § denique, ff. ad Trebell. Fundamentum eſt ſatis firmum, in l. ſi ſponſus, §. ſi quis rogatus, ff de donat. inter virum & vxorem. Vlpianus: *Si quis rogatus ſit percepta certa quantitate vxori ſuę hęreditatem reſtituere, & is ſine deductione reſtituerit, Celſus lib. 10. Digeſtorum ſcripſit, magis pleniore efficio pręſtandę fidei functum maritum, quam donaſſe videri; & rectam rationem huic ſententię Celſus adiecit: quod plerique magis fidem exoluunt in hoc caſu, quam donant: nec de ſuo putant proficiſci, quod de alieno plenius reſtituunt, voluntatem defuncti ſecuti, nec immeritò ſępe enim credimus aliquid defunctum voluiſſe, & tamen non rogaſſe. Quæ ſententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta Quarta reſtituere rogatus, & tamen integram fidem pręſtat omiſſo Senatuſconſulti commodo.*

Reſpondet Alexander, dictionem *Magis* comparatiuè ibi accipiendam, non electiuè, quaſi maritus etiam donaſſe videatur, ſed tamen magis fidem impleuiſſe. Non rectè: quia nullo modo donaſſe maritus intelligitur, vt patet ex verbis textus. Præcipua enim intentio ſpectanda eſt, l ſi quis nec cauſam, ff. ſi certum petatur, quæ fuit exequendi voluntatem teſtatoris, vt ibi dicitur.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: Regulam, quæ adfertur ex l. 1. ff. de condict. indeb. locum habere; cùm nulla alia poteſt capi coniectura; ſecus ſi alia capi poſſit coniectura, vt in hac ſpecie, illa nempe, vt hæres totam reſtituens hęreditatem, Quarta non detracta, hoc feciſſe videatur, quo pleniore officio præſtandę fidei fungeretur. Etſi enim totam hæreditatem non teneatur reſtituere, ex quadam tamẽ obligatione naturali tenetur, quæ facit, vt ſolutum non repetat, l. 1. C. ad legem Falcid. Et declarat Guido Papę, ad l. 1. num. 24. de leg. 1. Iaſon ad l. cum quis, C. de iuris, & facti ignorant. quare coniectura donationis, cùm alia iam ſubſit, ceſſare debet ex traditis per Decium ad leg. donari, de regulis iuris.

CAPVT VIII.

Quartę Trebellianicę detractio ſit ne facienda ex tota hæreditate defuncti, an verò ex eo quod ſupereſt, deductis legatis.

EXemplum eſt; Paterfamilias habet quadringenta legauit centum, cætera per fideicommiſſum reſtitui ab hærede mandauit. Hæres Quartam ex Trebelliano deducit, quæritur, ſitne ex tota hæreditate deducenda, & ſic ex quandringentis, quo caſu centum detrahentur, an verò ex trecentis tantùm, quæ legatis deductis ſupererant.

Reſpondeo, adhibendam eſſe diſtinctionem, quę ſequentibus continetur Concluſionibus. Prima Concluſio. Hęres purè rogatus reſtituere hęreditatem, Quartam ex Trebelliano deducet habita ratione totius hęreditatis & quantitatis bonorum, quę reperitur; non autem ex eo, quod ſupereſt, deductis legatis: & ideo ſecundum ſupradictam hypotheſim centum detrahere poterit. Huius concluſionis duplex ratio adferri poteſt. Prima, quia legatorum onus non ab hæredem grauatum, ſed ad fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hæreditas, ſpectat, l. 1. §. vlt ff. ad Trebell. l. vlt. C. eod. tit. Sed ſi Quarta deduceretur ex eo, quod ſupereſt, deductis legatis, hæres aliquo modo ſentiret onus legatorum; quia ipſius Quarta ex eo eſſet diminuta: ergo ex tota quantitate deduci debet eiuſmodi Quarta Trebellianica. Altera eſt ratio; quoniam hæres grauatus reſtituere potior eſt legatarijs, quantum ad ſuæ Quartæ detractionem, *l. Titia*, ff. ad legem Falcid. & declarat optimè Ripa, ad l. 1. §. is qui quadringenta, num. 4. ff ad Trebell. Sed ſi legata prius deducerentur, ac ex reſiduo Trebellianica deduceretur, ipſa Trebellianica diminueretur propter legata, vt patet: Igitur ex tota quantitate patrimonij deducenda eſt, non ex reſiduo. Et ita reſpondit Crauetta in conſil. 16.

Secunda Concluſio; Cùm fideicõmiſſum eſt purum, ſed legata nominatim ab ipſo hærede grauato relicta ſunt, tunc non ex tota hæreditate, ſed ex eo, quod ſupereſt, legatis deductis, detrahenda eſt. Ita reſpondit Crauetta in conſil. 16. poſt Rotam Romanam, quam citat deciſione 870. Quædam mulier, in antiquis. Fundamentum eſt; quia cùm legata ab hærede relicta ſunt, onus ſoluendi nõ ad fideicõmiſſarium, ſed ad hæredem ipſum grauatum ſpectat, l. Marcellus, ff. ad Trebell. Ergo non debet fieri deductio Trebellianicæ ex tota ſumma: quia id oneraret fideicommiſſarium.

Sed vt huic ſententiæ non accedam, duæ rationes ſunt in cauſa. Vna, quia etiam in caſu, quem mox ſubijciam, teſtator noluit ad fideicommiſſarium onus legatorum ſpectare, & tamen hæres grauatus ex omnibus bonis habet Quartam, non autem ex fideicõmiſſo duntaxat. Altera eſt ratio; quia non eſt in poteſtate teſtatoris, vt hæredi pręiudicet quoad Quartam ei debitam, onerando eum legatis. l. 1. ff. ad legem Falcidiam, quod ſi ſuperior ſententia obtineret, liceret teſtatori legatis nominatim ab hærede datis ita hæreditate exhaurire, vt vel nihil, vel minimum ex hæreditate commodum hæres conſequeretur, & ex fideicommiſſo quod reſtitueret. Ipſe igitur opinor idem hoc in caſu ſtatuendum, quod in ſequenti, vt quia teſtator onus legatorum ſpectare noluit ad fideicommiſſarium, ex omnibus bonis Quarta ex Trebelliano detrahatur contributione facta à legatarijs, & à fideicommiſſario; quam ſententiam probat textus in l. 2. ff. ad Trebellianum, vt notat ibi Iaſon, nume. 5. & 10. & in l Marcellus, quæ eſt l. 3. & ibi Caſtrenſis nota, eodem titulo. Verba legis hęc ſunt: *Marcellus autem apud Iulianum in hac ſpecie ita ſcribit, ſi ad hęredis onus eſſe teſtator legata dixerit, & hęres ſponte adijt hęreditatem, ita debere computationem Falcidię iniri, ac ſi quadringenta per fideicommiſſum eſſent relicta: trecenta verò legata, vt in ſeptẽ partes trecenti ciuiti-*

diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius,&c. His verbis patet, hæredem centum salua habere, & reliqua trecenta diuidi inter legatarios,& fideicommissarium, qui contribuere dicuntur; quia minus accipiunt, quàm eis sit relictum. Testator n. in ea specie quadringenta habebat, & trecenta legauit; trecenta diuiduntur in septem partes, quarum tres legatarius, quatuor fideicommissarius habet.

Tertia Conclusio; quoties deductis legatis hæreditatem restitui testator voluit, quarta Trebellianica non ex fideicommisso tantum deducitur, sed ex vniuersis bonis,& ex legatis, l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff. ad Treb. cuius verba hæc sunt: *Idem Pomponius scribit, si deductis legatis restituere quis hæreditatem rogetur, quæsitum esse, vtrum solida legata præstanda sint, & quartam ex solo fideicommisso detrahere possit; an verò, & ex legatis. & ex fideicommisso quartam detrahere possit, & refert Aristonem respondisse ex omnibus detrahendam, hoc est, vt ex legatis, & ex fideicommisso*

Quarta Conclusio, quoties hæres rogatus est hæreditatem restituere, non purè sed sub conditione, de fideicommisso solo quarta Trebellianica detrahenda est, secundum Bart in l Marcellus, § idem Pomponius, ff ad Trebell. Crauettam consil 16. Ancharan. quæst. famil 6. D. meum Cephalum, in consi 189 lib. 2 & 423 lib. 3. qui & alios citant. Sed contrarium docuerunt Salyc. Socin. sen. Paulus Castrens & Iason, in d §. idem Pomponius, nempe, deducendam quartam, & ex fideicommisso, & ex legatis. Quam ob rem videamus vtriusque sententiæ argumenta, eaque, vt decet, expendamus.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt: Primum ex l. pen. § 1. ff ad leg. Falcid vbi quarta detrahitur ex solo fideicommisso, non autem ex legatis alimentorum; & ratio adferri potest: quia hæc videtur esse voluntas testatoris, dum legata purè relinquit, & fideicommissum sub conditione.

Secundum argumentum est; quia cum fideicommissum est conditionale, vt sciatur quid, & quantum hæredi debeatur pro sua quarta, expectandum est tempus euenientis conditionis, non autem tempus mortis testatoris, l. sed etsi in conditione, §. solemus, ff. de hæred. instit. Cum ergo tempore conditionis euenientis soluta sint legata, ex solo fideicommisso, quod tunc superest, detrahēda esse Trebellianica videtur. Huc accedat, quòd tanta esse possunt legata, vt si ex legatis, & simul ex fideicommisso quarta sit deducenda ab hærede, is quandoq; plus sit habiturus, quàm ille cui restituere iussus est hæreditatem, quod videtur esse cōtra mentem testatoris, qui plus fideicommissarium dilexit, quàm hæredem.

Tertium argumentum. Verba debent accipi eo respectu, quo prolata sunt (sunt verba Crauettæ) l. debitor, §. vlt. ff. ad Treb. Sed Trebellianicæ detractio consideratur, ac inducitur a lege respectu bonorum, quæ ex fideicommisso sunt restituenda, non aliorum; ergo debetur habita ratione dictorum bonorum duntaxat, quæ restituenda sunt, non etiam aliorum, quæ non sunt restituenda.

Quartum argumentum. Trebellianica, & fideicommissum vniuersale, correspectiua sunt; quia cessante dicto fideicommisso, non est dare quartam Trebellianicā; sed ea, quæ sunt correspectiua (inquit Crauetta) non debent diuerso iure censeri, l. etiam, §. ex causa, ff de minorib. *Diuerso* autem iure censerentur, si Trebellianicę detractio minueret fideicommissum. Hoc autem accideret, si deducēda esset tam ex fideicommisso, quam etiam ex alijs bonis.

Quintum argumentum Crauettæ. Quælibet dispositio restringitur ex causa finali, leg cum pater, §. dulcissimis, de leg. 2. Sed causa inductiua detractionis Trebellianicæ est fideicommissum tantum, ergo deduci debet ex fideicommisso tantum.

Postremum argumentum; Priuatio, inquit Crauetta, præsupponit habitum, l. decem, ff. de verbor. obligat.

A Igitur lex permittens detractionem Trebellianicæ, intelligi debet de bonis existentibus tempore ipsius detractionis, non de alijs, quæ non sunt in hæreditate, puta de legatis iam solutis: nec enim est verisimile legem voluisse eam detractionem fieri ex bonis, quæ non sunt in hæreditate, & restitui non debent.

Sed istis nil morantibus contrariam sententiam probabiliorem esse iudico Moueor primum ex d l Marcellus, §. idem Pomponius, vbi disertè dicitur, quartam esse deducendam tam ex legatis, quàm ex fideicommisso. Et licet non agatur ibi de fideicommisso conditionali, nulla tamen adferri potest ratio, cur in conditionali fideicommisso aliter sit respondendum.

Secundò, moueor ex l. ita tamen, §. hæres ex asse, ff ad Treb. vbi fideicommissum partim erat purum, & partim conditionale, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommisso, quàm ex legatis.

B Tertiò, moueor hoc argumento. Certum est quartā, quæ hæredi debetur, auferri, aut minui non posse per legata, l. 1 ff. ad legem Falcid. Sed si ex fideicommisso duntaxat, non etiam ex legatis detrahenda esset quarta, illa per legata minueretur; Esset enim in arbitrio testatoris tot legatis onerare hæreditatem, vt in fideicommisso minima esset pars bonorum; atq; ita efficere contra legem Falcidiam, vt quartam partem hæres non haberet: Ergo tam ex fideicommisso, quàm etiam ex legatis deducenda est Trebellianica.

Respondet Crauetta, absurdum videri legatorum solutionem factam ante restitutionem fideicommissi ex casu superueniente irritari, nempe, ex restitutione fideicōmissi postea facta. Et ad leges allegatas respondet, eas locum habere, vbi constat de voluntate testatoris, puta, cū voluit legata omnia æqualiter præstari tam pura, quàm conditionalia; Sed non constat, testatorem hoc voluisse, vt legata diminuerentur iam soluta propter Trebel-

C lianicæ detractionem.

Respondeo, solutionem legatorum legitimè factam non irritari, sed diminutionem fieri pro rata, propter q etiam cautio præstari solet à legatarijs de restituendo, si quid plus acceperint, quàm per legem Falcidiam liceret, vt in d. l. Ita tamen, § hæres ex asse, ff. ad Treb. & in l. si. § si legata, ff si cui plus quàm per legem Falcid. Quod verò Crauetta subdit de testatoris voluntate, nihil mouet: quia nullum verbum in d. § idem Pomponius, apparet, ex quo illa voluntas testatoris deprehendatur, vt videlicet legata diminuerentur propter quartæ detractionem.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ, ex l. pen. § 1. ff. ad legem Falcid. respondeo, nihil fuisse pro alimentis in ea specie legatum, sed à testatore debebantur alimenta, & in consequentiam ab hærede; sicuti optimè declarat ibi Paulus Castrensis, & Socinus in d. § idem Pomponius; nec repugnant, immò fauent huic interpre-

D tationi verba textus.

Quod verò dicitur eam videri testatoris voluntatem, vt ex solo fideicomm. Trebellianica deducatur; quia legata purè, & fideicommissum sub conditione reliquit, nihil obstat; quia non licet testatori, etiam si velit, minuere legatis quadrantem hæredis, vt in l. 1. ff. ad leg. Falcid. vt iam suprà diximus. Nisi expresè detractionem Trebellianicæ fieri prohibeat, in qua specie nec versamur, & fortasè idem respondendum est, ex traditis suprà, capit 4.

Ad secundum, nego inspiciendum esse tempus euenientis conditionis. Est enim potius tempus mortis spectandum, vt in l. in quantitate, ff ad leg. Falcid. §. cum ratio, in Instit. eod. tit *Cum ratio*, inquit, *Falcidiæ ineatur, quantitas bonorum, quę erat tempore mortis, attendetur.* Nec contrarium probat l. sed etsi conditioni, § solemus, ff de hæred. instit. licet perperam à Cranetta adferatur. Porrò, cum legatis erit hæreditas grauata, tunc non ex solo fideicommisso fit deductio, sed contribuunt, etiam legatarij, adeò, vt illud absurdum non sequatur, quia

A hætes quartam habebit: Inter fideicommissarium verò & legatarios distributio fiet, vt in l.a.& 3.ff. ad Treb. & in d.§.idem Pomponius; Et in summa, si tot legatis onerabitur hęreditas, si modò non vltrà dodrantem, non poterit fideicommissum conqueri, quia testatori licuit ita disponere.

Ad tertium argumentum, concedo Trebellianicam respectu fideicommissi, & sic respectu bonorum, quæ fideicommisso subiecta sunt, considerandam, & ideò cũ simul ex legatis, & ex fideicõmisso Quarta deducitur, dicimus quidem eam deduci tam ex fideicommisso, quam ex legatis, sed non eodem iure. Nam quatenus ex fideicommisso detrahitur, hoc fit autoritate Trebelliani, quatenus ex legatis, id ex lege Falcidia concessum est, licet quã tum ad modum loquendi totam deductionem, quæ & ex fideicommisso, & ex legatis fieri dicitur, appellemus Trebellianicam: neq; enim multum refert, quo pacto loquamur, si res ipsa intelligatur, & subsistat. Quæ responsio valet ad quartum, & quintum argumentum etiam. B

Ad vltimum argumentum respondeo, legatis solutis actionem tamen superesse ad petendum id, quod solutũ est, si cui plusquam per leg. Falcid solutum fuerit ex cautione ob id præstita; qui autem actionem habet, rem ipsam habere videtur, l. qui actionem, de reg iuris.

CAPVT IX.

Fructus in Trebellianicam sintne imputandi, cum versamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahant?

IMperatoris Zenonis clara extat Constitutio in fauorem edita liberorum, qui hæreditatem restituere rogantur, vt quartam partem ex Trebelliano detrahãt, C in quam fructus anteà percepti non imputentur, in l.iubemus, C ad Trebell. Sed controuersia est: Cum filius detrahit non solum Quartam Trebellianam, verum etiã legitimam, sitnè illi Constitutioni locus. Et non esse locum responderunt Paulus Castrensis, ad l.scimus, C de inoffic.test.& in cons.188 lib. a. Alexand.in l.Mulier, §.cum proponeretur, ff ad Treb. & alij multi apud Antonium Gabrielium, lib.4 Comm.Concl.tit.ad Trebellianum, Concl.1.nu.10 quibus adde Dominum meum Cephalum in cons.153.nu.70.lib.2.

Fundamentum est, quia filius hoc in casu legitimam detrahit tanquam filius; Trebellianam verò tanquam extraneus, vt patet ex c.Rainaldus, de testam. ibi: *Nec non Quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione grauatus deducere potuisset.* Sed extraneus in Trebellianicam fructus imputat, vt constat inter omnes: ergò & filius imputare debet hoc in casu, quo loco extranei habetur.

D Sed contrariam sententiam amplexus est Bartolus, ad l.quod de bonis, § quod autus, ff ad legem Falcid. & ibid. etiam Alexander, & multi alij, quos commemorat Gabrielius loco proximè citato, num.2.quibus, & ipse assentior, & addo Couuar.ad c.Rainucius, §.11.nu.8.de Test. Menoch.de arbitr.iudicum, Casu 256. nu 35.

Probatur hæc sententia ex l.iubemus, C.ad Treb. vbi apertè constitutum est, fructus in Trebellianicam non imputari in liberis primi gradus, sicut nec in legitimam imputantur, ex l.scimus, § repletionem, C de inoffic.testam. Item probatur hæc sententia ex c.Rainucius, de testam. vbi patet, fructus non imputari in Trebellianicam, nisi a tempore litis contestatæ, & nulla fit mentio fructuum antea perceptorum a grauata filia, quod videlicet imputari debeant, quod sanè par erat exprimere, si imputari debuissent.

In his itaque legibus, cum sit optimè fundata hæc sententia, ad contrariæ sententiæ argumentum ita responderi potest, negando filium, quartã Trebellianicam deducere tanquam extraneum: nec enim id verum est, nec Summus Pontifex id dicit in d.c.Rainucius. Cum filius restituere rogatus est, legitimam saluam habet, quæ in restitutionem non venit, quia nec grauari potest, & filio debetur absque omni onere, atque adeò illam detrahit. Trebellianicam verò etiam detrahit, sed non tanquã extraneus, sed hac ratione; quia omnis, qui restitutione grauatus est, etiamsi sit extraneus, quartam detrahit; Ergo multò magis filius, qui non est extraneus, si restitutione grauatus sit, illam potest detrahere. Hæc est Pontifici Maximi sententia, dum dixit: *Quam quilibet extraneus restitutione grauatus*, &c.

Non obstat, si dicatur, Zenonem in d l.iubemus, loqui, quando filius dodrantem restituit, & sic in eo casu, quo vnam tantum quartam detrahit; quia, respondeo, Zenonis tempore non fuisse constitutum legitimam excipiendam esse de restitutione: Id enim postea Iustinianus statuit in Nouella de restitutionibus, & ea, quæ parit, vt suprà disputatum est latè hoc eodem lib. c. a. B Quare Zeno meritò præsupponit dodrantem restitui. Cum igitur postea constitutum fuerit, vt legitima excipiatur de fideicommisso, nec filijs ademptum fuerit beneficiũ, quod extraneis etiam competit, Trebellianam consequendi, & fructus in eam non imputandi, certè nihil proponitur, cur Zenonis Constitutio etiam hoc tempore manere non debeat in suo robore, quo filij præter quartam Trebellianam etiam legitimam, ex restitutione meritò excipiunt, atque deducunt. Quod.n. non mutatur, cur stare prohibeatur, l.præcipimus, C de appellationib. atque ita sentio.

CAPVT X.

C *Alia explicatur controuersia ad interpretationem dict. l. iubemus, C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius restituere hæreditatem iussus est extraneo.*

POstquam Imperator statuit in Trebellianicã fructus haud quaquam imputandos, quoties filius a patre rogatus est hæreditatem restituere cæteris filijs, & quædam alia de cautione non præstanda hoc in casu fideicommissorum præstandorum causa, tandem in §.vlt. dict l.iubemus, C. ad Trebell subiecit hæc verba: *Illud etiam admonemus, ea quæ de Falcidia portione, non per reditus, sed per ipsas res hęreditarias retinenda, & de satisfactione fideicommissorum, sicut supra dictum est, concedenda diximus, non vlterius quàm in ijs personis, & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci.*

Quæ verba controuersiam pepererunt. Nam aliqui ita sunt Zenonis legem interpretati, qua de fructibus in Trebellianicam non imputandis est constitutum, ut locum non habeat, cum filius hæreditatem restituere rogatus est extraneo, vel alijs, qui non sint ex liberis testatoris, D propterea, quod illa Constitutio ad alios casus, & personas produci non possit Certum aũt sit, eam loqui; *Quoties pater vel mater filio seu filia, filijs vel filiabus hęredibus institutis inuicem, seu simpliciter quosdam ex ijs, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit portionẽ hęreditatis suę superstiti, seu superstitibus restituere*, vt in principio legis habetur. Quare cum ad alios casus, & personas extendi id non possit, sequitur dicendum, extendi etiam non posse ad alium casum, quo filius vel filij non cæteris filijs, sed alijs extraneis puta, vel cognatis iussi sunt hæreditatem restituere.

Huius sententiæ autores commemorat latè Antor. Gabrielius, lib.4.Comm.Concl.tit.ad Trebel. Concl.12. nu.5.& simul ẽt contrarię sentẽtiæ refert assertores, quibus sanè ego potius assentior. Hæc n.mihi vr̃ esse Zenonis snĩa, vt Constitutio sua ad alias personas non extendatur; quia ad sôlos primi gradus eã ptinere voluit Quãobrem alij, qui filij non sunt, restituere grauati, fructus interea perceptos imputabunt in Treb. & in alijs casibus

locus

locus erit satisdationi fideicommissorum seruandorum gratia, cum videlicet persona rogata restituere hæreditatem non erit filius primi gradus, sed alius, quàm filius: Hæc inter pretatio ideo mihi probabilior videtur, quia cum filius rogatur restituere hæreditatem extraneis vel cæteris, qui non sint filij testatoris, nulla est ratio, cur fru ctus tūc imputare debeat in Trebellianicam, immo minus tunc, quàm eo in casu, quo restituere debet filijs, imputare deberet t ne melioris sint conditionis extranei, quàm filij testatoris, quibus hæreditas restituenda est. Quare prior interpretatio nullam rationem habet, & verbis tantum nixa, verùm & rationi cōsentaneum sensum euertere non debet, quem posterior continet sententia, quam nos toto pectore amplectimur.

CAPVT XI.

Cùm pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia: an verò Trebellianum Senatusconsultum.

HAereditatis partem legari posse palam est ex l. mulier, §. vlt ff ad Trebell. Sed controuersia est; an, si vltra dodrantem hæreditas sit legatis onerata, Quartæ deductioni in tali legato sit locus secundum legem Falcidiam; an verò secundum Trebellianum Senatusconsultum. & Raphael Cumanus ac Socinus senior, ad Rubr. ff. ad Trebell. secundum legem Falcid. deductionem fiendam docuerunt, quorum sententia mihi verissima videtur. Falcidia enim locum habet in legatis, & Trebellianum in fideicommissis, vt dixit Imperator, in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. & patet ex §. sed quia, in Instit. de fideicommissar. hæred. Ergo in legato partis hæreditatis locum habebit lex Falcidia, non Trebellianum Senatusconsultum. Semper enim locus est Falcidiæ, cùm vltra dodrantem legata dantur, l. 1. ff. ad leg. Falcid. Huc accedat, quod textus dixit *Quantam quisque pecuniam cuique legare volet, ius potestasq; esto, dummodo ita detur legatum, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat.* Pecuniæ autem appellatione omnes res continentur, & omnia iura, l. pecuniæ, ff. de verbor. signif. l. vlt C. de constit. pecun. & hæreditatem etiam contineri probat locus Marci Tullij 2. de legibus, vbi docet, ad quem pecunia patrisfamil. perueniret, teneri sacra eadem celebrare, pecunia ibi accipitur pro hæreditate.

Contrariam sentētiam habuerunt Glos. & Castrens. ad Rubr. ff. & C. ad Treb. & Ruin. ibidem, Ripa ad l. in Quartam, non procul à principio, ff. ad l. Falcid. Vasquius de Successionum resolutione, lib. 2. §. 11. Fundamentum est, quia legatum partis hæreditatis videtur habere naturam fideicommissi; sicut enim in fideicommissariū, cùm hæreditas sit restituta, transeunt iura hæreditaria, l. 1. l. restituta, ff. ad Trebell. ita & in huiusmodi legatarium hæreditaria, l. si quis seruum, §. vlt. de leg. 2.

Respondeo non esse bonam consequentiam. Habet legatum naturam fideicommissi: Ergo locus est Trebelliano. Nam legata & fideicommissa sunt exæquata, l. 1. de leg. 1. l. 2. C. Commu. de legatis, & fideicommiss. & tamen nemo dixerit in legatis locum esse Trebelliano, & in fideicommissis legi Falcidiæ.

Pro eadem sententia Ruinus adfert alia argumenta. Primum est, quod lex Falcidia ad particularia tantum legata pertineat, non autem ad vniuersalia, sicut est legatum hæreditatis, l. 1. ff. ad Treb. dum textus ait: *Explicito tractatu, quis ad fideicommissa singularium rerum pertinet*, &c. quasi significet tractatum Falcidiæ ad legata singularium rerum pertinere: non autem vniuersaliū, qualis est pars hæreditatis. Respondeo, Iurisconsultum respexisse ad id, quod erat præcipuum. Nam in præcedentibus præcipuè egit de legatis particularibus; non tamen negari potest, quin & de vniuersalibus egerit in tit. de legatis. de cond. & demonstr. & in ipso tit. ad legem Falci-

A diam: In eo enim plurimæ sunt leges pertinētes ad fideicommissa vniuersalia, & ad ipsum Trebell. Senatusc. accipiendo, vt sæpe fit, Falcid. pro Trebelliano.

Secundum arg. est, quia in legatis vniuersalibus ratio cessat, ob quam Falcidia fuit inuenta. Nam cum hæres obligatus remaneret creditoribus, & omnia bona legata rijs dare deberet, recusabat hæreditatem adire, ideo lex Falcidia prohibuit vltra dodrantem legari. Hæc ratio cessat in legatis vniuersalibus, quia legatarius partis hæreditatis, obligatus est creditoribus pro rata, non autem hæres.

Respondeo, non eam fuisse causam introducendæ legis Falcidiæ; sed quia hæres pro nullo, vel minimo lucro recusabat hæreditatem adire, ideo sancitum est, vt Quartam habere possit, vt habetur in Instit. de lege Falcidia, in prin. Quæ ratio locum habet, siue legatis particularib. exhauriatur hæreditas, siue vniuersalibus: semper enim pro nullo, vel minimo lucro recusabit hæres adire, nisi Quartam obtineat, sicut lege Falcidia constitutum est.

B Tertium argumētum, quia si locus esset legi Falcidiæ, in eam non imputarentur hoc in casu, nisi ea, quæ iure hæreditario hæres haberet, iuxta l. in quartam, ff. ad leg. Falcidiam. Sed hoc est iniquum; Nam cum hæres tali legato vniuersali oneratis non sit pro eius rata obstrictus oneribus hæreditarijs (illa enim in legatarium meritò transeunt) æquum esse videtur, ut in quartam omnia imputet, quæ etiam nō iure hæreditario consequitur, sicut ea ratione in Trebellianicam imputari solent, quia videlicet hæres grauatus fideicommisso, non est oneribus hæreditarijs obstrictus, ut tradit Glo in d l. in quartam, ergo locus non erit in proposita specie Falcidiæ, sed potius Trebelliano Senatusc.

Respondeo, exploratum non esse, cur in Trebellianicam imputentur ea, quæ hæres consecutus est etiam non iure hæreditario, secus autem in Falcidiam. Rationem illam Glossæ multi damnant, & aliæ assignantur rationes, ut per Ripam in d. l. in quartam, nu. 13. & 14. Immò

C vero nullam differentiam esse circa eiusmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam, probat Iacobus Cuiacius lib. 8. Obseruat. cap 4. de quo tamen inf. disseremus, cap. 15.

Postremum argumentum est; quia pecuniæ verbum significat corpus, non autem ius, secundum Paulum Castrens. in l. nam quod. §. vlt. ff. ad Trebell. Text. autem in l. 1. ff. ad leg. Falc dicit: *Quantam quisque pecuniam legauerit.* Ergo loquitur de corpore legato, non autem de parte aliqua hæreditatis: & consequenter in legato partis hæreditatis locus legis Falcidiæ non est.

Respondeo, argumentum hoc esse contra l. pecuniæ, 222. ff de verb. sig. vbi tex. dicit: *Pecuniæ nomine non solum numerata pecunia; sed omnes res tam soli, quàm mobiles, & tam corpora, quàm iura continentur.* Immò & in d. l. nam quod, §. vlt. ff. ad Trebel. pecuniæ, verbum, hæreditatem significat, & refert Alciat ad d l. pecuniæ, D. Augustinum in libro de doctrina Christiana, dicentem:

D *Totum quod homines in terra habent, & quorum domini sunt, pecunia dicitur; quia antiqui quod habebant, in pecoribus habebant.* Nec contrarium docet Castrensis à Ruino citatus in argumento, nec Bar.

Nec valet Ruini interpretatio, ac responsum, pecuniæ appellatione iura etiam contineri, cum generaliter, vel indefinitè verbum, pecuniæ, profertur; secus autem, cū sit mentio partis pecuniæ. Nam, vt maximè vera sit hæc declaratio, certè in l. 1. ff ad leg Falcid textus loquitur generaliter, pecunia: *Quantam quisque pecuniam legauerit*, &c. Quod sanè verbum, pecuniæ, si non etiam iura comprehenderet, legi Falcidiæ fraus fieri posset: cum videlicet quis legaret vltra dodrantem iura hæreditans. Hoc autem absurdum est, & contra tex. in l. 1. §. non solùm, ff. ad leg. Falcid. Denique, si pecuniæ, verbum, generaliter prolatum iura etiam complectitur, verbum pars pecuniæ.

CAPVT XII.

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommissis singularibus.

Legem Falcidiam locum habere in fideicommissis singularibus, censuerunt Iason in Rubr. ff. ad Trebell. & ibidem etiam Ruinus, necnon Ripa, ad l. in quartam, non procul à principio, ff. ad legem Falcidiā, Vasquius de Successionum resolutione, lib. 2. §. 1. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. ad Trebell. *Explicato* (inquit Vlpianus) *tractatu, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet, trāseamus nunc ad interpretationem Senatusconsulti Trebelliani.* Quibus verbis indicat tractatum Falcidiæ, qui præcessit, ad fideicommissa singularum rerum pertinere. Huc accedat ratio. Nam antequam ex Pegasiano liceret Quartam ex fideicommissis detrahere, sine dubio detractio fieri potuit ex lege Falcidia, ne fideicōmissis exhausta hæreditate, redderetur legis Falcidiæ elusoria Constitutio. Atque hæc extensio ad fideicommissa tanto magis admittēda videtur, quia fideicommissum venit legati appellatione, l. 2. de leg. 2. Et ratio legis Falcidiæ locum habet, etiam in fideicommissis particularibus. Hæc & similia profert argumenta Ruinus.

Verùm istis ego non assentio; existimo enim ex fideicommissis particularibus deductionem fieri secundum Pegasianum siue Trebellianum Senatusconsultum vna cum Raphaele Cumano, & Barthol. Socino ad Rubr. ff. ad Trebell. Nam præterquam quod satis clarè Iustinianus dixit in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. Falcidiam locum habere in legatis, & Trebellianum in fideicommissis, extat hac de qua re agimus, locus præclarus in Institut. de fideicommissarijs hæredit. §. sed quia. *Sed quia*, inquit Iustinianus, *heredes scripti cum aut totum, aut penè totam plerunque hereditatem restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere cōceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.*

His postremis verbis apparet, ex singulis rebus per fideicommissum relictis (hæc sunt fideicommissa particularia, de quibus nostra est disputatio) permissam fuisse eandem detractionem, quæ permittebatur ex vniuersalibus fideicommissis, quando scilicet vel totam hæreditatem, vel partem eius restituere hæres granatus erat. Et quidem ex Pegasiano Senatuscōsulto fuisse permissam, ad exemplum eius Quartæ, quæ detrehi ex legatis per legem Falcidiam poterat.

Respondet Iason, illa verba referenda esse ad legem Falcidiam, vt sensus sit; ex lege Falcidia permissum esse retentionem ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Sed contra repugnant verba textus, quibus apparet Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Cōsulibus, Senatum cēsuisse, vt qui rogatus esset restituere hæreditatem, Quartam ad exemplum legis Falcidiæ retinere posset, & eandem retentionem permissam fuisse, etiam ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Respondet secundo loco Ripa, ex singulis rebus per fideicōmissum relictis permissam esse retentionem, scilicet ex singulis rebus particularibus contentis in fideicōmisso vniuersali, quo hæreditas restituenda est.

Non rectè, quia verba repugnant: Aut etiam textus, *ex singulis quoque rebus per fideicommissum relictis*, quorum verborum sensus est, singulas res relictas fuisse per fideicommissum, non autem, vt in vniuersali fideicommisso comprehensas, præstandas esse.

A Tertiò respondet Vasquius, Iustinianum nō declarare, quonam iure ex singulis rebus per fideicommissum relictis, permissa sit illa Quartæ retentio; quare intelligendum hoc esse iure legis Falcidiæ, non iure Pegasiani, quia textus dicit, *permissa est*, aliàs deberet dicere, *introducta est*.

Hæc responsio nihil valet; quia clara sunt verba textus, quibus dicitur eandem retentionem permissam esse ex singulis rebus per fideicōmissum relictis, quæ permissa erat ex hæreditate per fideicōmissum relicta. Hæc autem ex Pegasiano fuit permissa, ad exemplum legis Falcidiæ; Et nulla est differentia, vtrum dicatur *retentio permissa est, an verò introducta est*, quia Pegasianum permisit, & simul introduxit Quartæ retentionem, ad exēplum legis Falcidiæ.

Ad argumenta contrariæ opinionis respondeo, quod attinet ad l. 1. ff. ad Trebell. Vlpianum respexisse ad præcipuam intentionē, & maiorem partem tractatus. Nam & in præcedentibus titulis multæ sunt leges pertinētes

B ad fideicommissarias hæreditates, & contra in ipso tractatu Trebelliani multę sunt leges pertinentes ad fideicommissa rerum singularum, quare non rectè sumi potest argumentum ex eo loco, legem Falcidiam pertinere ad fideicommissa singularum rerum; neque verò tanti hæc leuis coniectura facienda est, vt à verbis claris Iustiniani recedere debeamus.

Ad alterum argumentum respondeo, legem Falcidiā nec directè, nec per extensionem, siue interpretationem pertinuisse ad fideicommissa: tum, quia, cum lex Falcidia lata est, nondum erat ab Augusto autoritas data fideicommissis; tum, quia tunc non opus fuisset Pegasiano Senatusconsulto, quo ad exemplum legis Falcidiæ Quartæ retentio ex fideicommissis permissa est. Nec verum est appellatione legati fideicommissum contineri antiquo iure; sed iam propter exæquationem legatorum, & fideicommissorum verum est. Et quod dicitur, rationem legis Falcidiæ locum habere etiam in fideicommis-

C sis conceditur. Nam & hæc fuit causa, vt ad exemplum eius retentio permitteretur ex fideicommissis.

CAPVT XIII.

Vt cesset Falcidia, an tacita prohibitio sufficiat.

Cvm Falcidiam expressè prohiberi posse perspicuū sit ex Nouella de hæredibus, & Falcidia, illud in cōtrouersiam venit, an tacita prohibitio sufficiat; an verò expressa requiratur. Tacitæ prohibitionis exempla sunt multa, puta si testator totam rem præstari mandauit, & absque diminutione. Et quidem tacitam hanc prohibitionē sufficere, auctores sunt Alexander in consil. 5. lib. 3. Angelus Aretinus, in tractatu de testamentis, versicu. item sciens vires patrimonij. Boerius decis. 44. num. 3. Menochius alios citans, in consil. 374. num. 14.

D lib. 4.

Fundamentū est, quia satis videtur expressum, quod ex mente & coniecturis colligitur, l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & posthum. Ripa ad l. 1. num. 50. ff. de vulgar. Tiraquel de leg. Connubialib. Glos. 7. nume. 85. versi. expressum. Affl. decis. 44. num. 15.

Cæterum Castrensis in Authen. Sed cum testator, C. ad leg. Falc. quem sequitur Hieronymus à Monte, q. 1. distinctione vtitur, vt si quidem verba testatoris necessario prohibitionem inducant Falcidiæ, tunc sufficit, aliàs secus.

Verùm istis ego non assentior. Existimo enim tacitam prohibitionem non sufficere, sed expressam requiri, sicut Bartolus docet in §. si vero expressim, in Auth. de hæred. & Falcid. necnon Angelus ibidem. Oldradus in consil. 148. Socin. senior, in consil. 33. lib. 1. Socinus iunior, in consi. 170. nu. 24. lib. 2. Couuar. ad cap. Rainaldus, §. 3. num. 6.

Fun-

Fundamentum illud mihi solidum videtur, quod tuti tur tex. d. Nouellæ de hæred. & Falcid. cuius verba hæc sunt: *Hac autem dicimus, vbi errans testator de sua substātia hoc agit, aut forte cum debuisset etiam ampliorem quātitatem heredi relinquere, pro minore disposuit: Etenim etiam hoc errantis sententia est, & non puræ & integra designationis. Si vero expressim designauerit, non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam*, &c.

Ex his verbis ego sumo argumentum huiusmodi: Cum testator ita legatis onerat hæredem, vt debita portio apud eum non remaneat, præsumitur id fecisse per errorem, forte quod existimauerit, se plus in bonis habere, quàm habeat: Sæpè enim de suis facultatibus plus aliquando sperant homines, quàm in eis sit, vt in Instit. quibus ex causis manumittere non licet, ideo Falcidiæ locus est, si hæres inuentarium confecerit, vt in d. Nouella. Sed hæc ratio locum habet etiam in casu, quo testator mandat integra legata præstari, & absque diminutione, & sic videtur tacitè prohibere detractionem, quæ fit ex l. Falcidia; ergo & hoc in casu locus erit legi Falcidiæ, si hæres inuentarium fecerit, non obstante tacita prohibitione.

Assumptio argumenti facilè probatur. Nam si v. g. quis in bonis habeat c c c c. & leget varijs personis vltra c c c. vel etiam vltra ipsa c c c c. eaque legata integra præstari velit, sine dubio existimari potest errasse, & plus putasse in facultatibus habere, quàm re vera haberet. Hæc autem erroris præsumptio capienda est ex sententia Iustiniani, & ideo necessaria est expressa prohibitio, vt statim subdit tex. dicens: *Si vero expressim*, &c.

Ad argumentum responsio patet, quia tacita hic non æquipollent expressis, propter errorem, qui præsumitur, sicut & aliàs nonnunquam accidere solet; vt expressa noceant, non expressa non noceant, l. nonnunquam, ff. de condit. & demonstr.

CAPVT XIIII.

De interpretatione l. si hæres, §. item si Reipub. ff. ad legem Falcid.

DEcepti sunt interpretes antiqui in huius loci interpretatione, qui cum multa alia acutè viderint, non idcirco abijciendi sunt. Verba textus hæc sunt: *Item si Respublica in annos singulos legatum sit, cum de lege Falcidia quæratur, Marcellus putabat tantum videri legatum, quātum sufficiat sorti ad vsuras trientes eius summæ, quæ legata est, colligendas.* Arbitrati sunt vsuras trientes eas esse, quæ triennio sortem æquant, ac propterea legatis decem annuis idem esse dixerunt, ac si legatus essent xxx. Non rectè: quia sunt trientes vsuræ, cum quatuor pro centenario dantur. Est enim tertia pars vsuræ centesimæ, quæ est, cum duodecim in singula centenaria numerantur annuatim, hoc est, vnum singulo mense; solebant enim veteres singulis mensibus vsuras soluere, sicut benè explicat Alc. lib. 3. Disput. c. 1. Anton. Augus. lib. 2. emendationum, c. 10. nu. 21. quod tamen Bartholomæus Socinus vnus ex antiquioribus non ignorauit, vt videre licet ex Commentarijs eius, in d. §. item si Reipub. Idem & posteriores postea adnotarunt. Duarenus, Cuiacius, Goueanus, Budæus, Connanus, & alij; quibus & nos adstipulari par est. Quare sic erit ratio ineunda, vt si quatuor annua Reip. relicta sint, perinde sit, ac si centum relicta essent: sic octo, ac si ducenta, & sic deinceps ita supputando, vt semper quatuor reddant centum. Decem sic relicta annua, dicas legata videri ccl. Hæc est sententia dicti §.

CAPVT XV.

Ad interpretationem l. in Quartam, ff. ad leg. Falcid. controuersia discutiuntur.

MArtianus: *In Quartam hæreditatis, quam per leg. Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas iure hæreditario, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causa accipit. nam hæ in Quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, siue legatum, siue fideicommissum datum sit hæredi, siue præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est: in Quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quā accipit à cohærede extra Quartam, id est, quod a cohærede accipitur; sed etsi accepta pecunia hæreditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in Quartam ei imputatur, vt Diuus Pius constituit. Sed & quod implendæ conditionis causa fideicommissum hæredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est. Si quid verò implendæ conditionis causa hæres accipiat à legatarijs, in Falcidiæ computationem non prodesse & ideo, si certum prædium legauerit defunctus si quinquaginta legatarius hæredi dederit: centum legatis computationem fieri, & quinquaginta extra hæreditatem haberi, ne in Quartam ei computentur.* Hactenus ille.

Hic sunt quatuor potissimum controuersiæ; Prima, sitne admittendum, quod vulgo asseritur discrimen inter Falcidiam ac Trebellianicam, vt nimirum in eā imputentur ea duntaxat, quæ iure hæreditario hæres accipit; in istam verò etiam ea, quæ iure legati vel fideicōmissi. Secunda, si admittendum sit hoc discrimen, quænam ratio eius adferri queat. Tertia, vtrum verba illa; *Pro ea verò parte, quam accipit à cohærede*, & c. referenda sint ad Falcidiam, vel ad Trebellianicam, et si ad Trebellianicam referenda sint, quęnam sit eius decisionis ratio. Quarta ac postrema, an ea, quæ hæredi causa conditionis implendæ dantur, imputari debeant in Trebellianicam, necne?

Vide præter antiquos & recentes interpretes Alciat. lib. 6. Paradoxor. c. 4. Iacobum Cuiacium lib. 8. Obseru. c. 4. Anton. Goueanum, in Commentarij d. legis, & l. 1. Animaduersionum, cap. pen. Franciscum Duaren. lib. 2. Anniuersar. disput. c. 10. Angelum Mattheacium lib. 2. de via & ratione iuris, c. 12.

Quod ad primam difficultatem & controuersiam attinet, Iacobus Cuiacius loco annotato, existimauit nullum esse discrimen hac in re inter Falcidiam & Trebellianicam, eo argumento, quod per omnia exæquata sint legata fideicommissis, l. 1. de leg. 1. quod intelligendum est, etiam respectu legis Falcidiæ & Trebellianicæ seu Pegasiani Senatusconsulti: Et quia in Trebellianicam non imputentur ea, quæ iure legati vel fideicommissi capiuntur, vt probat l. filium. C. famil. hercifcun. *Et quod ait l. in Quartam*, (inquit) *sed in fideicommissaria*, & c. *generalis sententiæ prioris explicandæ causa subiectum opinor, vt in fideicommissaria hæreditatis restitutione imputet hæres in Quartam ea, quæ præcipere, retinere, deducere iussus est; tanquam ex hæreditate ea capias, & legatum siue fideicommissum ei datum pro sua scilicet parte; quoniam pro ea parte res legata iure hæreditario capitur: pro ea vero parte, quam accipit à cohærede, vt consequenter lex subijcit extra Quartam, id est, quod à cohærede accipitur, id, non imputatur in Quartam, quia iure legati capitur*, Hactenus Cuiacius.

Cæterum hęc sententia, sicut nec alijs, ita nec mihi placere potest. Etenim eam clarè refellunt verba textus: ait enim Martianus: *In Quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas iure hæreditario, non quas iure legati vel fideicommissi*, &c. *Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, siue legatum, siue fideicommissum datum sit hæredi*, &c. *in Quartam id imputatur.*

His verbis aperta constituitur differentia, quantum ad

ad huiusmodi, imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam. Et quartæ Falcidianæ, in quam non imputantur ea, quæ iure legati vel fideicommissi hæres capit, statim opponitur quarta Trebellianica, in quam ea imputantur.

Nec valet argumentum Cuiacij, legata & fideicommissa exæquata esse; quia non sunt exæquata, quoad huiusmodi imputationem, sed in alijs, iuxta l. 2. C. commun. de leg. & fideicommiss. Nec quidquam probat l. filium quem, C. famil. hercifcundę, nullum verbum in ea lege, quod probet legata & fideicommissa in Trebellianicam non imputari.

Quod verò Cuiacius scribit illa verba, *sed in fideicommissaria*, &c. adiecta fuisse generalis sententiæ prioris explicandæ gratia, non videtur verum esse; nam posita sunt ad declarandam differentiam in hoc inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani siue Pegasiani Senatusconsulti, ut patet ex verbis ipsis, quæ satis clara sunt. Denique, quòd dicit hęredem fideicommissaria hęreditatis restitutione grauatum, imputare in quartam legatum, siue fideicommissum ei datum pro sua parte, quoniàm pro ea parte res legata iure hęreditario capitur; pro alia verò parte non, quæ a cohærede capitur; quia iure legati capitur, istud, inquam, nihil obstat; quia satis est pro differentia constituenda inter quartam legis Falcidię, & quartam Trebelliani Senatusconsulti, in quartam legis Falcidiæ indistinctè non imputari, quæ iure legati vel fideicommissi hæres accipit: at in quartam Senatusconsulti imputari ea, quæ iure legati vel fideicommissi hæres accipit, saltem pro parte sua, licet nō pro parte cohæredis. Quæ verò sit ratio, ad rem nunc non pertinet inquirere: nec tamen ea est vera ratio, quā affert Cuiacius, vt postea dicetur in tertiæ difficultatis seu controuersiæ examine.

Quod attinet ad causam seu rationem huius discriminis inter Falcidiam & Trebellianicam (quæ secūda erat controuersia) dicam quid sentiam. Nam quid alij dixerint, longum & otiosum esset recensere in quæstione nō nihil aliena a forensi vsu. Hanc opinor causam esse: quia hæredi grauato ultra dodrantem legatis, verba legis fauent, nec voluntas testatoris aduersatur. Declaro: Verba legis Falcidiæ statuunt, ut apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat, l. prima, ff. ad l. Falcid. ergo si qd hæres retinere præcipere possit, vel iure legati, aut fideicommissi accipere, id non imputabit in quartam hęreditatis quia legatum, fideicommissum, & alia his similia, ab hęreditate differunt, nec continentur hęreditatis appellatione. Quare cum debeat habere quartam partem hęreditatis, non hęc imputabit: quia hęc non sunt pars hęreditatis, sed ab hæreditate differunt. Non aduersatur voluntas testatoris; quia is non mandauit alicui dari, restitui, quæ hæredem iure legati vel fideicommissi, seu retentionis aut præceptionis habere voluit. At hæredi fideicommissaria hæreditatis restitutione grauato, ut maximè uerba Senatusconsulti non repugnent, aduersatur tamen legis dispositio, & testatoris voluntas; Voluntas testatoris, quia dum voluit hæreditatem ab eo alijs restitui, voluisse quoque censetur eum restituere suam legati vel fideicommissi partem, leg. in fideicommissaria, § vlt. ff. ad Trebellia. vbi Vlpianus ita dicit: *Si legatum sit hæredi relictum, & rogatus sit portionem hæreditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a cohęrede accepit, Ceterum, quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, & id Diuus Marcus decreuit.*

Huius rei ratio est perspicua. Nam legatum pro parte ipsius hæredis non valet; quia a seipso sibi ipsi legari non potest. Remanet ergo in hæreditate, sed hæreditas est restituenda, ergo & id restituendum est, quod in legato continetur. Quia ergo restituendum est, merito in quartam imputari debet, dum retinetur siue accipitur ab hærede.

Legis dispositio aduersatur hæredi, quia lex non con-A sentit, vt legatum valeat, pro parte hæredis: Et ideo volt, vt in hæreditate maneat, & restituatur fideicommissario, aut si non restituatur, computetur ipsi hæredi in quartam, cum sit pars hæreditatis.

At cum agitur de lege Falcidia, hæc ratio vim non habet: etsi enim legatum non valeat pro parte hęredis, illud tamen in hęreditate, nec alteri restituendum est. Et cum in hęreditate remaneat, nulli obnoxium restitutioni, cedit lucro hæredis, nec imputatur in quartam, quæ aliàs ex hæreditate apud eum manere debet: Cum enim legatum sit nullum pro parte ipsius hæredis, illud accedit hæreditati aduentitio quodam iure; ipseq; hęres illud consequitur tam ex voluntate defuncti, quam ex legis dispositione, argumento l qui filiabus, §. vlt. cum l. sequenti, de legat. 1.

Circa tertiam difficultatem omnis controuersia est in eo posita, quod superioribus verbis textus dixit, in fideicommissaria hæreditatis restitutione legata, & fideicommissa hęredi relicta in quartam imputari, & iam subdit pro ea parte, quam accipit à cohęrede, non imputari; B quod videtur perinde, ac si diceretur legata non imputari; quia id, quod hæres accipit, à cohærede dicitur accipere iure legati. Deinde oritur in eo controuersia, quod pro parte ipsius hæredis legatum, vel fideicommissum imputandum esse videtur, non solum in quartam Trebellianam, verum etiam in Falcidiam; quia illud habet hæres iure hæreditario, non autem iure legati, siquidem pro parte ipsius hæredis grauari non valet legatum, vt dictum est: quia nemo grauari potest, vt sibi ipsi soluat ac præstet legatum.

Ad tollendam igitur omnem difficultatem Duarenus censuit illa verba textus; *Pro ea verò parte*, &c non esse referenda ad quartam hæredis fideicommissaria hęreditate grauati, sed ad quartam, quæ per legem Falcidiam deducitur, quasi Martianus orationem conuertat ad eandem Falcidię legis quartam, dicens non imputari in eam id, quod a cohærede accipitur. Sic enim cessabit omnis difficultas, vt patet.

C Sed obstant huic expositioni legis verba, sic enim habent: *Pro ea uero parte, quam accipit a cohęrede: extra quartam, hoc est, quod a cohęrede accipitur.* Hic modus loquendi pertinet ad declarationem eius, quod proximè dictum fuit circa imputationem. Nam cum proximè dixerit Iurisconsultus, in Quartam imputari, quæ iure legati, vel fideicommissi accipiuntur in fideicommissaria hæreditate restituenda, statim subdit declarationem, ac moderationem, vt scilicet id non intelligatur pro ea parte, quam accipit à cohærede: quia illud, quod à cohęrede accipitur, extra quartam est. Hęc sanè declaratio, & moderatio applicari non potest ijs, quæ dixerat primum de lege Falcidia, quia dixerat Martianus imputari in eā quartam, ea duntaxat quę iure hæreditario percipiuntur, non autem, quæ iure legati vel fideicommissi. Quæ ergo aut necessitas, aut occasio erat subijciendi hanc moderationem siue declarationem, vt pro ea parte, quæ à cohærede accipitur, id non esset in quartam eiusdem Falcidiæ imD putandum? Nam quæ iure legati percipiuntur in quartam dictæ Falcidiæ legis non imputantur; Quod autem à cohærede accipitur, sine dubio iure legati, vel fideicommissi accipitur: Non ergo erat necesse id exprimere, & quidem in modum declarationis, & limitationis, nempe, *pro ea uero parte*, &c.

Puto igitur illa verba: *Pro ea uero parte*, &c. pertinere ad Trebellianicam, & referenda esse ad id, quod proximè dictum erat, de quarta hęredis, qui restituere hęreditatem sit grauatus, tempereturque ijs verbis sententia supra dicta, vt nimirum in quartam, quam deducit hæres restituere grauatus, imputentur quidem ea, quæ iure legati, vel fideicommissi accipit hæres, nō tamen pro parte cohęredis, sed pro sua duntaxat parte. Ex qua interpretatione nullum sequitur absurdum. Neque enim absurdum est aliquid generaliter asserere, deinde exceptione addita illud restringere ac temperare. Quod verò dicebatur

batur

batur etiam in quarta Falcidiana idem statuendum esse, vt nimirum pro parte cohæredis data non imputentur, pro parte verò ipsius hæredis grauati imputari debeant, quia id iure hæreditario percipitur, nullo modo concedendum est: quia Martianus in eo constituit differentiā inter quartam Falcidiæ legis & Trebellianam, vt in eam absolutè non imputentur legata vel fideicommissa: in istam verò imputentur pro parte ipsius hæredis grauati. Nec obstat, quod pro parte ipsius hæredis non videantur iure legati vel fideicommissi accipi, sed iure hæreditario, quia legatum non valet. Nam etsi non valeat legatum pro parte ipsius hæredis, non tamen pars hæreditatis, vel hæreditas dici potest, aliud enim esse legatum, aliud hæreditatis portionem indicat, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellian. ibi: *Quia non portionem hæreditariam testator commemorauit, sed simpliciter portionem.* Idem probat l. si Titius ex parte, de leg. 3. & l. Titia, *ff. ad leg.* Falcid. lex autem Falcidia hoc voluit, vt quarta pars hæreditatis apud hæredem maneat Eiusmodi legatum vel fideicommissum cedit lucro ipsius hæredis, tan quam ei adueniens ex voluntate testatoris, vt supra dictum est.

Et ratio huius rei hęc est: quia etsi legatum non valeat non tamen sicuti in fideicommissaria hæreditate restituenda debet alicui restitui, sed potius accrescit hæredi ac proinde legatarij ad legem Falcidiam prodesse nō potest. Prodesse rautem, si in Falcidiam imputaretur.

Restat postrema controuersia ac difficultas, illa vero hæc est; Dicit Martianus fideicommissum hæredi relictum causa conditionis implendæ in quartam ex Trebelliano imputari. Contra Martiani eiusdem pugnat respōsum, in l. ratione, §. tametsi, ff. ad l. Falcid. vbi de Falcidia, quam pro Trebellianica ibi sumit, ita scribit: *Tametsi autem legis Falcidiæ rationem, quæ conditionis implendæ causa hæredi sunt data, in quartam non computantur*, &c.

Respondet Iacobus Cuiacius, illa verba in l. in quartam, *Sed & quod implendæ conditionis causa*, &c. Spuria esse, & non extare in Basilicis, quod ego sanè, vt credam, facilè adduci patior; Primum grauissimi Doctoris Cuiacij testimonio & autoritate. Deinde, quod nullum supetat argumentum, quo duo illa Martiani loca conciliari possint. Nam quæ scribit Alciatus lib. 6. Paradoxor. ca. 4. explicant quidem illa verba, sed non conciliant, cum l. in ratione, § tametsi. Tertiò, quoniam post illa verba: *Sed & quod implendæ conditionis causa*, &c. Statim Martianus subdit, in d. l. in quartā: *Si quid verò implendæ conditionis causa*, &c. quæ sanè verba manifestè indicant supernus nihil dictum fuisse de eo, quod hæredi datur causa conditionis implendæ. Hanc postremam coniecturā habeo ex Huberto Giphanio, viro Clarissimo & honorando Collega meo, cuius eruditionem singularem, & iudicium acerrimum semper magni æstimare soleo. Sed hæc sufficiant de his.

CAPVT XVI.

Prælegata an ueniant in restitutionem fideicommissi?

EXploranda distinctio est antiquis probata Doctoribus, sed recentioribus damnata. Aut præcessit prælegatum, & subsecuta est hæredis institutio, & fideicommissum, & tunc in restitutionē uenit etiam prælegatum; aut præcessit hæredis institutio & fideicommissum, & postea prælegatum est, & tunc non uenit. Nam nec prudentum Responsa, quæ de his loquuntur speciebus, ratione præcedentis vel subsequentis fideicommissi nituntur, & nullum prorsus illa distinctio solidum fundamentum habet. Vis videre? Primum audi Vlpianū in l. Marcellus, §. Quidam liberis, ff. ad Trebellian. *Imperator noster* (inquit,) *rescripsit preceptiones quoque fideicommisso contineri: quia non portionē hæreditariam testator commemorasset, sed simpliciter portionē: in portionē aūt & preceptiones uideri cecidisse.* Audi eundem in l. in fideicōmissaria, § vl. ff. eo. tit. *Si legatum sit heredi relictum* (inquit) *et rogatus sit portionem hęreditatis restituere id solum non debere eum restituere, quod a cohærede accepit: Cęterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, & id D. Marcus decreuit.* Vides ex his Vlpianum distinguentem, vtrum quis portionem suam, an portionem hęreditatis rogatus sit restituere. Priore in casu prælegata veniunt in restitutionem, posteriore non item. Ratio est quia hæreditatis appellatione neque legata, neque fideicommissa continentur, ut in l. si Titius ex parte, de leg. 3. Si tamen quis rogetur restituere quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit, prælegata quoque restituet, vt in l. cum uirum, C. de fideicommiss. Denique ex coniectura voluntatis quæstio ista pendet, ut patet ex l. cum pater, §. fidei tuæ, de le. 2. ex l. Titia, ff. ad legem Falcid. & ex alijs legibus, ex quibus nullam inuenias, quæ antiquorū distinctioni faueat, ut meritò reiecta sit a posterioribus ut dixi. Vide Dom. meum Cephalum, in cons. 259. lib. 1. Dominum meum Decianum, in cons. 41. num. 147. lib. 1. ante eos Decium, in cons. 80. Socin iu. in cons. 107. lib. 3. & post istos Manticam, de coniecturis vltimar. volunt. lib. 7. tit. 7. num. 1.

Sed controuersia est in foro celebris ac frequens: Testatur Titio & Caio prælegata dedit. Postea *in omnibus alijs bonis* eos hæredes instituit, & si absque liberis decesserint, Sempronium eis per fideicommissum substituit. Quæritur vtrum eueniente conditione, Sempronio restituenda sit hæreditas vna cum prælegatis, & sic utrum in proposita specie substitutus Sempronius etiam prælegata petere possit? Et prælegata restituenda non esse, neque fideicommisso contineri illis verbis ordinato, respōderunt Iason in cons. 171. lib. 4. Parisius, in cons. 79. num. 21. lib. 1. Socinus iunior, in cons. 107. num. 45. lib. 3. & in cons. 89. lib. 4. Alciatus, in cons. 480. num. 16. Aemilianus in cons. 39. & cons. 44.

Fundamentum est, quia institutio & substitutio re fertur in hac specie non ad omnia bona testatoris, sed ad alia bona, quæ deductis legatis supersunt. Sic enim testatur post legata data dixit In alijs autem bonis institutio & substitutio, &c. Si in alijs bonis; Ergo non in illis, quæ prælegata sunt, intelligitur facta esse institutio & substitutio, & consequenter, prælegata non uidentur esse comprehensa, immò verò ex uerbis testatoris excepta ex fideicommisso.

Sed contrarium responderunt Alexander in cons. 25. lib. 1. Natta in cons. 321. Alciatus sibi contrarius, in consi. 604. num. 5. & alij, quos refert & sequitur Marzarius in Epitome de Fideicommissis, q. 3. Iacob. Menoch. de præsump. lib. 4. in 2. parte præsump. 194. nu. 6.

Fundamentum est primum in antiqua distinctione; si præcessit prælegatum, & subsecutum est grauamen fideicommissi, tunc in fideicommisso prælegatum cōtinetur. Deinde in eo, quod certum sit, quoties hæres portionem suam restituere rogatus est, etiam prælegata restituenda, ut in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebel. Ergo multo magis prælegata in restitutionem uenient, cum hæredi simpliciter facta est substitutio. Illa enim apta est comprehendere etiam singularia prælegata, l. ab eo, C. de fideicommissis.

Ad argumentum verò sumptum ex illis verbis testatoris: *In omnibus autem alijs bonis*, &c. respondent nil obstare; quia illa uerba non illum habent sensum, quod in alijs duntaxat bonis institutio facta sit; immò in omnibus bonis institutio facta esse intelligitur, cum onere tamen legatorum præstandorum. Et solent Notatij ea verba in testamento apponere, ex quadā consuetudine, nō autem, quia significent hęredis institutionem ad vniuersa bona trahendam non esse.

Ego sanè imprimis animaduerto, fundamentum huius sententiæ posterioris ualde infirmum esse. Nam distinctio illa ex ordine pręcedentis, uel subsequentis fidei commissi

commissi, vt iam dictum est, nigros iam tulit calculos, & alterum argumentum non sans est solidum. Nam, vt maximè verum sit verbum, *Substituo*, atque adeo substitutionem in genere etiam ad legata adaptari, & sic etiã legata particularia comprehendere posse. Siquidem etiã in particularibus legatis & fideicommissis substitui potest, l. vt hęredibus, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg 2. l. ei cui, ff. de donatio. cau. mortis. non tamen sequitur in hac ipsa specie, de qua agitur, eam esse vim substitutionis vt etiam prælegata comprehendat. Nam aut intelligitur facta esse substitutio in hęreditate, & tunc prælegata pro parte alterius cohęredis non continebit, vt in dicta l. in fideicommissaria, §. vlt. ff ad Trebellian. in l. si Titius ex parte, de leg. 3. aut facta esse intelligitur in portione, & tunc continebit etiam prælegata, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellianum. Hoc igitur inquirendũ est in quæstione ista, an substitutio simpliciter & indefinitè facta, intelligatur esse facta in hæreditate siue hæreditaria portione; an vero in portione simpliciter. Id est, vtrum hæredes videantur esse rogati Sempronio

B substituto restituere portionem hæreditatis, vel portionem simpliciter. Et sanè ego existimo substitutionem obscuram ex institutione interpretandam esse, non ex præcedentibus legatis: & sic substitutionem videri factam in hæreditatis portione, nõ autem in legatis. Cum ergo testator proponatur duos instituisse hæredes ex æquis portionibus, aut etiam inæquis, nil enim id refert, ac eis simpliciter substituisse per fideicõmissum, ego sic interpretor substitutionem, vt ad portionem hæreditariam referatur, & sic pro ea hæreditatis portione quisque substitutum habeat, in qua institutus est. Ac proinde in quæstione, quam habemus in manibus, idem respondendum putarem, quod responderetur, si hæredes rogati essent suam quisque hæreditatis portionem restituere. Quo casu ex l. in fideicommissaria, §. vlt. ff. ad Trebellian. didicimus hæredem rogatum *id solum nõ debere eum restituere, quod a cohærede accepit, cæterum quod a semetipso ei relictum est in fideicommissum cadere.*

Huic sententiæ adstipulantur ∣ pronunciata quædam Iuris vulgaria. Primum, interpretationem illam sumendam, ex qua hæres minus grauatus esse intelligatur. Secundum; Relationem ad proximiora faciendam. Item. Non loquitur de hoc substitutio tua. Fauet denique natura fideicommissariæ substitutionis, per quam plerumque hæreditas restitutioni fit obnoxia, non autem res singulares. Sunt enim separati Tituli de fideicommissarijs hæreditatibus, & de singulis rebus per fideicommissum relictis. Sed esto cuique liberum iudicium hac de re longè difficillima. Mea sanè hęc est opinio.

CAPVT XVII.

In legatis & fideicommissis ad pias causas relictis, sitnè, locus detractioni Quartæ ex lege Falcidia, vel ex Trebelliano Senatusconsulto?

D

VIdetur communiter receptum in legatis ad pias causas legem Falcidiam locum non habere, & idem multi de Trebelliano Senatusconsulto responderunt, alijs tamen multis reluctantibus, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, libro 4 Commu. conclu. tit. ad Trebell. concl. 11. Sed mihi legum tenorem ex ipsis autoribus contemplanti, non legem Falcidiam, nec Trebellianum Senatusconsultum in legatis & fideicommiss. ad pias causas relictis cessare videtur, nisi hæres in mora fuerit præstandi legatum. Hæc sententia fuit interpretũ antiquorum, quos cõmemorat Accursius in l. si quis ad declinandam in verbo, *Minui* C. de Episcopis & Clericis. & nouissimè eam amplexus est Iacob. Cuiacius in expositione Nouellæ 131.

Videamus leges ipsas, ex quibus pendet, & in hoc, & in alijs articulis sententia nostra. In primis ex antiquioribus occurrit l. prima, §. ad municipum, ff. ad legem Falcidiam Paulus: *Ad municipum quoque legata, vel etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Ex Iustiniano l. si quis ad declinandam, C. de episcopis & Cleric. *Si quis ad declinandam* (inquit) *legem Falcidiam, cũ desiderat totam suam substantiam pro redemptione captiuorum relinquere, eos ipsos captiuos scripserit hæredes, &c.* Sentit Imperator ad declinãdam legem Falcidiam, hoc est, vt per legem Falcidiam nihil minuatur scribendos esse hæredes ipsos captiuos, siue pauperes; quia si alius hæres institueretur cum onere restituendi per fideicommissum ipsis pauperibus, vel captiuis, quarta per legem Falcidiam, hoc est, per Trebellianum (sæpe enim hæc confunduntur) detraheretur ab hærede grauato. Ex quo argumentum sumi potest, & in huiusmodi fideicommissis locum esse Falcidiæ legi, siue Trebelliano Senatusconsulto, nam si locus non esset, nullo opus esset ad eam legem declinandam consilio ac remedio, quod & Paulus Castrensis annotauit in Commentarijs eius loci. Nec

B quenquam moueant illa eiusdem legis verba: *Si enim propter hoc a speciali hærede recessum est, ut non Falcidiæ ratio inducatur, quomodo ferendum est hoc, quod in sacro venerit, per Falcidiam vel aliam occasionem minui?* Non enim sensus est in huiusmodi relictis cessare legem Falcidiam; sed talia minuenda nõ esse ab Episcopo vel Oeconomo, quasi illis tãquam hæredibus quartæ detractio competat, vt patet ex præcedentibus verbis ibi: *nullo penitus hoc ex lucro vel Oeconomo, vel Episcopo, vel sacrosanctæ Ecclesiæ relinquendo. Si enim. &c.* quod sanè & inferius sæpe repetitur, ibi: *Si enim heredum eis* (scilicet Episcopo & Oeconomis) *& ius & nomen dedimus, sine Falcidiæ tamen legis emolumento, &c.* Et rursus ibi: *Pro tempore Oeconomus sacrosanctæ Ecclesiæ, vel Episcopus hæreditatẽ accipiat, & sine Falcidiæ ratione pauperibus, qui in Ciuitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel alia sustentatione egentibus eędem pecunia distribuantur.* Et denique

G ibi: *Sin autem in personam certam, venerabilemvè certam domum respexerit, et tantummodo hæreditatem vel legatum competere sancimus, nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.* Ex quibus verbis apparet, non hanc esse Imperatoris sententiã, vt hæres in huiusmodi legatis amittat Falcidiæ emolumentum, sed ut Oeconomus, vel Episcopus, vel alij amittant, licet hæredes esse videantur Et rõ est, quia hæredes verè & immediatè sunt ipsi captiui, vel pauperes; quos directè testator instituit eo consilio, vt totam substantiam obtinerent absque ulla diminutione, seu Falcidię detractione, quam alioqui passi fuissent, si alio hærede instituto hereditas ei restituenda fuisset.

Denique audiamus Nouellas ipsas Constitutiones; vnus est locus, qui ad hanc rem pertinet in Nouella 131 alias in Auth. in Ecclesiasticis, tit. § si autem hęres, vbi Iustinianus ita scribit; *Si autẽ hæres, quę ad pias causas relicta sunt, non impleuerit, dicens relictam sibi substantiã non sufficere ad ista, pręcipimus omni Falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali substantia proficere pro impletione sanctissimi locorum Episcopi ad causas, quibus relictum est.*

D

Hic non dicit Iustinianus generaliter & absolutè se constituere, vt in legatis ad pias causas, vt uocant, lex Falcidia cesset. Sed cum superius hęredi non adimplẽti voluntatem testatoris in pręstandis huiusmodi legatis, pœnam imposuisset, idem argumentum tractans, de eo loquitur hęrede, qui negligit legata pręstare ad pias causas relicta, eo colore ac prętextu, quod dicat, ad hęc pręstanda non sufficere bona testatoris; & tunc ita Imperator statuit, vt in pœnam suę negligentię tota substantia defuncti cedat in solitudinem legati, nihil ex proprijs bonis hęrede soluente, sed & nihil ex lege Falcidia detrahente Cęterum, si hęres non fuerit negligentis in soluendo legato pijs locis, quo minus ex lege Falcidia detrahere possit aliquid, vt quartam partem habeat, nullo modo Iustinianus statuit, quod sanè, vt apertè decerneretur, ęquum erat, si veteres leges corrigendi animus

Iusti-

Iustiniano fuit, sicut in alijs non abque prȩfatione solitum esse Imperatorem obseruare, non ignorant ij, qui Nouellas legibus antiquis derogantes perpendunt.

Cum itaque legibus, nec Constitutionibus aliter sit cautum, quam nostra præmonstret sententia, vt Legum potius Autores, quam Commentatores sequeremur, faciendum esse iudicauimus.

Huc vsque dictaueram, cum legi Cuiacium ad librũ quartũ sententiarum Pauli, tit. 3. diuersa sentientem ab ijs, quæ docet in expositione Nouellæ supradictæ 131. Verba Pauli hæc sunt: *Lex Falcidia itemque Senatusconsultum Pegasianum, deducto omni ære alieno, Deorumque donis, quartam residua hæreditatis ad hȩredem voluit pertinere.* Ad hæc Cuiacius; *Deduci prius oportet omne æs alienũ, & Deorum dona; deinde Falcidianam aut Pegasianam quartam. Ex hoc loco in notis ad Iustiniani Institutiones testatus sum malle me in l. prima, § ad municipium, ff ad legem Falcid. si legere: Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquũtur, lex Falcidia pertinet, nec muto sententiam. Vt enim constitutio Iuris Ciuilis quæ inter coniuges donationem prohibet in Deorum donis non valet, l. si sponsus. § proinde, ff de donatio inter vir. & vxor. ita Dei cultus postulat, vt nec in eis valeat lex Falcidia, idque nouissimis constitutionibus comprobatur.*

Sed Cuiacio & Robertum oppono, & Fornerium, cuius elegantissima verba, quin adscribam, mihi temperare non possum. Etenim & ad rem istam illustrandam & nostram sententiam confirmandam & Cuiaciũ confutandum multum valent. Is libro secundo. Selectio capitulo 25. scribit in hæc verba: *Exhausta legatis aut fideicommissis, vel mortis causa donationibus hȩreditate, auxilio Falcidiæ institutus hȩres quadrantem retinere potest, ne nullo adeundam hȩreditatem præmio inuitatus testamentum deserat, l. 1. ff ad legem Falcid. § primo, Institut. eod. Paul. lib. 3. tit. vlt. Sen. 1. Nec vllum ferè legati genus à Quartȩ detractione immune est, cum in legatis Principi relictis lex Falcidia locum habeat, l. quarta, C de lege Falcid. & in ijs, quæ Deo relinquuntur. Sunt tamen, qui dona Deorum excipiant, vt solida sine onere Falcidiæ prȩstentur ab hȩrede, mutataque apud Paulum affirmatione in negationem, sic legant; Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur lex Falcidia pertinet. Adducuntur alio Pauli loco, in quo est lex Falcidia, Itemque sic Pegasianum, &c. Quam equidem emendationẽ probare nullo modo possum. Cur enim Pauli Sententiarum libros ab Alarico & Aniano interpolatos sequemur, vt tot exemplarium fidem in Pandectis etiam Florentinis constãtem deseramus? Nec verò eorum, qui pusillo cicer pertinȩ[illegible] asperserunt, sententiȩ suffragatur religionis prȩtium, cuius causa strictam iuris rationem insuper habemus l. 43. sunt personȩ. ff. de religios. & sumpt. funer. Nego [illegible] Deo solis, cum admodum legitimum reuocatum [illegible] delibatur; nego legis Falcidiȩ, quȩ testateris, [illegible] sui tuetur rationem esse stricti iuris l. penult. C de leg. Falcid. testamenta conseruari è Repub. est l. 4. ff. Testamentaquemad aper. Itaque legis Falcidiȩ ȩquitas Senatusconsultis editis, Cõstitutionib. Principum producta, et interpretatione dilata est. At lex quȩ donationes inter coniuges inhibuit, vxorem viro in honorem & cultum Dei donare permisit, l. [illegible] § proinde ff. de donat. inter vir. & vxor. Quid mirum, cum id modò Senatus in ea lege sanciẽda spectauerit, ne mutuo amore coniuges sese bonis nudarẽt, & alter alterius spolijs locupletior euaderet? sed quod in d. § proinde, donatur, mox in Dei cultũ confertur, nec donatarij rem auget. Itaque eadẽ lege permissum est vxori, vt viro in honorem dones dignitatis adipiscendȩ nomine, in processum viri, & in causam laticlauij, l. 40 cum ll. seqq. ff de donation. inter vir. & vxor. Alius est legis Falcidiȩ scopus; quȩ, quia fauore digna est, non facilè coarctari interpretatione ac restringi debet. Nec ad rem pertinet, legato libertatis hȩredis quadrantem minui, l. 8. § quartam. ff de inoffic. testam. quod eius immensa ȩstimatio sit, vt nulla ratione*

A *drantis & quadrantis calculus subducatur, l. Libertas, de regu. iur. Nec similis prȩlegatȩ seu relegatȩ dotis causa est, l. Sed etsi vsusfructus, ff. ad legem Falcid. Meritò enim extra legis Falcidiȩ rationem est, cum mulier nihil lucretur, cui non tam legari, quam suum reddi videtur, l. cum pater, § Fides tuȩ, de leg. secundo. Quod ius nouissimis Constitutionibus abrogatum quibusdã hodie persuasum est; quo in errore versati sunt & Græci Basilicon interpretes, quos ut Iustiniani mentem non assecutos Photius notat. Nomoc. tit. 2, cap. 1. Nec enim Nouella 131. simpliciter Falcidiam à legatis in piam causam relictis excludit: sed ita demũ, si dolum in his prȩstandis adhibeat hȩres, affirmetque patrimonij vires non sufficere, omni legis Falcidiȩ beneficio priuatur.* Hactenus Fornerius.

CAPVT XVIII.

In fideicommissis & legatis vtrum appellatione filiorum ueniant nepotes.

B NOn puto me operȩ precium facturum, si Doctorum autoritates, qui vel affirmantem, vel negantem sententiam in hanc quȩstione amplexi sunt, attuleto quoniam ante me illas attulit Antonius Gabrielius, Commun. conclu. lib 6 tit. de verbor. signif. Concl. 1. & post eum Franciscus Mãtica, de Coniecturis vltimar. volunt lib. 8. tit. 8. necnon Iacobus Menochius, in consil. 215. lib. 3. & de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 94 Zasius pulchrè ad Germanicum idioma rem accommodans, in consil. 7. lib. 1. Quare quid ipse sentiam paucis declarabo. Equidem ex autoribus nostris duo nobis manifesta sunt. Vnum, filiorum appellatione non contineri nepotes, si propriam vim ac naturam verbi spectemus. Alterum, ex iusta quadam interpretatione contineri. Ex his quid in proposita quæstione respondendum sit, facilè apparebit.

C Prior propositio probatur ex l. quod si nepotes, ff de testamen. Tutela. Vlpianus: *Aliter*, inquit, *filij, aliter nepotes appellantur.* ex l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex §. vlt. in Instit. Qui testam. tutor. dari poss. & declarat optimè Cuiacius in Commentarijs ad l. 2. ff. de excusat. tuto.

Altera verò propositio probatur ex l iusta, ff de verbor. sign. ex d. l filium habeo, ff. ad Macedon. ex l. Senatusconsulto, ff. de ritu. nupt. Non obstat l filij, & l. liberorum, ff de verb sig. quia quod ibi dicitur: *Filij appellatione omnes liberos cõtineri*, intelligendum ex iusta interpretatione, vt puta: *Fundum cum villico & cõtubernali eius, & filijs do, lego.* Continentur etiam nepotes, l. vxorem, §. Concubinæ, de leg. 3. & d. l. liberorum, vers. *Sed & Papyrius.* Iusta est illa interpretatio, ne fiat dura seperatio, iuxta l. quȩsitum, §. sed an instrumentum, ff. de fundo instructo. & instr. leg.

Hæc cum ita se habeant, facilè apparet, quid respondendum sit ad propositam quæstionem. Nam respondẽdum erit in legatis & fideicommissis filiorum appellatio
D ne nepotes nequaquam contineri; quia aliter filij, aliter nepotes appellantur: sed tamen si contrariũ suaserit voluntatis coniectura, vel ratio, vel æquitas, & aliȩ circumstantiæ, respondendum erit, ex iusta illa interpretatione contineri. Exemplum est in d l. vxorem, §. concubinæ. Alia exempla & coniecturas ex Menochio de præsumptionibus loco annotato petere possumus.

CAPVT XIX.

Hæres eius, qui bona restitutioni obnoxia alienauit, possitnè ea uindicare.

EXistimo hæredem eius, qui bona fideicommisso subiecta alienauit, ea vindicare non posse, licet ex fideicommisso vocatus ex persona propria actionem intendere velit. Quam sententiam amplexus est Pinellus, ad l. primã, in 3. parte, numero 82. C. de bonis matern.

matern. & Iacobus Menochius in conſ. 89. lib. 1. licet contrarium multi docuerint, puta Paulus Caſtren. vel potius Saluſtius quidam inter Caſtrenſis conſilia, in conſilio 199. libro ſecundo, cui & Abbas Panormitanus ſubſcripſit. Natta in conſil 470. Grammaticus deciſ. 93. & alij a Marzario citati in Epitome de fideicommiſſis, quæſtiu. 46.

Hæc autem ſententia tam luculenter ex autoribus noſtris vera eſſe demonſtrari poteſt, vt mirum ſit viros doctos vllos repertos, qui contrarium docuerint.

Imprimis adſero textum in l filiusfamilias, § cum pater, de leg. 1. Martianus: *Cum pater filio hęrede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommiſiſſet, ne fundum alienaret, & ut in familia relinqueret; & filius decedens duos hęredes inſtituiſſet, tertium exhęredaſſet, eumque fundum extraneo legaſſet. Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt, verum eſſe nõ paruiſſe volũtati defuncti filium. Sed etſi cum duos exhęredaſſet, vnum hæredem inſtituiſſet, fundumque extraneo legaſset, putat Marcellus poſse exhęredatos petere fideicommiſsum.* Hactenus ille.

Cur non etiam filios hæredes inſtitutos fideicommiſſum petere poſſe Martianus reſpondit? quia ij non poſſunt illud petere. Non enim hæres impugnare poteſt defuncti voluntatem & factum.

Secundò adſero textum in l. vnum ex familia, § ſed ſi vno, de leg. 2. in illis verbis: *Verum is, qui hæres ſcriptus eſt, ratione doli exceptionis cęteris fideicommiſſum petentibus facere partem intelligitur.*

Senſus eſt; fideicommiſſum peti non poſſe ab eo, qui hæres inſtitutus eſt, (erat autẽ fundus extraneo relictus, qui ex fideicommiſſo peti potuit, vt ex textu patet in ſuperioribus verbis) ſed tamen eum partem facere; atque adeo impedire, ne alij totum fundum conſequãtur: quia pars hæredis inſtituti deduci debet.

Tertiò adſero l. ff de exceptio. rei vendi. & traditæ. Vlpianus: *Marcellus ſcribit, ſi alienum fundum vendideris, & tuum poſtea factum petas, hac te exceptione rectè repellendum: ſed etſi dominus fundi hæres venditoris exiſtat idem erit dicendum.*

Obſtat ergo doli mali exceptio hæredi uindicare volenti rem ſuam ab eo venditam, cuius eſt hæres. Idem reſcripſerunt Dioclet. & Maximia in l. cum a mãtre, C. de rei vend. in l. venditrici, C. de reb. alienis non alienand. Idem reſpondit Imperator Gordianus in l ſiue poſſeſſio, C. de euictio. & text. in l. Polla, C de his, quib. ut indig. quibus adſtipulatur & Aureliani Reſcriptum, in § ſi ab eo, C. de liber. cauſ.

Poſtremò, adſero hoc argumentum; Is qui bona vendidit & alienauit, non poteſt eam alienatione reuocare: ergo nec hæres eius. Conſequens probatur ex l. ex qua perſona de reg. iur. & ex § 1 in Auth. de iureiurando, a moriente præſtito. Antecedẽs autem, quia nemo poteſt proprium factum infringere ac impugnare. l. ſi creditoribus, C. de ſeruo pigno. dato manummiſſo, l. filius, C. de reuoc. his quæ in fraud. cred. l. cum profitearis, C. de reuoc. donation.

Sed videamus, quantum argumenta contrariæ ſententiæ habeant momenti. Primum argumentum. Quilibet impugnare poteſt factum ſuum, & contra illud venire, quoties nullum eſt, ut notatur in l. poſt mortem, ff. de adopt. l Quemadmodum, C de agric. & Cenſit. ergo multo magis illud impugnare poterit hæres, & ſucceſſor eius. Sed alienatio rei fideicommiſſo ſubiectæ eſt nulla, eueniente conditione, vel die fideicommiſſi, l. penultima, § ſin autem ſub conditione, C. commun. de legat. Ergo reuocari poterit ab hęrede eius, qui alienauit.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem veram non eſſe abſolutè, ſed tunc veram eſſe, cum actus eſt nullus iure publico, prout loquitur l. quemadmodum, & loquuntur alię leges, quas adfert Glo. in d. l. poſt mortem. Alienatio vero, de quo agitur, eſt nulla iure priuato, quia videlicet is, cui fideicommiſſum debetur, rem poteſt vindicare, tanquam irritum deducta alienatione: ſed cum eſt hæres alienantis non poteſt, vt patet ex l. cum à matre, C. de rei vind. & alijs legibus ſupra allatis.

Secundum argumentum; Cum defunctus voluit hæredem priuare iure ſibi debito, tunc poteſt hæres contra eius factum venire, l. 2. C. de inoffi donation. Sed hic defunctus voluit hęredem priuare iure ſibi debito, nempe, fideicommiſſo. Ergò, &c. Reſpondeo, maiorem propoſitionem ita ſimpliciter prolatam veram non eſſe. Hoc tantum dicit dict. l. ſecunda, C. de inoffic. donat. filium poſſe inofficioſam patris donationem reuocare, vt leg: tituam ſibi debitam conſequatur, quod nihil ad rem noſtram pertinet.

Tertium argumentum. Quoties defunctus aliquid facit in fraudem hæredis, poteſt hæres eius factum impugnare, l. 2. ff ſi quid in fraudem patroni, l. 1. & 2. C. ſi in fraudem patroni à libertis alienatio facta ſit.

Reſpondeo, leges, quæ in argumento adſeruntur, loqui, cum alienatio facta eſt in fraudem legitimę patrono debitæ, qua de re noſtra non eſt diſputatio. Agitur enim hic de re alienata, contra voluntatem teſtatoris, qui fideicommiſit, quæ alienatio fieri nec debuit, nec potuit: ſed hæres alienantis eam impugnare non poteſt.

Quartum argumentum ſumitur ex eo, quod hæres in propoſita ſpecie ex ſua perſona petere fideicommiſſum poteſt, & rem vindicare, cui proinde impedimentum adferre non poteſt factum defuncti, l vlt. C. de euictionibus in illis verbis: *Factum eius, cui ſucceſſit ex ſua perſona dominium vindicare non impedit.* Reſpõdeo, illam legem non loqui de hærede eius, qui rem vendidit, ſiue alienauit, ſed de hærede fideiuſſoris, qui videlicet pro venditore promiſit de euictione. Cum verſamur in hęrede venditoris, ille vindicare non poteſt rem venditam, etiam ex ſua perſona, vt puta ſi res ſit ipſius hęredis propria, l. cum a matre, C. de rei vind. Ratio eſt; quia tanquam hęres tenetur prẹſtare factum defuncti imò, de euictione tenetur, & ideo, quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, l. vindicantem, C. de rei vindicatio. Cęterum, in hęrede fideiuſſoris aliud eſt conſtitutum, & ratio eſt; quia ille non vendidit, ſed pro venditore ſe obligauit: Ergo emptor actionem habet euictionis nomine, ſi res vindicetur ab hęrede fideiuſſoris aduerſus ipſum venditorem, qui precium recepit, & principaliter tenetur, & aduerſus etiam fideiuſſorem, vt patet ex verbis d. l vlt. ibi: *Scilicet euictionis cauſa durante actione.* Sed fideiuſſori conſultum erit actione mandati contra venditorem. Dices, quę eſt ratio, cur hęres venditoris ex ſua perſona rem vindicare non poſſit; hęres autem fideiuſſoris poſſit? Reſpondeo, hanc adferri rationem poſſe; quia venditoris hęres inuenit precium rei venditę in hęreditate defuncti, aut conuerſum illud fuit in vtilitatem ipſius defuncti, quare iniquum videtur, vt ipſe hęres, qui rei venditę precium habet, aut certè ex eo ſentit vtilitatem, rem vindicet a defuncto alienatam. Fideiuſſoris autem hęres, non inuenit precium rei in hęreditate, nec illud conuerſum eſt in vtilitatem eius, ſed venditor illud accepit, qui proinde ipſius hęredis indemnitati ſatisfacere poterit, quatenus euictionis actione ipſe hæres condemnabitur; quę ratio prorſus in hęrede venditoris ceſſat.

Quintum argumentum; hypothecaria actio non confunditur ex aditione hæreditatis, l. debitor, ff. ad Trebel. ſed hæres habet actionem hypothecariam pro rebus per fideicommiſſum relictis. l 2. C. commun. de legat. ergò illa non confunditur ex aditione hæreditatis, & conſequenter hęredi ſalua manet, & competit aduerſus poſſeſſores. Reſpondeo, hypothecariam non confundi ex aditione hæreditatis, quoties illa competit hæredi in bonis ipſius defuncti, cui ſuccedit, & alijs hæreditatem reſtituere is debet. Nam tunc hæres retinere ſibi poteſt res obligatas, cum reſtituit fideicommiſſum, ita loquitur l. debitor, ff. ad Trebel. Hoc autem a ſpecie, & quęſtione noſtra quàm longiſſimè abeſt.

Cæteris

Cæteris argumentis satisfacit optimè Menochius in d. consil. 89 lib. 1. Nos hic consultò ea prætermittimus; quia leuissima sunt, & ex iuribus feudalibus deducta, quæ & dissimilia sunt, & vim habent in rebus non feudalibus.

CAPVT XX.

An per diuisionem cum Clausula, de non faciendo aliquid contra eam, vel aliàs, cum generalibus, & vt loquuntur, prægnantibus verbis, censeatur renunciatum fideicommisso.

SCæuola in l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verb. oblig in hæc verba respondit: *Duo fratres hereditatem suam inter se diuiserunt, & sibi cauerunt, nihil se contra eam diuisionem facturos, & si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit, post mortem alterius. qui superuixit, petijt ab hæredibus eius hæreditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi à patre relicti debitam, & aduersus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset, quæsitum est, an pœna commissa esset, respondit pœnam secundum ea, quæ proponerentur, commissam.*

Ex hoc responso controuersia oritur, an per diuisionem censeatur renunciatum esse fideicōmisso, si ea cautio sit adiecta, nihil contra eam factum iri. Et rursus alia oritur controuersia, quid si verbis amplioribus concepta sit eadem cautio, vt puta, promisit alter alteri nihil amplius se petiturum, nihil contra diuisionem facturum, ex quacunque causa, ex quocunque iure, quod cogitari potest. Et quidem, quod ad rigorem attinet, notæ sunt omnibus Doctorum sententiæ in Commentarijs dicti loci. Aliqui enim censuerunt bene iudicatum fuisse in ea specie, de qua loquitur Scæuola; atque adeò, per diuisionem eo modo factam, videri renunciatum fideicommisso. Aliqui vero malè iudicatum, & idcirco per illam diuisionem fideicommisso renunciatum nō videri. Ego quod ad responsum Scæuolæ attinet, magis probo sententiam Iacobi Cuiacij in Commentarijs eius loci, & Francisci Connani lib 6 Commen Iuris Ciuilis, cap. 3. num 8 Iidi docent in specie Scæuolæ proposita sic accidisse, vt & de fideicommisso quoque trāsactum esset, & ideo quæsitum fuisse id duntaxat, vtrum pœna commissa esset; & respondit Scæuola commissam. Vt huic acquiescam expositioni illud facit, quia nec proposita hæc quæstio fuit Scæuolæ, vtrum per diuisionem ita factam videtur de fideicommisso quoque transactum esse, nec eam ille definit, sed narrat aduersus eum pronunciatum fuisse, qui fideicommissum petebat. Et ideo de pęna quęsitum. Itaque illa verba, *quasi de hoc quoque transactum fuisse*, possunt quidem dupliciter accipi; Primum scilicet quia per talem diuisionem. *de hoc quoque*, (nempe de fideicommisso) *transactum esset*, sed non est probabilis expositio; nusquam enim cautum est diuisioem inter fratres ita simpliciter factam, hoc efficere, ut renonciatum esse fideicommisso, ac de eo trāsactum videatur; immò repugnat ratio, lex quoque, & non ita remoè tractandum dederat à Scæuola Altero modo accipi possunt illa verba, nempe, præter diuisionem factam ea adhibita cautione, ac pœnali stipulatione, transactum quoq; fuisse de fideicommisso. Et ideo quæsitum, an is, qui fideicommissum petijsset, in pęnam incidisset. Videbatur pęnam non fuisse cōmissam; quia illa promissa fuit, si contra diuisionem aliquid fieret. At petens hæreditatem ex fideicommisso, non facit contra diuisionem, sed contra transactionem factam de fideicommisso. Respondit Scęuola commissam. Ratio est: quia transactio de fideicommisso facta fuit in ipsa diuisione hæreditatis: atque adeò pars diuisionis fuit, & ad diuisionem pertinuit.

Quod attinet ad alteram controuersiam, multi censuerunt, propter illa verba generalia renunciatum uideri fideicommisso, nec amplius peti posse. Eorum antesignanus Io. And. fuit ad Specul. tit. de Testamentis, §. in

A primis, num. 17. Curt. iun. in cons. 49. num. 2. qui alios citat; alij verò nec tunc renūciatum censeri fideicommisso responderunt Ita Decius in cons. 491. Ruinus in cōsil. 138. lib 2. & alij, quos commemorat Gabrielius, lib. 4 Comm Concl. tit. de fideicommissis, Concl. 1. nu. 21. Marzarius in Epitome de fideicommissis, in 3. par. quæstio. 59. Omnis difficultas his duabus iuris propositionibus tollitur Prior propositio: Generalis Clausula transactioni adiecta, siue pactioni, & obligationi, restringitur ac refertur ad eam causam solam, de qua actum est, l si de certa, C de transact. l. iubemus, C. ad Velleian. l. vlt. §. idem quæsijt, ff. de condict. indeb. l. 2. de iudicijs. Altera propositio: Si adeo generalia sint verba, vt citra manifestam calumniā restringi non possint, verbis ipsis standum est, l. sub prætextu specierum, C. de transact. Quapropter, temperare quisque sibi à tam effuso sermone admonetur, ne in promptum incidat periculum, l. vlt. C. de B dotis promiss.

Ex his, ni fallor, perspicuum euadit, quid respondendum sit in proposita quęstione Ita enim respondendum erit, vt per diuisionem renunciatum esse videatur fideicommisso, si cautio ac promissio diuisiooi adiecta tam generalibus verbis concepta sit, vt restringi salua ratione recti sermonis nequeat ad solam diuisionem. Exemplum, si quis promittat se nil facturum contra diuisionem, & nullam moturum controuersiam, nihilque petiturum ex qnacunque causa, quocunque tempore; Tūc fideicommissi scientia supposita nō dubitarem cū Ioanne Andreæ pronunciare, fideicommisso renunciatum videri: Si verò verba salua ratione recti sermonis, ac citra calumniam restringi ad solam diuisionem possint; tunc ad eam restringenda erunt; sicut docet prior propositio.

C CAPVT XXI.

Vtrum matri, vel auia, cum relinquunt filie, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantùm ad legitimam adijcere, vt vsusfructus patri non acquiratur.

PRoponebatur ex facto in Auditorio Collegij huius Inclytę facultatis Iuridicę Ingolstadiensis, Auiam testamento instituisse nepotem ex filio in legitima portione, & alijs quibusdam rebus, ea adiecta cōditione, ne vsusfructus patri acquireretur, & responsum petebatur, an ea conditio rectè etiam, quoad legitimam adiecta esset, ac proinde ualeret Aderant Clarissimi viri ac Consultissimi, qui Responsa non nisi summo studio, & summa grauitate consulentibus communicare soliti sunt, ac proinde re maturè discussa, visum fuit controuersam esse hanc quęstionem; Nam Accursius in Authen. D Vt liceat matri, & auię in principio, vers. *Participium*, respondit eam conditionem adiectam, ualere etiam quoad naturale debitum, hoc est, quoad legitimam, & Accursium secuti fuere Angelus ibi, necnon Baldus, ad l filię, C famil. hercis. & alij, quos refert, & sequitur Fernandus Vasquius & de successionum creatione, in Tractatu primę patris, lib. 1. § 10. nu. 234.

Cęterum, non ualere talem prohibitionem, ac conditionem, quantum ad legitimam, docuerunt Bart. Castr. & Corn. in Authen Excipitur, C. de bonis, quę liberis. Alios commemorat Vasquius loco proximè citato.

Fuit ergo dictum, fundamenta vtriusque sententię perpendenda esse. Fundamentum Accursij in eo est positum, quod ea conditio nullum onus, nullum grauamē inferat legitimę; ac proinde valere debeat, argumento l filijs matrem, C. de inoffic. testam. ibi: *Neque nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putauerit prouidendum, &c.*

Huc acce. 'at text. in Auth. Excipitur, C. de bonis, quæ lib. *Excipitur inquit, quod eis datur,* (scilicet filijs) *ab aliquo parentium conditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vsusfructus.*

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in textu Authen. Vt liceat matri, & auiæ, vbi ita dicitur: *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auiæ, alijsque parentibus, postquam reliquerint filijs partem, qua lege debetur, quod reliquum est, sua substātia siue in solidum voluerint, siue in partem filio, vel filiæ, nepoti, vel nepti, & deinceps descendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac conditione ac definitione, si voluerit, vt pater, aut qui omnino eos habet in potestate in his rebus, neque vsumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hoc enim & extraneis relinquere poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Ex his verbis Iustinianus indicat, prius relinquendā esse legitimam iure debitam, nulla adiecta conditione, sed in eo, quod vltrà legitimam relinquitur, eam conditionem adijci posse, vt pater non habeat vsumfructum.
B Non licebit ergò eam adijcere conditionem in legitima portione debita.

Respondit Vasquius, sensum Nouellæ hunc esse: *Licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta, residuum hæreditatis etiam extraneo dare; prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiā quoad vsumfructum, id eis generaliter licet, non solum in eo, quod est vltra legitimam, sed etiam in ipsa legitima, quasi dicat: extraneis concedere in præiudicium filij non licet, nisi id tantum, quod vltrà legitimam est. In vtilitatem autem filij vetare, ne patri penitus quidquam etiam, quoad legitimam acquiratur, id matri testanti licitum est, vtpote, ipsi filio fructuosum, vtile, conducibile.* Sic ferè Vasquius.

His ita discussis, vnanimi omnium consensione, Bartoli & Sequacium sententiam, ego & collegæ mei amplexi fuimus, vti probabiliorem ac iuri magis consentaneam. Nam hæc est Iustiniani sententia in dicta Nouel-
C la, vt quoniam id, quod vltrà legitimam filio relinquitur vel donatur, extraneis etiam relinqui poterat, ita vt nullam inde pater vtilitatem acquireret; idcirco etiā relinqui posse, ac donari filio, vel nepoti, ea conditione adiecta, vt vsusfructus patri non acquireretur. Cum enim hæc ratio locū non habeat in legitima filio debita, quandoquidem mater, & auia, tenetur eam filio, ac nepoti relinquere, non autem eis auferre, & extraneo dare, sicut dari potest id, quod vltrà legitimam est, rectè infertur in ipsa legitima illam conditionem adijci non posse, vt nimirum eius vsumfructum pater non habeat.

Sic itaque ex ratione legis argumentum sumitur satis perspicuum. Sed & ex verbis ipsis Iustiniani manifestū est, eam conditionem in legitima non esse adijciendam: quia, si & in legitima adijci posset, æquum erat id exprimere. Perperamque id Imperator reticuisset.

Nec quicquam Vasquij responsio valet; quia repugnant verba textus. Fateor hoc velle Iustinianum, lice-
D re matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta residuum hæreditatis etiā extraneo dare. Nego quæ Vasquius subdit: *Prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsumfructum, id eis generaliter licet, non solum in eo, quod est vltrà legitimam; sed etiam in ipsa legitima* Non enim ita loquitur Iustinianus; sed ait; quod reliquum est vltrà legitimam, relinqui & donari posse filijs, ac nepotibus, ea conditione adiecta, ne patri vsusfructus acquiratur; quia hęc etiam extraneis, *relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Quòd vero dicitur, vt patri vsusfructus non acquiratur, etiam in legitima, id esse filio vtile, fructuosum, & conducibile, & ideo licere matri, & auiæ eam conditionem adijcere, etiam in legitima, argumento l. filijs, C. de inoff. testam. nihil obstat; quia cum legitima filio debeatur, ita vt non sit in potestate matris, vel auiæ non re-
A linquere eam filin, non eis licet vllam legem, vllam conditionem adijcere, sicut nec alicui licet de re aliena disponere, etiam si in meliorem statum commutare eam velit, l. vlt. ff. de vsu, & habita, l. 7. in fine, & l. 8. ff. de vsufruct. Nec text. in allegata l. filijs matrem, C. de inoff. testam. loquitur in terminis legitimæ, cui aliqua adijciatur conditio etiam in vtilitatem filij; sed loquitur de generali institutione filij facta sub conditione emancipationis, & ait patri filiorum nomine inofficiosi actionem competere non posse, quia nullam eis iniuriam mater fecit, immò prouidendum putauit.

Et obseruandum est, rationem illius legis hanc esse; quia eo tempore hæreditas matris delata filio acquirebatur patri, tam quoad proprietatem, quàm quoad vsumfructum. Vt enim non acquiratur, quoad proprietatem, postea constitutum est in l. 1. C de bonis matern. Quare sub ea conditione relicta hæreditate, pater nullam causam conquerendi habuit. Nam aut filium emancipauit, & tunc hæreditatem obtinere potuit filius, aut noluit emancipare, & tunc meritò excluditur pater ab omni
B emolumento, nec filij nomine agere potest de inofficioso, quia filius est institutus sub ea cōditione, quæ illi erat vtilissima. Nec ex parte filij dici potest, eum debuisse sine illa conditione hæredem institui: quia si absque illa conditione hæres institutus fuisset, pater omne emolumentum acquisiuisset, de cuius moribus ita malè mater suspicabatur, vt vereretur, ne omnia prodigeret, ita vt filio post mortem patris nihil superesset.

Hodierno autem iure, quo bona materna filijs acquiruntur quoad dominium, vix putarem eam conditionē, quoad legitimam, admitti posse; Ratio est; quia grauamen continet. Nam etsi filius non emancipatur, ei tamē proprietas acquiritur, & non patri, l. 1. C. de bonis matern. Quare necessario filio esset emancipatio ad acquirendam hæreditatem, cum tamen absque emancipatione dominium saltem, siue proprietas filio acquiratur; Neque enim negari potest, quin grauamen sit, onusque non leue, vt id, quod purè & simpliciter filio per legem
C acquiritur, tunc demum acquiratur, si pater eum emancipauerit.

Non obstat sententiæ nostræ textus in Auth. Excipitur, C. de bonis quæ lib. quia desumptus est ex Nouella supradicta. Vt liceat matri, & auiæ, quamobrem ei non est standum, sed Authentico, vnde sumptus est. Ex prædictis autem constat Authenticum ipsum huic sententiæ nostræ magnoperè adstipulari.

CAPVT XXII.

Sitne donatio causa mortis, cum quis sanus existens, & nullo mortis periculo exterritus, post mortem suam donat?

TRiplex est Doctorum sententia hac de re. Vna donationem causa mortis non videri, sed inter viuos. Ita Oldradus in consil. 139. Bald. ad l. a.
D C. de iure dot. Gulielmus Benedictus ad c. Rainucius, in verb. Testamentum, 4. num. 23. de Testament. Fundamentum est in legibus, quibus est constitutum, contractus inter viuos, siue obligationes conferri posse in tempus mortis, vt si quis post mortem suam promittat se daturum, l. Nam si cum moriar, ff. de condictione indeb. §. post mortem, in Instit. de inutilib. stip. l. 1. C. ut actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant, l. scrupulosam, C. de contrah & committen stipul.

Altera est sententia, donationem causa mortis videri, non autem inter viuos. Ita Albericus ad d. l. nam si cū moriar, ff. de condict. indeb. Iason ad l. quæ dotis, nu. 43. ff. so.. matr. & in cons 6 lib. 3.

Fundamentum est; quia donatio causa mortis est, cū quis rem mauult habere, quàm eum cui donat: eum aūe cui donat, quàm hæredem suum, l. 1. ff. de donat. caus. mortis. Sed ita est in specie ista; quia donās mauult rem habere?

habere; non enim donat, nisi post mortem suam. Manult autem eum, cui donat, habere, quàm hæredem suum, vt patet; quia ei donat. Adstipulari videtur l. mortis causa, ff. de manumissio ibi: *Quemadmodum cum rem ita tradiderit, vt moriente eo, fiat accipientis*. Et in l. Seia, ff. de dote præleg ibi: *Videri eum in eum casum, qui morte mulieris extitit, mortis causa stipulatum*. Et ibi Glo. in verbo, *In eum casum*. A

Tertia sententia est distinguens; Aut mortis tempus adiectum est substantiæ donationis, aut eius executioni, non præstationi ipsius rei donatæ. Priori casu est donatio causa mortis; Posteriori autem est donatio inter viuos, cuius executio post mortem confertur. Ita post Dynum Alexander in consi. 14. lib. 1. Socin. sen. in consi. 53. lib. 1. Boerius, decis. 353. num. 12. Couuar. de testam. in 3. par. Rubr. nu. 25.

Hanc sententiam ac distinctionem, & ipse probo. Primum membrum eius probatur ex l. 2. ff. de donatio. caus. mort. *Vlpian. Iulianus lib. 17. Digestorum, tres esse species mortis causa donationum ait; Vnam, cum quis nullo præsenti periculo metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat*. Et hic est casus quæstionis nostræ: nam ita verba textus intelligo, cum scilicet sola cogitatione mortalitatis quis donat post mortem suam. Cum enim faciat mentionem mortis, videtur aliquo modo de ea cogitare, licet nullo tunc præsenti mortis periculo terreatur. B

Posterius autem distinctionis membrum probatur ex eo, quod verba præstationi siue executioni adiecta non faciunt actum conditionalem esse, l. ex his verbis, C. quando dies legati cedat. Et ideo, si quis ita dixerit; Ticio centum dono præstanda post mortem meam, erit donatio inter viuos, & tempus adiectum videbitur differendæ solutionis causa: ideoque non erit donatio causa mortis, nec sub conditione mortis facta.

Argumentum prioris sententiæ non obstat, quia & nos dicimus donationem obligationemque, & contractum ab hæredibus, & sic post mortem incipere posse; sed talem donationem mortis causa appellabimus, quidquid de cæteris obligationibus, & contractib. statuatur. C

CAPVT XXIII.

Mortis causa, si quis donet, & promittat, se non reuocaturum eam donationem, an sit mortis causa donatio?

Existimo non esse donationem causa mortis, cum quis ita donat, vt nullo casu donatio reuocetur, autoritate textus in l. vbi ita donatur, ff. de mortis causa donatio. Marcianus: *Vbi ita donatur mortis causa, vt nullo casu reuocetur causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, & ideo perinde haberi debet, atq; alia qualibet inter viuos donatio*. Autores habeo Bartol. in Comment. eius loci Angelum, in cons. 179. nu. 6. Clarum, in §. donatio, quæst. 4. Couuar. de Testam. in 2. par. Rubr. num. 12. vers. Prima Conclusio. D

Alij donationem mortis causa esse responderunt, eam verò conditionem siue promissionem, de non reuocando, accipiendam esse rebus sic stantibus, videlicet, nisi donatorem pœnituerit, argum. l. quod Seruius, ff. de condict. caus. data, l. quarto, § inter locatorem, ff. locan, ita Baldus ad l. cum quis, ff. de condict. causa data, Decius in consi. 305. num. 4.

Sed huic sententiæ obloquitur Marcianus, l. vbi ita donatur, ff. de mortis caus. donat. Nec ad rem pertinent leges allegatæ; Et contra rationem est ex pronunciatis quibusdam generalibus expressas legum decisiones euertere. Quid quæso commune habet cum re nostra generale illud Axioma; Quælibet promissio intelligenda est rebus sic stantibus? cum posse pœnitere, & reuocare donationem, & non posse reuocare, sint pugnantia?

Alij distinguunt, vtrum promissio non reuocandi adiecta sit substantiæ donationis, an verò executioni: priore casu inter viuos dicitur, posteriore causa mortis; quia Clausulæ executioni adiectæ non mutant speciem, vt in Clem. 1. de præbend. Decius d. consi. 305. num. 7. Natta in consil. 104. Couuar. loco proximè citato, num. 13. vers. Tertia Conclusio. Non rectè: neque enim ea distinctione indigemus, qui claram legis decisionem habemus: Valeant generalia, & Brocardica. Adhæreamus singularibus decisionibus. Nam secundum Aristotelem sermones Generales sunt faciliores, Particulares autem veriores.

Non obloquitur Martianus in d. l. vbi ita donatur, Iulianus in l. si alienam, § Marcellus, ff. eod. tit. *Potest*, inquit, *sic quoque donari mortis causa, vt nullo casu sit eius repetitio*; Quia verba sequentia rem aperiunt. Subdit enim Iulianus: *Id est, nec si conualuerit quidem donator*. Et licet secundum aliam literam sic dicatur: *Et ideo nec si conualuerit quidem donator, reuocabitur*, apparet tamen Iurisconsultum non hoc velle, vt donatio causa mortis ita fieri possit, vt nunquã absolutè reuocetur, sed vt nullo casu sit rei donatæ repetitio, scilicet etiam si donator conualuerit; Vel dicendum est, ita donari quidem posse causa mortis, vt nullo casu absolutè reuocari possit: sed talis donatio non erit mortis causa, verum inter viuos, vt in d. l. vbi ita donatur, sicuti explicat Accursius in d. §. Marcellus, in vers. Nullo casu; vel dicas, *nullo casu*, id est, ex supradictis in præcedentibus verbis.

Cæterùm, non dubito, quin verior sit lectio prior, quæ habet, *id est, nec si conualuerit quidem donator*. Nam, & huic lectioni concordat, l. Senatus, §. sic quoque, ff. eod. tit. vbi Paulus: *Sic quoque potest*, inquit, *donari mortis causa, vt nullo casu sit repetitio, id est, ne si conualuerit quidem donator*.

CAPVT XXIV.

De donatione causa mortis filijfamilias controuersia, an requiratur patris consensus ad integrandam personam filij, vt loquuntur, siue pro solennitate actus: an verò propter patris præiudicium.

Filiusfamiliãs donare causa mortis patre consentiente potest, l. tam is, §. 1. ff. de donatio. caus. mortis, l. filiusfam. ff. de donat. Sed controuertitur primo, cur sit necessarius patris consensus, an pro solennitate actus quasi filiusfam. non sit idoneus, & vt loquuntur nostri, integram ac sufficientem personam non habeat ad donandum causa mortis: an verò propter patris præiudicium. Secundò, vtrum ipsimet patri consensum accommodanti donare possit.

Quod attinet ad primum, consensum patris esse necessarium, propter eius præiudicium, responderunt Paulus Castrens. ad l. Senium, num. 7. C. qui Testam. facere poss. Alexand. ad l. 1. § suit quæsitum, num. 7. ff. ad Treb. & ibid. Ripa, num. 3.

Argumenta sunt ista: Filiusfam. absque consensu patris donare potest mortis causa bona Castrensis peculij, & quasi Castrensis, l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Non aliam ob causam, nisi quia in ijs bonis nullum ius pater habet, ea enim bona pleno iure filio acquiruntur. Ergò in cæteris rebus, quæ patri acquiruntur, aliter constitutum est, quia patri fieret præiudicium; & ideo consensus, & voluntas eius requiritur.

Secundum argumentum est, quia non dicit lex autoritatem patris esse necessariam in huiusmodi donatione, sicut dicimus in contractibus pupilli necessariam esse tutoris autoritatem; sed requirit tantum patris consensum siue voluntatem, ac permissum, vt in d. l. tam is, §. 1 ff de donat. caus. mort. & in d. l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Ideo non uidetur pro solennitate requiri, sed propter patris præiudicium.

Tertium argumentum. Si pro solemnitate actus requireretur patris consensus, istud esset, quia filiusfamil. non haberet integrum animi iudicium, ac sufficiens ad donandum, sicut pupillus non habet ad se obligandum, & ideo tutor adhiberi debet; sed hoc est absurdum dictu: quia filiusfamil. potest esse triginta, & quadraginta annorum, & prudens, & rerum peritus; & ideò per se sufficiens ad omnia gerenda; Ergò requiritur patris consensus ratione præiudicij ipsius patris, non ratione solennitatis.

Quartum argumentum est, quia sic videmus, & in iudicijs. Nam sine patris consensu filiusfam. in iudicio esse non potest, l. vlt. §. necessitate, C. de bonis, quæ liberis, & tamen requiritur huiusmodi consensus ratione præiudicij patris, quod patet; quia si nullum vertatur patris præiudicium, vt puta, si agatur de rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, filius in iudicio esse potest absque patris consensu, vt notat Bartol in d. §. necessitate, argum. c. vlt. de iudicijs, lib. 6.

Cæterum, contrariam sententiam amplexi fuere Bartholom. Socin. ad l. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Trebel. & in consi. 112. lib. 1. Couuar. ad Rubr. de Testam. in 3. parte, nu. 6. & alij, quos refert, & sequitur Clarus, §. donat. q. 6. vers. Habes ergo; Isti docent consensum patris requiri pro solennitate actus.

Fundamentum est; quia si ratione præiudicij consensus patris requireretur, & non solennitatis causa, dicendum esset, consensum non requiri in casibus, in quibus pater nullum ius habet in bonis filij, etiam extra bona castrensia, vel quasi; tunc enim non posset aliquod patris præiudicium considerari, & allegari: Sed consequens est falsum, quia lex generaliter dicit, filium famil. donare non posse mortis causa absque patris consensu; & sic generaliter comprehēdit omnia bona prorsus, etiam quæ patri non acquiruntur (exceptis tamen Castrensibus, vel quasi) ergò, & antecedens est falsum, quod scilicet ratione præiudicij talis consensus requiratur.

Confirmatur hoc argumentum; quia si verbi gratia, filiusfam. rem patris donaret, saltem in præiudicium ipsius filij valeret donatio rei alienæ, licet non in præiudicium patris. Et tamen lex absolutè dicit donare non posse filiumfam.

Ego existimo priorem sententiam longè probabiliorem esse, licet posterior sit magis communiter recepta. Et moueor duabus legibus, quæ si rectè perpendantur, manifestè probant hanc sententiam. Prima est l. filiusfamilias, ff. de donat. Altera l. vlt. § filijs, C. de bonis, quæ liberis: *Filiusfamilias* (inquit Vlpianus) *donare non potest, neque si liberam peculij administrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij administratio, ut perdat.* Et paulo infrà: *Item videamus*, inquit, *si quis filiofamilias liberam peculij administrationem concesserit, ut nominatim adijceret, sic se ei concedere, ut donare quoque possit, locum habeat donatio. & non dubito donare quoque eum posse.* Tandem subdit textus: *Pari autem ratione qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causa donare prohibebitur. Quamuis enim ex patris voluntate donare quoque mortis causa possit, attamen cum cessat voluntas, inhibebitur hæc quoque donatio.*

Ex hoc loco sic argumentor: Filiusfamilias ea ratione prohibetur sine patris consensu donare mortis causa, qua prohibetur inter viuos donare. Hoc probo ex §. pari autem ratione. Sed filiusfamilias donare prohibetur inter viuos propter præiudicium Hoc probo ex verbis illis textus: *Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij administratio, ut perdat.* Id enim vergeret in præiudicium patris, vt pater, qui liberam filio peculij administrationem concessit. Ergò filiusfamilias prohibetur donare causa mortis, ne rem perdat in præiudicium ipsius patris, ad quem pertinet res donata, inspecto tempore Vlpiani autoris dictæ legis.

Venio ad § filijs, eius verba hæc sunt: *Filijs autem familiarum in ijs duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuunt, nec de eisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori adsignare. Melius enim est coarctare iuueniles calores ne cupidini deditis tristem exitū sentiant, qui eos, post dispersum expectat patrimonium. Cùm enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges, & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant?*

Ex hoc etiam loco sic argumentor: Si pro solennitate patris consensus requireretur, quasi filius integram personam non haberet ad donandum causa mortis, non autem ratione præiudicij, tunc prohibitio locum sibi vindicaret, etiam in ijs rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur: nulla enim ratio assignari potest, cur in ijs rebus, quarum vsusfructus patri acquiritur, filius non habeat integram personam: in alijs autem habeat. Sed prohibitio loquitur de ijs duntaxat rebus, quarum vsusfructus patri acquiritur. Ergo inde argumentum oritur, id esse constitutum propter patris præiudicium, vt filius sine voluntate patris alienare non possit; consequenter etiam nec mortis causa donare.

Confirmatur hæc sententia; quia textus dicit, filium non habere potestatem alienandi ea bona, ne tristem exitum sentiat, qui post dispersum patrimonium sequitur. Et quia, cum pater eum alere teneatur, non est permittendum, vt res alienentur. Ratio est: quia patri, qui alere tenetur, & ex rebus aduentitijs fructus percipere potest, ex quibus filium aliqua ex parte alat, præiudicium ex tali alienatione generatur.

Ex quo fundamentum corruit contrariæ sententiæ; neque enim concedimus, filium mortis causa donare non posse absque consensu patris, res, in quibus nullum ius acquiritur parenti. Sed quoniam id quoque controuersum est, vt diligentius discutiatur, sequens caput totum huic assignamus disputationi.

CAPVT XXV.

Possintne filiusfamilias mortis causa absque patris consensu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet usumfructum?

HAec est controuersia, de qua diximus in fine præcedentis capitis: Filius quædam bona aduentitia habere potest, in quibus patri vsusfructus non acquiratur, puta, si ea lege sint ei relicta, vt nullum vsumfructum pater habeat, vt in Authen. Vt liceat matri, & auiæ in principio. Vnde sumpta ex Authen. Excipitur, C. de bonis, quæ liberis. Est igitur controuersia; Vtrum ea donare mortis causa possit filiusfam. absque patris consensu. Affirmant Paulus Castrensis, & Iason, ad l. Senium, C. qui Testam. facere possunt. Idem Iason in l. pe. C. eod. tit. Negant Alexand. in d. l. pen. & Couuar. ad Rubr. de Testam. par. 3. num. 8.

Fundamentum huius posterioris sententiæ illud est; quoniam consensus patris requiritur ad solennitatem donationis, cum filius non habeat integram personam ad donandum absque patris consensu. Deinde, quia is, qui testari non potest, nec donare causa mortis potest, l. prima, §. primo, ff. de tutel. & rationibus distrahend. l. discretis, C. qui testamen. facere possunt. Sed filiusfamilias testari non potest de bonis aduentitijs, etiamsi pater in eis vsumfructum non habeat, l. penult. C. qui Testam. facere poss. Ergò nec ea bona donare causa mortis poterit; Præsertim, quia si donare posset ea bona mortis causa, eluderetur legis prohibitio, per quam testari non potest; Sic enim filius testari prohibitus donaret causa mortis.

Adiun-

Adiungit his Couuar. argumentū ex l.filiusfamilias, A §.vlt ff.de donat.vbi patet, filiumfamilias donare bona Castrensis peculij posse, quia de illis testari potest; Igitur si testari non possit, nec donare causa mortis poterit. Sed filiusfamilias testari non potest, vt dictum est, de huiusmodi rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, d.l.pen. C. qui testam. facere possunt, Ergò nec donare causa mortis poterit.

Sed primum argumentum locum habere non debet, si eam sententiam amplectamur, quam defendimus in præcedenti capite. Posterius autem argumentum nequaquam solidum videtur; quia non est vera illa propositio ita generaliter; Qui non potest testari, nec donare potest causa mortis; sed uera est in eo casu tātum, quo quis testari nō potest, quia sit pupillus, vel mutus, aut surdus. Eadem enim ratio defectu personæ, quæ a testamenti factione prohibet, etiam à donandi facultate prohibere videtur. Et patet filiumfam. nec quidem patre consentiente testamentum facere posse. cum tamen donare causa mortis cum eiusdem patris consensu possit, vt in d l.tam is, § 1. ff. de donat. causa mortis. B

Quòd verò deducitur argumentum ex d. l. filiusfam. §.vlt.ff.de donat. nullius est momenti; quia non ita loquitur ibi Iurisconsultus, vt uelit ex testandi potestate pendere potestatem donandi; sed argumentatur a maiori ad minus: *Cæterum, qui habent Castrense peculium*, inquit, *vel quasi Castrense, in ea conditione sunt, vt & donare mortis causa, & non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.* Quare non licebit e contrario sic argumentari: Non habet factionem testamenti; Ergo nec potestatem donandi causa mortis; quia a maiori ad minus argumentari, argumentum non valet ad negandum, sed ad affirmandum duntaxat.

Ego igitur existimo, contrariam sententiam probabiliorem esse. Etsi enim lex generaliter prohibeat filijsfamil. donare causa mortis, absque consensu patris tamen iusta interpretatione restringi debet, vt habeat locum in ijs duntaxat rebus, quarum vsusfructus parentibus acquiritur; non autem in alijs. Iusta, inquam, mihi videtur hæc interpretatio; quia donatio inter viuos, & donatio causa mortis in hoc casu a lege æquiparantur, vt scilicet vtraque sit filio interdicta sine patris voluntate, & consensu, & quidem pari ratione, ut patet ex l.filiusfam.§.pari autem ratione, ff.de donat. sed nouo iure, quo vsusfructus patri duntaxat acquiritur in bonis aduentitijs, ita constitutum est, vt in illis duntaxat casibus, in quibus acquiritur vsusfructus patri, filijs sit omnis bonorum alienatio prohibita absque consensu patris, vt patet ex d. l. vlt. § filijs, C.de bonis, quæ liber. Ergo in alijs, quorum vsusfructus patri non acquiritur, prohibitio locum non habebit; atque adeò licebit filio etiam absque patris consensu ea bona alienare. C

Et licet quoad testamenti factionem alia sit interpretatio facienda, ex l.pen. C.qui testam. facere possunt, tamen id est expressum, & declaratum est a Iustiniano in testamenti factione, non autem in donatione, vel alia alienatione. Et sanè, vt voluisse Imperatori id etiam in donatione, & alia quapiam alienatione locum sibi vindicare, æquum erat exprimere, sicut in testamenti factione expressum est: sic enim ait Imperator in d. l.pen. *Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt existimet aliquid esse innouandum & permissum fuisse filijsfam.*&c. *testamenta fallere, nullo etenim modo hoc eis permittimus*, &c. D

Lex autem a Iustiniano promulgata intelligitur, l.vl. §.filijs, C. de bonis quæ liber. vbi dicit Imperator: *Filijs autem fam. in ijs duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, nec de eisdem rebus testari permittimus.*

Ex hac lege meritò quis existimare poterat, filio interdictam a contrario sensu non esse testamenti factionem in ijs rebus, in quibus nullum ius patri acquiritur. Et ideo Iustinianus edidit illam l.pen. C.qui testam. facere

A poss. declarantem non ex hoc permissam esse filijsfam. testamenti factionem.

Quod si voluisset etiam, quantum ad alienationes, & obligationes antiquas leges obtinere, præsertim verò quoad donationes, vt nimirum filijsfamil absque patris consensu alienare, ac donare non possent, etiam ea bona, in quibus parentem nullum ius habent, æquum, vt dixi, erat id exprimere, quod cum expressum non fuerit, nobis sanè licebit ita legem priorem interpretari, nempe, l.vlt §. filijs, vt inde colligamus de ijs rebus, quę parentum acquisitionem prorsus effugiunt, licere filijsfam disponere, vel alienando, vel donando, vel obligando absque consensu parentum.

Confirmatur hæc interpretatio ex Nouella eiusdem Iustiniani, vt liceat matri, & auiæ, illis verbis: *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auia, alijsque parentibus, post quam reliquerint filijs partem, qua lege debetur, quod reliquum est sua substantię, &c. filio vel filię, &c. donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac defini-* B *tione atque conditione, si noluerint, ut pater, &c. neque vsumfructum, neque aliquod penitus habeat participium.* Et paulò infrà: *Res autem ita relictas siue donatas, positis sub potestate personis, si quidem perfectę sint ętatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quò nolunt modo, disponere.*

Respondet Alexand. verbum illud, *disponere*, accipiendum non ex vltima voluntate, sed inter viuos, hoc modo, vt filius disponere possit non testando, non donando causa mortis; sed inter viuos tantum.

Rectè, quantum ad testamentum faciendum, & conuenienter, l penul. C qui testam fac. poss. sed non rectè, quantum ad donationem causa mortis; quia de ea Imperator nihil dixit in d.l. pen. Et illa æquiparatur donationi inter viuos, quantum ad hoc, vt interdicta sit filio absque consensu patris, l.filiusfam. §. pari autem ratione, ff de donatio. Igitur si concedit Alexander, filiumfam. disponere posse inter viuos absque consensu patris, poterit C etiam causa mortis donando pari ratione disponere, vt dictum est.

Illud porrò argumentum, quo dicebatur, eludi posse legem prohibentem filijsfam. testamenti factionem, si permittatur eis donare causa mortis, nihil prorsus valet; quia aliud est testari, aliud est donare causa mortis, & eodem pacto liceret argumentari perperam, concessum esse filijsfamil. vt donare mortis causa possint patre permittente; quia sic eluditur prohibitio testamenti faciendi etiam patre permittente. Quæ sanè argumētatio, sicut absurda est, ita nihili facienda videtur altera, quæ in hac adfertur disputatione, eodem enim vitio laborat.

CAPVT XXVI.

Vtrum filiusfam. donare possit ipsi patri consentienti causa mortis bona aduentitia.

D PEnder magna ex parte huius controuersiæ decisio ex præcedentibus. Nam si pro solennitate donationis patris consensus requireretur, sine dubio non liceret ei, ad propriam vtilitatem eum accommodare, l. 1 ff de autoritat. tutor. atque ita responderunt Glos. in d.l.1 in vers. *rem acquirat.* ff de autor. tutor. Socinus in l 1. §.fuit quæsitum, ff.ad Trebell. Couuar. ad rub. de Testam. in 3. par. num. 7. Clarus in § donatio, quæst. 46. vers. Quero etiam.

Sed quoniam verior mihi videtur eorum sententia, qui censuerunt patris consensum requiri propter præiudicium ipsius patris, vt suprà in capit. 24. conclusum est, sic etiam existimo longè probabiliorem eorum sententiam, qui responderunt donationem factam à filiofam. ipsi parenti valere. Neque enim obstare potest regula d. l.prima, ff. de autor. tutor. *In rem suam auctorem quempiam esse non posse.* Cum hic patris autoritas non requi-

Arbitror tamen eius ſententia exceptiones, quas fortaſſe Vlpianus adſcripſerat Tribonianum diſcutere noluiſſe, ne contra Iuſtiniani conſtitutiones faceret.

Eandem ſententiam ferè habuit Duarenus lib. ſecundo Anniuerſar. Di putat. cap. 9. putat enim, aliquid à Cõpilatoribus detractum eſſe ex Vlpiani lege. laudat exemplar, quod inſcriptionem habet Imperator Elpiani loco, probat & Haloandri ſententiam inſcriptionem Vlpiani adimentis archetypo Florentino poſthabito. Eidemque ſententiæ adſtipulatur Viglius in Commentarijs Inſtit. ad ti. de legatis, §. legatarijs.

Ioannes Coraſius lib. quinto Miſcellaneorum, ca. 17. putat ab Vlpiano exæquata eſſe legata fideicommiſſis, licet Iuſtinianus ſe exæquaſſe dicat, quòd ei ſolẽne ſit multa a veteribus Iuriſconſultis ordinata, & conſtituta ſibi adſcribere. Ego ſanè hanc ſententiam & ipſe probo, totam hanc rem Triboniano, & cæteris compilatoribus attribuendam, qui veterum Iuriſconſultorum Reſponſa non raro immutant, vt Iuſtiniani legibus appareant eſſe conformia. Nec aliud probabiliter magis adſerri poteſt, niſi quis Ferdinando Vaſquio aſſentiri malit lib. ſecundo de ſucceſſionum creatione, §. 17. nu. 119. verſ. nona concluſio, exiſtimanti legata exæquata eſſe fideicommiſſis, ſed non contra fideicommiſſa legatis, vt videlicet quicquid iuris fideicommiſſis indultum eſt, id & ad legata producendum ſit, ſed non è contrario: qua tamen in re ſubſiſto.

Iacobus Cuiac lib 8. obſeruat. c 4. *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſi*, inquit, *in quarta deductione, & exæquata ſunt S C. Pegaſiano; Ideoq; interdictum quorum legatorum, dabitur etiam hodie fideicommiſſorum nomine propter Falcidiæ retentionem, de qua cum Vlpianum eodem libro tractaſſe conſtet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquido apparet, eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg Falcidia.* Hactenus Cuiacius, cui non aſſentior.

CAPVT XXXI.

Pro legatis conſequendis ſitne executiue procedendum, an ordinariè.

ERant, qui putant, pro legatis conſequendis proceſſum executiuum (ſic enim pragmatici loquuntur) inſtitui poſſe. In hanc enim ſententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc eſt Nouella Iuſtiniani de hæredibus & Falcidia, § illud, verba tex. hæc ſunt: *Illud quoque proſpeximus: ne tempus fiat longum in talibus quæſtionibus. Nullam enim talium quæſtionum, aut litium tranſcendere anni tempus ſancimus: neceſſitatem imponentes omnino intra annum poſt aditionem, & legata ſolui, & quæ à teſtatore ſunt relicta compleri ſecundum ſui naturam, & omnia agi, quæcunque prius diximus. Initium autem anno damus, ſicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta. Anno enim per culpam hæredis tranſacto, tunc ille quidem cadet relictis: alij verò ad hæc venient, quos prius vocauimus.*

Accurſius in verbo; *Decreto. per quandam interlocutoriam*, inquit, *quæ præcipiat ei, ut ſoluat, vel per iudicem, vel per nuncium.* Hinc ſententia illa nata eſt: executiuum eſſe iudicium, ac proceſſum pro legatis conſequendis, vt videre licet ex Angelo in Commentarijs illius loci. Alexand. ad l. vlt nume. 13. C. de edicto Diui Adriani toll. & ibid Iaſone, nume. 14. Socino ſeniore, in conſil. 103. lib. 3. Decio, ad l in teſtamentis, num. 6. de regul. iur. vbi etiam Cagnol. num. 9. Alciato, ad l pecuniæ verbum, §. actionis, de verb. ſig Natta in conſ. 106. nu 4 conſil. 626. num 25.

Non rectè; quia hæc eſt ſententia Iuſtiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, ſi poſt aditam hæreditatem annum integrum ceſſauerit in exæquenda voluntate defuncti; qui tñ annus nõ ab aditione numerabitur, ſed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore lis peragenda eſt intra annum, & eſt exceptio ad l properandum, C. de iudicijs. Vide Iacobũ Cuiacium in expoſitione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione ſatis manifeſta. Quare negantibus executiuè procedi hoc in caſu poſſe, planè aſſentior. Ita Alexander ad l. ſi cum dotem, § eo tempore, ff ſol matrim. & in l. ait prætor, § ſi iudex, num. 5 ff de re iud. Decius in l vlt. nu. 16. C. de edicto D. Adr. toll Zucchar ibid. nu. 694. Menochius de adipiſcen. poſſ remedio 4. nu. 693. & ſeq.

CAPVT XXXII.

Sitne legatum, an verò inter viuos donatio, cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti.

TEſtator dixit, dono Titio centum, qui erat præſens & acceptauit; quæritur an ſit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatum eſſe reſponderunt Ioannes Fabri, in § legatum, in Inſtitu de legat. Iacobus Niger ad Rubr. de leg. 1. num. 13. Socin. iun. ibid. num. 63. Franciſcus Caldas ad l ſi curatorem habens, C. de in integrũ reſtitut. minor. in verbo, ſine curatore, nume. 19. verſ. contrarium tamen, Mantica, qui & Nattam eiuſdem ſentẽtiæ adſert, de coniect. vlt. volunt lib. 8. ti. 1. poſt num. 36. verſ. ſed aduertendum eſt.

Cæterùm, donationem eſſe inter viuos reſponderunt Angelus Aretinus in §. legatum, col. 1. in Inſtitu. de leg. Ioannes Crotus, in Rubr. de leg 1. nu. 10. & ibid. Ludou. Aluarus, nu. 143. Crauetta, nu. 133. Fernan. Vaſquius de ſucceſſionum creatione & progreſſu, §. 23. num 5. Menoch. qui & alios adducit, de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt 105. nu. 18. 19.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia verba ſunt intelligenda ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi vno, ff. locati. Subiecta autem materia eſt teſtamentum, cui magis cõgruit legatum & fideicommiſſ. quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quod legatum nihil aliud eſt, quàm donatio, vt in §. legatum, in Inſtit. de leg. Nec obſtat præſentia & acceptio: quia licet neceſſaria hæc non ſint, non repugnant tamen naturæ legati: cum & dictantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamento præſentibus legari poſſit, l. dictantibus, C. de teſtam l. ſi quis ita ſcripſerit, ff. de reb. dub. §. legatarij, in Inſt. de teſtam. & potius dici debet donatio cauſa mortis, quæ etiam exigit præſentiam & conſenſum donatarij, l. inter mortis, ff. de mortis cau. donat. & legato æquiparantur, l illud, ff. eo. ti. § 1. in Inſtit. de donat.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia legatum non exigit præſentiam legatarij, cum abſenti & ignoranti poſſit relinqui, l. cum pater, § ſurdo, de leg. 2. Donatio autem requirit conſenſum donatarij, l. abſenti, ff. de donat. l. in omnibus reb. ff. de act. & oblig. Cum ergo donatarius hic fuerit præſens, & acceptauerit, videtur eſſe donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè ſunt accipiẽda, l. non aliter, de leg. 3. & in potiori ac pleniori ſignificatu, l. in teſtamentis, de reg. iuris, c. ſi pater, de teſtam. lib. 6. Ergo verbum dono ita potius accipiendum eſt, vt donationem inter viuos ſignificet, quã legatum; illa enim eſt plenior, & magis propria interpretatio. Et licet præſentia illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, cum teſtator vſus eſt verbo (lego) quòd ſui natura & proprietate non donationem, ſed legatum ſignificat.

Neque verò dubitari poſſe videtur, quin in teſtamento fieri poſſit donatio inter viuos, cum & contractus, & alia id genus celebrari queant, argum. l. hæredes palam, §. vlt.

§.vlt.ff.de testam.l.cum quis decedens,§ codicillis,de legat.3.l.1.§.assignare, iuncta l.assignare,ff de assignad.libertis, & est communis sententia Doctorum, vt latè adductis autoritatibus ostendit Tiraq. de legib.connubia. lib.in verbo *Contractu*. Glo.5.nu.101. A

Ego verò priorem sentẽtiam verissimam esse iudico, & moueor hoc argumento, quod fortasse nouum alicui videbatur: quoniam in testamento fieri non possit talis inter viuos donatio,nec vllus alius actus siue cõtractus, qui ad testamentum non pertineat. Ad testamentum autem pertineret, si, exempli causa, quis diceret; si non ualet testamẽtum dono Titio hæredi meo bona mea inter viuos, aut simile aliquid testator inter viuos ordinaret,si non valeret testamentum,vt declarat optimè Castrensis,in l.hæredes palam, § vlt ff.de Testamen. Cum enim hæc,quæ inter uiuos dicuntur, in testamento fieri non possint,vt probabo, sequitur dicendum, in proposita specie non donationem inter viuos videri, sed potius legatum, quòd in testamento procul dubio fieri potest.

Iam igitur id probo: *Vno contextu actionis testari oportet. Est autem uno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere*,verba sunt Iurisconsulti in l hæredes palam,§.vlt.ff.de Testam. Idem habetur in l. cum antiquitas, C.de Testamentis, & alibi. Quamobrem Vlp. *Verba contraxerunt*, inquit,*gesserunt, non pertinent ad ius testandi*.l.verba, 20. de verb signif. Ergo contractus inter viuos,qui à testamento alienus est, fieri non potest. B

Ad probandum autem fieri posse,adfertur primo tex. in d.l hæredes palam,§.vlt.respondeo,nihil facere; verba hæc sunt: *Quod si aliquod pertinens ad testamentum faciat,testamentum non vitiatur*.

Nullum verbum hic de contractu, qui ad Testamentum non pertineat.

Secundo adfertur l. cum quis decedens, §.Codicillis, de leg.3. Respondeo,nihil facit, verba hæc sunt: *Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depositum a patruo eius Iulio Maximo,vt ei viro facto, vel adulto reddam cum usuris, quæ sunt triginta millia ei dari volo,ita enim patri suo iuraui*. C

Nullus hic est contractus inter viuos,sed Codicillum facientis confessio & ordinatio,vt soluatur,quod promissum ab eo est, quod non repugnat testamento,vel Codicillo,immò maximè conuenit.

Tertio adfertur l.assignare,ff.de assignand.liber. quæ nihil ad rem facit,ut notauit Paul Castrens. in d.l.hæredes palam, § vlt ff.de Testam.quia libertorum assignatio ẽt in testa.fieri põt,l.1 §.assignari,ff eod.ti.quod aũt cõtractus in testam.fieri possint,nulla lege potest demõstrari.

Dices,etsi testamentum vno contextu fieri debeat;ac proinde nullus contractus alienus misceri debeat; si tamen misceatur, non vitiabitur, sed potius testamentum non valebit, & consequenter, quod ad rem propositam attinet, valebit inter viuos donatio, licet fortasse testamentum non sit validum. Respondeo,hinc sequi,donationem non esse interpretandam in dubio, sed potius legatum;quia si legatum sit,valebit vtrunque,& testamentum scilicet, & legatum. Quoties enim ambigua est oratio,commodissimum est id accipere,quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat, l. quoties, 13. ff de reb. dub l.quoties,ff de uerb.oblig Contractum in testamento fieri posse,vult Duarenus,ad ti.de testamentis,c de testam.nuncup ex l.26.ff.de pig act quæ non obstat: quia accipienda est secundum l. casus,ff.de alim.& cibar.leg. Præterea, de hypotheca loquitur quæ nudo pacto contrahitur, ideo contractus non est. Adducit etiam l.si a-nia, C. de iure de lib.quæ non loquitur de contractu,sed de aditione hæreditatis. D

CAPVT XXXIII.

De legato a debitore relicto creditori, an compensandum sit cum debito, ubi discutitur illa communis distinctio, vtrum ex causa necessaria, an voluntaria debitum procedat.

COmmunis est distinctio, si debitum ex causa voluntaria originem habeat, non compensari cum legato,nisi uoluntas testatoris compensare uolentis ostendatur euidenter,l creditorem, 87.de leg.2.creditor,C.de leg.si compensandi,C.de hæred.instit. Cæterum,si descendat ex causa necessaria, compensari, l sicũ, dotem, §.si pater, ff sol.matr.l.huiusmodi, cum pater,de leg.1.l.Titia cum testamento,§ quia inuita,de leg.2. Auth. Præterea, C.vnde vir l.omnimodo,§.imputari,l.quoniam Nouella,C. de inoff.testa. vide interpretes in hæc loca,Couuar.in c.officij, de testam. Manticã de coniect. vlt.volunt.lib.10.ti.2.nouissime Menoch. de præsumpt. lib.4.in 2.par.præsumpt.109.

Sed vereor,ut vera sit hæc distinctio,magisque assentior Francisco Duareno in commentarijs d.l.si cum dotem,§.si pater,ff.sol.matr.asseueranti absque ratione excogitatam esse; & Corasio lib.3.Miscellaneor. c.1.dubiã sibi uideri dicenti. Videbamus. Dotis debitum ex causa necessaria oriri docent,& rectè: Pater enim dotem tenetur dare filiæ suæ,l.vlt C.de dotis promissio.Si ergo a patre legetur aliquid,compensabitur cum dote;quia,vt sic statuamus,cogit distinctio. At contra oppono,l.si pater, ff.de collat.dotis.Pomponius: *Si pater pro filia dotem promiserit; deinde exhæredata, vel etiam emancipatæ et præterita legatum dederit,habebit filia etiam dotem præcipuã & legatum*.

At ibi dicunt, propter iniuriam exhæredationis, vel præteritionis legatum non compensatur: Sed quæ est ratio? nonne legatum potest esse magnum & legitimam exuperans,quo casu illo tempore nõ erat querelæ locus? At legatum (inquiunt) erat in specie, dos in quantitate: Quis reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promissa fuerat genero: Legatum autem relictum filiæ. Nugæ;immò etsi ita sit,fit compensatio,l.huiusmodi, §. cum pater, de leg.1.*Cum pater pro filia sua dotis nomine centum promisisset: deinde eidem centum eadem legasset,doli mali exceptione hæres tutus erit*,&c. Vides ibi dotem pro filia promissam,sine dubio genero. At ibi agitur de collatione facienda,uel non,quid hoc est? Sufficit filiam vtrumque potuisse consequi,& dotem & legatum.

Quid igitur dicemus; an rem ita relinquemus indecisam,quasi non liqueat? Sic sanè reliquit Iurisc.celeberrimus,nostra tempestate:nec enim, si distinctioni hæreamus supradictæ, hunc scopulum facilè uitabimus. Ego non relinquo,sed ab hac distinctione recedo,primus forsitan a Duareno Corasio, & aio Pomponium loqui, cum in legato dotis causa adiecta non est. Declaro. Cum pater dotem promisit;deinde dotis causa legauit, fit cõpensatio, l huiusmodi,§.cum pater, de leg.1 ibi: *Eidem centum eadem legasset* in l.Titia,cum testamento, § qui inuita,de leg.2.ibi. *Et ab eo fideicommissum filiæ dotis nomine reliquit*.Cum vero dotis debitor parẽs dotis nomine non reliquit,sed simpliciter,non fit cõpensatio. Pomponius in d.l.si pater,vnde habes? ex l.vnica,§.sciendũ, C.de rei vxor.act.ibi: *Nisi specialiter pro dote ea maritus ei dereliquit,cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addidit,uoluisse vtrumque cõsequi*. Iacobus Cuiacius lib.3.Obseruat.ca.16 ad finem (ne me putet quis solum esse) *De patre uero*, inquit, *qui non illud adiecerit, se dotis nomine legare,nunc uidendum est: & putem vtrumque tũc filiam consequi posse, sicut a patre pro filia dote promissa, & filia relicto legato traditum est, in l.si pater,ff de collat. dotis*. Hactenus Cuiacius.

Quod vero in legitima filij constitutum est,ut imputentur

tentur

tentur in eam legata, donationes, &c. l. quoniam Nouella, l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic testamen. suam habet rationem; quia videlicet, cum filius ex substantia patris debitam habet portionem, non est locus querelæ de inofficioso, l. Papinianus, § si quis mortis, & §. quoniam, ff. eod. titu. Hodie titulo institutionis habere debet, vt in §. aliud quoque, in Authen. vt cum de appellat. cognosc.

Et cum mulier, quæ absque dote nupsit, legatum habet, quo suam subleuare inopiam possit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cum ad inopiã ipsam subleuandam delata sit portio, vt in d. Auth. Præterea, C. vnde vir & vxor & ex Nouella vnde sumitur, intelligi potest, & iam ex legato subleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod sumunt ex l. quod autem, ff. de iure dotium, ad probandum non esse necessarium in hac specie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil valet. Ait textus: *Quod autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus*. Sensus est: Si uir dicat se accepisse ab vxore, vel contra vxor a viro certam pecuniæ quantitatem, quã promittit restituere, necessariam non esse dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæso, cum re, qua de agitur, commune habet?

CAPVT XXXIV.

Quid dicendum, si legatum consistat in specie, & debitum necessarium in quantitate, retenta specie, de qua in capite præcedenti.

EXistimat Bartolus in l. huiusmodi, § cum pater, de leg 1. Si legatum consistat in specie, & debita dos in quantitate, non esse locum compensationi, autoritate l. si pater pro filia, ff. de collatio. dotis. Eandem sententiam secuti sunt ibidem Bald. Castrens. Comens. Alexand. & alij, quos refert, sed non sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4 in secunda parte, præsumpt. 109. num. 16 vers. Respondet primò. & Mantica de coniect. vltim. voluntat. lib. 10. titu. 2. num. 9. & num. 37. vers. Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. alijs adductis in tract. Regul. Reg. 282 sequitur Menoch. loco proximè citato, nu. 31. & num. 37. isti docent etiam hoc in casu locum esse compensationi, autoritate communis distinctionis, quæ docet legatum censeri animo compensandi cum debito necessario relictum; nec distinguit quantitatem a specie.

Ego neque priori, neque posteriori sententiæ assentior: Non posteriori; quia communis illa distinctio iure non probatur, vt iam in præcedenti capite demonstrauimus. Non priori, quoniam, quæ adfertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis est, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim nostris legibus conuenienter loquimur, cum dicimus, legatum non videri animo compensandi factum cum dote, quoties nulla mentio dotis est facta, l. vnica, §. sciendum, C. de rei vxor. act. Videri autem animo compensandi factum, cum mentionem dotis continet, quia non est verisimile testatorem duplici præstatione onerare hæredem uoluisse ex eadem causa, vt in l. Titia cum testamento, §. qui inuita, de leg. 2. Duplex autem præstatio futura est, si dotem promissam a defuncto hæres soluat, & simul dotem legatam; nisi probet filia hoc animo testatorem fuisse, vt duplicaret ei legatum, l. cum pater, ff. de iure dotium. Vlpianus: *Cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat, siquidem marito legauit, videndum est, an legatum ualeat & non puto valere; Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum est. Quod si filiæ legauit, valet legatum: Dos enim ex promissione marito debetur, & legatum filiæ. Et siquidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & do-*

A *tem, quam maritus consecutus fuerit, & legatum ex causa legati, &c.*

Hæc est solida doctrina ex iuris fontibus hausta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couuar. in c. officij, nu. 2. vers. in secundo, de testamen. adferre pro sententia priori textum in l. 3. § Mulier, ff. de dote præleg. Sed ibi non fit compensatio; quia maritus vxori legauit fundum diuersum ab eo, quem dotis nomine receperat; & præterea fundum ipsum, quem pro dote acceperat, ex quo manifestum est eum voluisse, vt vxor vtrũque haberet. Adducit etiã l. planè. §. sed si non corpus, de leg. 1. quæ non facit ad rem, & regulam vulgarem: de specie ad quantitatem non fit compensatio. Quæ ad hoc propositum non pertinet, quæ compensatio propriè non est sed potius imputatio, cum scilicet dicimus in causam debiti legatum imputari, vt declarat Corneus in consi. 257 col. penul. lib primo, Hieronym. Gabrielius consi. 16. nu. 31. lib. primo. Et ideo, cum pecunia omnes res æstimari B possint, l. secunda, C. de constit. pecu. nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari possit in causam debiti, si aliud non impediat

CAPVT XXXV.

Legatum an videri possit animo compensandi relictum a debitore creditor, cum dixit debitor, se legare ex proprijs bonis.

BOna dicuntur, quæ deducto ære alieno supersunt, l. subsignatum, §. bona, ff de verborum signif. l. Mulier, ff. de iure dot. Ergo, si quis debitor ex bonis suis creditori legauerit non animo compensandi cum debito legasse uidetur; quia intelligitur voluisse, vt deducto eo, quod deberet, etiam legatum præstaretur ex suis bonis creditori. Ita Baldus in l. si cum dotem, §. si pater, C ff. solu. matrim. & ibidem Ias. num. 26. Iacobus Menoch. qui alios citat de præsumpt. lib. 4. in secunda par. præsumpt. 109. num. 6.

Sed contrariam sententiam habuit Decius in Auth. Præterea, nume. 12. uers. quartò limitatur, C. vnde vir & vxor. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in cap. Officij, num. 7 de testam. Quia cum a testatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, l. nam quod l. cogi, ff. ad Trebel. & alias legata sunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præstanda. Quare hoc in casu id exprimitur, quod tacitè inest, vnde nihil operatur secundum regulas vulgatas.

Ego posteriorem hanc sententiam sequor, & differentiam constituo; vtrum quis bona sua relinquat, an uero aliquid ex bonis suis leget, vel præstari mandet. Priore casu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquuntur leges allegatæ; sed cum aliquid ex bonis legatur, non est illa interpretatio adhibenda, ut prius dedu- D catur æs alienum testatoris, quia non est necesse. Tunc necesse est, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda; tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ære alieno superest. Sed cum aliquid ex bonis suis præstari quis mandat, non est necessaria æris alieni excussio: sed perinde est, ac si diceret, ex substantia mea, ex rebus meis, ex hereditate, patrimonio, præstari uolo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non esset præstandum: sed si hoc nõ adsit impedimentum, legatum præstabitur & compensabitur, vel non compensabitur cum debito, secundum alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita sentio saluo meliori iudicio.

CA-

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum.

EX eo principio, quod iam refutauimus ſupra hoc eodem lib. c. 33. effluxit quàm plurimorum ſententia; legatum ab uxore viro relictum, compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato, præmoriente vxore quaſi videatur lucrum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdam neceſſarij, vt videre licet ex Mantica de cõiect. vlum. volunt. lib. 10. ti. 2. nume. 7. Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. parte. præſumpt. 109. num. 35. à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab ijs relati, quos ſequor, eo libentius ac procliuius, quòd de legato coniugũ compenſando doctrina eſt præclara Iuſtiniani, in l. vnica, § ſciendum, C. de rei vxor. act. *Sciendum*, inquit, *itaque eſt, dictum Prætoris, quod de alterutro introductũ eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare, ita vt vxor & a marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi.* Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, ut ſi non pro dotis lucro reliquerit vxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrũ conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandam legatario teneatur?

INter omnes conſtat de feudo neminem teſtari poſſe, c. 1. de ſucceſſ. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.* Conſequenter legari teſtamento non poteſt, c. 1. § donare, qualiter olim feudũ alien. pot. Sed controuerſia eſt, ſi legetur, an hæres ſaltẽ ad æſtimationem teneatur; & non teneri, reſponderunt Baldus in d. § donare, num. 3. Aretinus in l. apud Iulianum, § conſtat, de leg. 1. Alexander in conſi. 19. nume. 2. lib. 6 Curtius iun in tract. feud. in 4 par penult. quæſtio. num. 126. Socinus iunior in conſil. 74. num. 19 lib. primo, Natta in conſil. 502. num. 33. Purpuratus in conſil. 101. num. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 119 nu 6.

Argumenta hæc ſunt: Legatum rei feudalis nõ valet, ergo nec eius debetur æſtimatio, l. apud Iulianum, 41. §. conſtat, de leg. 1.

Secundum argumentum: ius quod teſtator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum tranſit ad alios, quibus eſt conceſſum in inueſtitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum eſt inutile, vt de eo, qui vſumfructum habet, qui morte finitur, reſponſum eſt, in l quod in rerum, § 1. de leg. 1. Si legatũ eſt inutile, ergo æſtimatio non debetur.

Contrarium reſponderunt Io. Faber, in §. non ſolum, in Inſtit. de leg. Bal. ſibi contrarius, in c. 1 nume. 3. de ſucceſſ feud Curt. iun. ſibi contrarius, in conſil. 30. nu 5. & quidam alij, quos refert & ſequitur Mãtica de coniect. vlt. volun. lib. 9. ti. 11. nu. 8. iſti docuerunt æſtimationem deberi legatario, ſi teſtator rem legatã feudalem eſſe nõ ignorauerit. Et fundamentum eſt in l cum alienam, C. de leg. vbi diſtinguitur inter teſtatorem ſciẽtem & ignorantem. Ad contraria argumenta reſpondent, legatum rei feudalis non valere, quãtum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad hæredis præiudicium. Sic dicimus fundum dotalem

A alienari non poſſe, nec fundum minoris, nec res reſtitutioni ſubiectas: & tamen in his legatum valet, quantum ad æſtimationem, l. cum pater, § cum pater, de legat. 2. & notatur in l. apud Iulianum, §. conſtat, de legat. 1 *Conſtat* (inquit tex.) *res alienas legari poſſe, etiamſi difficilis earũ paratio ſit.* Quod vero dicebatur, legatum eſſe inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere reſpondent, vbi teſtator ſcierit ius extinctum iri; quia tunc ſaltem æſtimatio debebitur, argum. d l cum alienam, ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.

Ego in hac difficultate dico tria; Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quæ adfertur ad l. quod in rerum, §. 1. de leg 1. vt nimirum in ea ſpecie debeatur æſtimatio, ſi teſtator non ignorauerit ius ſuum morte extinctum iri. Verba tex. hæc ſunt: *Si vſumfructum habeam, eumq; legauerim, niſi poſtea proprietatẽ eius nactus ſim, inutile legatum eſt.* Si teſtator ipſemet vſumfructum
B habebat, proculdubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit tex. *inutile legatum eſt.* Idem dicit tex. in l. vxor patrui, C. de leg.

Secundo dico, non videri mihi ſolidum illud argumẽtum, quod ſumitur ex l apud Iulianum. §. conſtat; de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantũ ad æſtimationẽ, cum res legata alienari non poteſt; quia non ita ſimpliciter ille tex. loquitur, ſed hoc modo: *Si vero, inquit, Saluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundũ Albanũ, qui principalibus vſibus deſeruit, legauerit quis, furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item Campũ Martium, aut forum Romanum, aut ædem ſacram legari non poſſe conſtat. Sed & ea prædia Cæſaris, quæ in formam patrimonij redacta ſub procuratore patrimonij ſunt, ſi legentur, nec æſtimatio eorum debet præſtari; quoniam commercium eorum, niſi iuſſu Principis non eſt, cum diſtrahi non ſoleant.*

C Vides, vt puto, quantum hæc à rebus feudalibus diſtent, quæ, vt omnibus palam eſt, quondie diſtrahuntur? Ergò non eſt ſolidum, vt dixi, argumentum ex d. §. conſtat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quæſtionem, dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, qua res valeat potius, quàm pereat, l. quoties, ff de rebus dub. & æſtimationem regulariter deberi rei alienæ à teſtatore ſciente relictæ, & eandem æſtimationem deberi, licet talis ſit res, quam legatarius capere non poſſit, vt in l ſed ſi res aliena, de leg. 1. & in l filiusfam § ſi quid, ff. eodem. Tamen iſtis omnibus inſuper habitis, exiſtimo non valere legatum, etiam quoad æſtimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam ſi non valet, vt habet textus in argumento prioris ſententiæ citatus, ſequitur, vt non debeatur æſtimatio: Sic enim valeret, ſaltem quoad æſtimationem. Sed
D quod non valet, inutile reputatur, & nullum producere poteſt effectum; aut proferatur legis alicuius teſtimoniũ quo legatum ſit inutile, & tamen valeat, quoad æſtimationem. Nulla ſanè proferri poteſt; quia videtur implicare contradictionem, legatum non valere, inutile eſſe & valere, & vtile eſſe, quantum ad hoc, vt æſtimatio debeatur, quid enim eſt aliud rei æſtimatio effectu, quàm quodammodo res ipſa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat.

SCribit in hæc verba Greg. Pont. Max. in c. 1 de Teſtamentis ad Epiſcopum Meſalinum: *Filius noſter Fauſtinus conqueſtus eſt, quod quondam Peltraſius pater ſuus aliqua Eccleſiæ noſtra ſepulturę ſuę gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges ſeculi hoc habent, ut hęres ad ſoluendum cogatur, ſi autor eius rem legauerit.*

alienam

alienam Sed quia lege Dei, non autem huius seculi uiuimus, ualde mihi uidetur iniustum, ut res tibi legata, quę cuiusdam Ecclesia esse perhibentur, a te teneantur, qui aliena restituere debuisti.

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure Canonico non valere; docuerunt Panorm. ibi, & in c. cum esses, eo. ti. Glos. Alexand. Iason & Sichard. in l, cum alienam, C. de legatis.

Sed quoniam Greg. loquitur de eo, qui legauit rē alienam, quæ alicuius Ecclesiæ erat, idcirco autoritate eiusdem tex. alij docent legatum rei alienæ, quæ sit Ecclesiæ alienius, iure Canonico non valere. Ita Inno. Ant. But. Auch. & Imola in d. c. filius. Ratio est: quia res Ecclesiæ alienari non possunt, nisi adhibitis solennitatibus, a iure requisitis, iuxta c. fine exceptione, 12. q. 2. & quoties non potest nisi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum est inutile, etiam iure Ciuili, l. apud Iulianum, §. constat, de leg. 1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum sumunt, rem alienam inuito domino sub prætextu legati detineri non posse, sed restituendam esse domino, licet legatarius petere possit æstimationem eius ab hærede. Ita Glo. in eũdem locum, & Andreas Siculus, Salyc. & Castrens. in d. l. cum alienam, C. de legat. Corneus in cons. 32. lib. 1.

Denique Couuar. in Commentarijs d. c. filius, & Frāc. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 9. ti. 10. nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum esse docuerunt, præter quam in ea specie, de qua loquitur Greg. cū videlicet Ecclesiæ testator legauit rem alterius Ecclesię sepulturæ suæ gratia, & filios hæredes instituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat; tunc enim nec res legata debetur, nec eius æstimatio. Hæc sententia videtur mihi cęteris probabilior, quod vt planū faciam, integram epist. Greg. hic adscribam. ea reperitur lib. 7. Epist ad Episcopū Mesalinum his verbis cōscripta: *Filius noster Faustinus vir eloquentissimus ad nos ueniens, questus nobis est, quod pater eius quondam Petrasius aliqua uestra Ecclesię sepulturę suę gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re seculi leges habeant, & ipse nosti, & nos audiuimus, qua hæres ad soluendum cogitur, si autor eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem uestram lege Dei, non autem legibus seculi nouimus uiuere, ualde mihi iniustum uidetur, ut calix electrinus & puer qui cuiusdam Ecclesię in possessione eius posita Diœceseos Consentinæ Ecclesię esse perhibetur, a tua fraternitate teneatur. Cum enim & vir Reuerendiss. Palumbus Episcopus, tunc uero Archidiaconus ita fuisse testatus est, nos omnino eius fidei credere, & aliena restituere debuistis. Tabulam uero auream, quam prędictus uir moriens pariter reliquit, considerare, ut arbitror, debuisti, quę esset summa eius substantię, si quid esset unde hi, quos reliquerat, sustentari debuissent, & tunc pro sepultura eius accipere, quamuis nostrum institutum noueris, nos illicitam antiquam consuetudinem a nostra Ecclesia omnino uetuisse, nec cuiquam assensum prębere, ut loca humani corporis precio possint adipisci.* Hactenus epist. Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab instituto relicta nominatim an à substituto repetita censeantur.

Legata nominatim ab instituto relicta non uideri a substituto repetita, docuerunt magis communiter Doct. teste Menochio, qui refert, nominatim autores lib. 4. de præsumpt in 2. par. pręsumpt 108. nu. 14. addo Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 8. ti. 2. nu. 15. Repugnātes sunt Cū & Castrens. ad l. licet. de leg. 1. & Alc. de pręsum reg. 2. pręs 35. quibus me socium libēs adscribo. referam prius vtriusque sententię argumenta, tum, cur magis probem pauciorum sententiam paucis declarabo.

Argumentum communis sententię primum est ex l. si plures, de leg. 3. Paulus: *Si plures gradus sint hæredum, & scriptum sit, hæres meus dato: ad omnes gradus hic sermo pertinet. sicuti hæc verba: quisquis mihi hæres erit. Itaque, si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*

Secundū ex l. Celsus, §. quod alicuius, de leg secundo. *Quod alicuius hæredi nominatim fidei committitur, potest uideri ita demum dari voluisse, si ille extitisset hæres.* Hactenus Iurisconsultus.

Tertium est ex l. 1. § id quod ex substitutione, ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quę ab eo legata sunt, si omiserit hęreditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non quisquis mihi hæres erit.*

Quartum est ex l. 1. C. si omissa sit causa testamenti, sed non video, quomodo faciat ad rem. Postremum est ex eo, quod cum nominatim legatur, onus personæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, arg. l. nonnunquam, ff. ad Trebel.

Contrariæ sententiæ argumenta sunt hæc. Primum, quia certum est legata ab instituto relicta videri à substituto repetita, l. licet, de leg. 1. ergo etiam repetita videntur cum nominatim relicta sunt ab instituto: quia si, uerbi gratia, vnus tantum sit institutus, & ab instituto legatum relinquatur, est perinde, ac si nominatim relicta essent, arg. l. 2. ff. de lib. & postum. & tamen repetita a substituto etiam hoc in casu censentur. Confirmari potest argumētum: quia nominatim legatum accipiendum est, quod a quo legatum sit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non sit, l. nominatim, de leg. 3.

Secundum est ex l. non iustam, C. ad Trebellian. vbi auia testatoris ex parte hæres scripta, rogata erat hæreditatem restituere, & tex. dicit deberi etiam a substitutis fideicommissum, licet aliter inducat Paul. Cast.

Tertium est ex l. 1. §. id quod ex substitutione, ff. ad legem Falc. perpendendo illud verbum, *non augebuntur legata*, ex quo significatur, saltem deberi a substituto, quod nominatim relictum erat a cohærede.

Postremum argumentum est: quia si testator nominatim onere legati grauauit institutum, quem magis dilexit, multo magis censetur uoluisse grauare substitutū, quem minus dilexit. argum. l. Publius, §. 1. ff de condit. & demonst.

Iam cur repudiata communiori sententia in aliam descenderim, illud argumentum effecit, quod in ea specie, de qua tex. loquitur in l. non iustam, C. ad Trebellia. erat fideicommissum relictum nominatim, & tamen etiam substitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Rescripto Imperatoris Antonini, quo declaratum est, legata seu fideicommissa etiam a substituto repetita videri; a quoquidem Rescripto, cum discedendum esse ex coniectura voluntatis testatoris respondent Iurisc. & coniecturas etiam adiecerit in l. licet, de leg 1. si hæc, de qua agitur, sufficiens esset coniectura, cum scilicet ab instituto nominatim relictum est legatum vel fideicōmissum, probabile est eum aliquam mentionem facturum fuisse huius exceptionis, & coniecturæ, quando scilicet nominatim ab instituto legatum vel fideicommissum relictum est: nulla autem prorsus mentio facta est in d. l. licet. nec alibi: Ergo non est legitima hæc coniectura, sed vt ob oculos versetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. *Non iustam te gerere solicitudinē* (verba sunt Dioclet. & Maxim) *per fideicommissum relictę portionis hęreditatis perspicimus, uerentem, ne fructum amittas relicti fideicommissi, quoniam auia testatoris ex parte hęres scripta, & tibi rogata restituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommissum) *calliditate ac fraude repudiauit, ut ad alium nepotem, eundemque cohęredem deuoluatur portio, à quo sibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, & coacta suspectam hęreditatem adire, prius quam pro hęrede gereres, rebus sit humanis exempta: cum D. Antonino parenti nostro*

stro deberi etiam à substitutis fideicommissum, contemplatione iudicij testatoris quasi tacite ab his repetitum iamdiu dum placuerit.

Vides his postremis uerbis nullam adhiberi distinctionem, vtrum nominatim relicta sint legata, & fideicommissi ab instituto: nec illud mouere Imperatorem, quod aliis rogata esset restituere; quod sanè aliud nõ est, nisi nominatim relictum ab ea fuisse fideicommissum, argum. l. nominatim, de leg. 3. & tamen respondit etiam a substituto repetitum uideri.

Ad primum & secundum argumentum respondeo, cum nominatim ab aliquo hærede relictum est legatũ, vel fideicommissum: siue cum hæredum aliqui nominatim ac specialiter onerati sunt a testatore, cæteros hæredes oneratos non esse, si iura spectemus, quæ fuerunt ante Rescriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod sanè tempus referendæ sunt leges allegatæ. Cæterum, post Rescriptum Seueri aliter respondendum est, nempe, legatum, uel fideicommissum ab instituto relictum, censeri a substituto repetitum. Huius rei testis est Vlpianus, in l. si Titio, 61. § Iulianus, de legat. 2. sic dicens: *Si alter ex legitimis hæredibus repudiasset portionem, cum esset ab eo fideicommissum relictum, cohæredem eius cogendum non esse fideicommissum præstare. portionem enim eius ad cohæredem sine onere pertinere; sed post Rescriptum Seueri (nota) quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequitur accrescentem portionem.*

Ad l. 1. §. id quod ex substitutione, ff ad leg. Falcidiã respondeo, non eam esse Iurisconsulti sententiam, ut legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui est cohęres, & ei substitutus est; sed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet etsi substitutus portionem alterius consequatur, nõ tamen est æquum, quàm teneretur, si non ex substitutione eius portionem fuisset consecutus; Itaque si, exempli causa, portio eius legatis sit exhausta, quo in casu Quartam ex lege Falcidia retinet, nõ debet integra legata soluere, licet consecutus sit ex substitutione portionem cohęredis, si legata scilicet a cohærede nominatim relicta sint: licet enim legata repetita cẽseantur ab ipso substituto, quæ ab eius cohærede relicta fuere, tamẽ quarta pars ex lege Falcidia ei debetur absque omni onere legatorũ, tam ex portione sua, quam cohæredis sui: & ideo illa minui non debet propter legata a cohęrede relicta nominatim. Cæterum, si testator dixisset; quisquis mihi hęres erit, dato, tunc cohæredis portio prodesset legatarijs: tantum, is hęres esset solus, & solus ad omnia legata pręstanda obligatus vna sola Quarta totius hęreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri sententię suffragatur.

Ad postremum argumentum respondeo, iure quidẽ summo ita respondendum esse, vt onus legatorum hęredis personę, cui est iniunctum, nec ad substitutum transeat. Cæterum, aliud dicendum est, post Rescriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad substitutum onus legatorum, & fideicommissorum transiret, quę ab instituto relicta sunt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Episcopo, sub nomine proprio, an Ecclesia adquiratur?

SEquor & ipse communiorem sententiam; legatum Episcopo relictum, etiam proprio eius nomine expresso ab extraneo, Ecclesię contemplatione relictum videri, autoritate textus in ca. requisiuisti, de test. in illis verbis: *In primo casu distinguendum est, vtrum relinquatur Episcopo ab extraneo, an a propinquo, si ab extraneo generaliter verum est, quod pręsumitur esse re-*

A *lictum intuitu Ecclesię, non personę, unde Cathedralis Ecclesia de illo potest Canonicam petere portionem, &c.*

Licet enim non loquatur textus expreisè in ea specie, qua de agimus, vbi scilicet proprium Episcopi nomen expressum est, verba tamen & hanc speciem complectũtur; sunt enim generalia. ibi: *Generaliter verum est*, &c. Et ratio id suadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Episcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla causa inductus videri possit; quamobrẽ etsi nomine proprio eum appellauerit, id fecisse non ei donandi animo, sed demonstrandi potius quis esset, præsumitur. Quæ cum ita sint, & satis clarè constituta, non possum satis mirari in contrariam sententiam quẽquã permouisse exemplum serui, qui vni ex dominis nominatim stipulatus est, vt in l. si communis, seruus, ff de stipul. seruor. est enim exemplum longè alienum, perquam dissimile, non ad speciem istam pertinens. Nihil autem perniciosius est in quæstionibus decidendis, quam omissis ad rem commodans testimonijs, ea conquirere, quæ B planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumenti speciem præ se ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum Canonicis relictum, cui acquiratur, Ecclesiæ ne, an Capitulo: an ipsis singularibus personis.

SI Canonicis legetur, non ipsis singularibus personis non Ecclesiæ, sed Capitulo siue collegio communi legatum interpretor in obscura testatoris voluntate; quanquam multi ijque grauissimi interpretes aliter existimauerint, vt videre licet ex Menoch. de præsumpt. C lib. 4 in 2 parte præsumpt. 113. Fundamentum pono in simili, legis: Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. secunda, ff. de reb. dub. Ergo similiter & cũ Canonicis legatur, Collegio uidetur relictum, Ciues repræsentant Ciuitatem, Canonici Collegium, siue, vt loquimur, Capitulum. Non ratio, non oratio dispar. Ecclesiæ non videtur relictum, quia non est ratio, non lex. Nam Ecclesiam is, qui ei præest, refert, non Canonici qui subsunt, & ideo, si Episcopo legetur, uidetur intuitu Ecclesię relictum, ut in cap. Requisiuisti, de testa. non idem in relicto Canonicis est constitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. annua, § Attia, ff. de annuis legatis, quoniã in ea specie Sacerdoti & Aedituo templi relictũ est. Quamobrem ait Scæuola: *Ministerium quidem designatorum designatum, sed datum templo* Non acquiritur, nec damm intelligitur singularibus personis, quia non ille est modus legandi personis singularibus; significatur enim dignitas vel officium potius, quam persona; Si- D cut cum legatur Ciuibus. Et ideo, si dissolutum sit collegium, legatum manet ab eo, a quo est relictum, l. pater, §. Tusculanus, de leg 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima dumtaxat, an verò etiam de secunda intelligendum sit?

SI vxori suæ testator legauerit, ea defuncta, quę tẽpore testamenti erat: secundę, quam postea duxit, & quę mortis tpe superest, legatũ deberi interpretor. Argumẽto vxor ex l cognatis, ff. de reb. dub illis verbis: *Cæterum, si quis testamenti facti tempore cognatum non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur.* Et loquitur Iurisconsultus in ea specie, qua quis cognatis legauerit, ut in principio legis dicitur, ibi: *Si cognatis legatum sit*, &c. Est & aliud argumentum ex l. cum ita, §. in fideicommisso,

de leg. 2. *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionẽ, veniũt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur*, &c. Nõ offendor, l. ſi quid earum, § vl de leg. 3. illis verbis: *At quę prioris vxoris cauſa parata ſunt, ita poſteriori debentur, ſi ei adſignata ſunt: quia nõ eſt ita de poſteriore vxore cogitatũ, ſi cum pararentur*, &c. Hæc enim ſunt diſſimilia. Nam id vxoris cauſa paraſſe videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, ſi aliqua parauit prioris vxoris cauſa, non poteſt videri paraſſe poſterioris cauſa, niſi ſicut priori tradidit, ita & poſteriori aſſignauerit. Noſtra autem diſputatio non eſt de his, quæ parata ſunt, ſed de his, quæ ſimpliciter legata vxori: illa traditionem, ſiua adſignationem poſtulant, qua ceſſante non poſſunt dici parata: hæc ex nuda teſtantis voluntate pendent, qui non mutato teſtamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmaſſe videtur. Vide Menochium lib. 4. de præſumpt. in 2. parte, præſumpt. 122.

CAAPVT XLIII.

Vſusfructus domus ſi legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur.

SCribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quę alteri inſulę hęreditariæ debeatur, hoc modo: ſi ille hæredi meo promiſerit per ſe non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vſumfructum do, lego. Vel ſic: ædium illarum, quoad altius, quàm vti nunc ſunt, ędificatę non erunt, illi vſumfructum do, lego.* l. Proculus, ff. de vſufructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus autoritate docent noſtri communiter, proprietatem hac ſpecie legatam videri, licet enim diſerte id Pomponius non dicat, tamen perpendunt illa verba: *Inſulam poſſe ita legari*, &c. Ergo inſula his verbis legata videtur, & conſequenter proprietas ipſius inſulæ. Et ratio eſt; quia vſusfructus appellatio proprietatem continet, quoties ſub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus eſſe poteſt. Vſusfructus enim morte vſufructuarij, & alijs modis ad proprietatem ſuam natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita cõſtituit, vt poſſit eſſe perpetuus, videtur proprietatẽ reliquiſſe, ſed eam vſusfructus verbo propterea notaſſe, quod reſtituenda erat conditione adueniente. Ideo in propoſita ſpecie, ſimile eſt, ac ſi diceret teſtator: Lego inſulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus eſt inſulæ is, cui legatur, vt reſtituere debeat, ſi altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent noſtri, vt videre licet ex Commentarijs in d. l. Proculus, & ex aliis locis, quos Commemorat Menochius de præſumpt. li. 4. in 2 parte, præſumpt. 133. num. 2.

Sed contrarium docuit Arius Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 42. & 43. C de bonis maternis, quem ego veritatis amans potius, quàm opinionum ſequor. Principio enim certum eſt, legati verba vſumfructum continere, non autem proprietatem: ergo non aliter a verbis recedendum erit, quàm ſi conſtet de voluntate teſtatoris, l. non aliter, de legat. 3. Deinde nullum verbum eſt apud Pompotium, quo ſignificetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat: *Inſulam ita poſſe legari*, ſubdit tamen, *hoc modo ſi ille hęredi meo*, &c. Ex quibus uerbis ſequentibus perſpicuum eſt, Pomponium intellexiſſe, Inſulã poſſe legari, ſicut infra exempla poſuit: vtrum autem, ſi ita legetur, vt in exemplis poſitis intelligatur inſulæ proprietas relicta, necne, nõ ediſſerit Pomponius. Hoc enim duntaxat explicare voluit, inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quæ alteri inſulæ hæreditariæ debeatur, non autem id in animo habuit explicare, vtrum ſi legetur vſusfructus inſulæ eo modo, ut in exemplis adiectis, intelligatur eſſe proprietas relicta. Quare eius reſponſum præcipuum a nobis erit perpendendum; non quia vnum uerbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum ſumere aduerſus verborum naturam & ſignificationem: Neque enim ſatis idonea illa eſt conjectura. Portò, quod dicitur in ea ſpecie, legatum vſumfructum videri ſub modo, quo poteſt eſſe perpetuus, nihil obſtat, quia id negari poteſt. Etenim, ſi altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vſusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod ſi non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, ſicut regulariter extinguitur, § finitur, in Inſtit. de vſufructu. Neque enim hoc expreſſe dixit teſtator, aut neceſſariò ex uerbis eius colligitur perpetuò, & ſic etiam ad hæredem legatarij peruenturum vſumfructum ædium, ſi non altius tollantur. Nullum verbum eſt in ea lege, quo id ſignificetur. Et cum alioqui vſusfructus morte finiatur, dicendum eſt, etiam in ea ſpecie finiri: Immo & amitti quoque, ſi altius tollentur ædes. Neque enim Regulæ Iuris interpretatione noſtra violandæ ſunt, ſed potius tuendæ. Denique, ſi dicatur fruſtra illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, niſi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non poſſit. Reſpondeo, non rarò accidere; ut teſtatores fruſtra aliquid exprimant, & adijciant, quod tacite ineſt, & a lege ſuppletur aut intelligitur. Deinde id efficere teſtatoris modum, & conditionem expreſſam, vt lagatarius vſufructu cadat, ſi altius tollere ædes uoluerit, licet enim alioqui poteſtatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen in re cautum eſt, ſi ædes altius tollat, eum priuari vſufructu. Atque ita ſentio.

CAPVT XLIV.

Si prędij vſusfructus fuerit in teſtamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non poſſit, vtrum proprietas relicta cenſeatur.

RVrſus controuertitur; Teſtamento *relictus* eſt prædij vſusfructus, ea lege, ut alienari non poſſit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi ſanè Interpretes, & multi negant, ut videre licet ex Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſump. 133. num. 3. Omnis cardo in hoc verſatur, quod ſi non proprietas intelligatur relicta, fruſtra uideatur alienandi prohibitio legato inſerta. Cum inter omnes conſtet, vſufructuarium alienare non poſſe rem, cuius vſumfructũ habet. Et ideo pro huius ſententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vſufructu, & quemadmodum quis vtatur de qua in præcedenti capite multa diximus, ut ſicut in ea ſpecie id operatur altius tollendi, prohibitio vſusfructus legato inſerta, vt proprietas intelligatur relicta, ne fruſtra prohibitio inſerta uideatur, neque enim fructuarius altius ædes tollere poteſt; ita etiam in hac ſpecie reſpondendum ſit; id efficere alienationis prohibitionem, ut relicta uideatur proprietas. Sed cùm fundamẽtũ iſtud valde ſit infirmum, ut patet ex his, quæ diſputauimus in præcedenti capite, magis probatur contraria ſententia, nõ uideri proprietatem relictam, atque ita hanc rem interpretandam eſſe, ut adiecta eſſe uideatur illa prohibitio a teſtatore in eum modum, quo ſæpè fieri ſolet, ut nõ neceſſariæ conditiones, & quæ tacitè inſunt legans inſerantur, & ut hoc efficiat expreſſa teſtatoris prohibitio, vt ſi alienatio fiat, legatũ amittatur. Verba enim legati ad vſufructum, non autem ad proprietatem pertinere manifeſtum eſt, ac proinde non licet ab eis recedere, niſi uoluntatis conjectura ſit in contrarium, perſpicua; non etiamſi & ualde incerta ſit, & aliter, vt uerbis non aduerſetur, commode interpretari queat.

CAPVT XLV.

Si vsusfructus prædij sit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

E Contrario controuertitur, si legetur prædij vsusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædiū; vtrum proprietas relicta esse intelligatur. Tres sunt Doctorum sententiæ; Vna relictam censeri proprietatem. Secunda, non censeri. Tertia, distinguēdum, an libera data sit facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur esse relicta; an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochiū de præsumpt. lib. 4. in 2. parte, præsumpt. 133. num. 4.

Ego eorum sententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri responderunt. Nam, vt quis vsusfructuarius sit, & simul alienandi potestatem habeat, cohærere hæc duo non possunt. Et cum alienandi potestas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, consequens est, vt licet in specie proposita vsus fuerit testator vsusfructus vocabulo, tamen non vsumfructum, sed proprietatem legare voluisse existimandus sit.

Contraria sententia longè infirmo nititur fundamento, quia videlicet alienandi potestas illi concessa esse intelligatur, qui eam non habuit: Vsufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à testatore: Cui dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum esse legatarium proprietatis, non autem vsusfructus: quoniam vsusfructus naturæ id pugnat. Voluit igitur testator, vt rei proprietas ad legatarium spectaret, & vsusfructus verbo abusus est.

Distinctio verò allata nullum habet firmamentum, sicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vsusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt post mortem suam illud legatarius alteri restitueret, an relicta proprietas intelligatur.

D Enique & illud controuertitur Legauit quis prędij vsumfructūm, & à legatario petijt, vt illud post mortem suam alteri restitueret; Vtrum intelligatur proprietas relicta.

Vide Menochium de præsumpt lib. 4. in 2. par. præsumpt. 133. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplector, nisi testator imperitia lapsus, ita dixerit; Quia scilicet putauerit vsumfructum morte nō extingui. Moueor autoritate l. vlt. ff. de vsufructu ear. rer. quæ vsu consumuntur. Martianus: *Cum pecunia erat relicta Titio, vt post mortem legatarij ad Mœuium rediret; quamquam adscriptum sit, vt usum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam; & usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, diui Seuerus et Antoninus rescripserunt.*

Item autoritate l. species, ff. de auro & argen. legato; Scæuola: *Species auri & argenti Seiæ legabit, & ab eo petiyt in hęc uerba: A te Seia peto, ut quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, restituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum usufructus tibi sufficiet, dum uiues. Quęsitum est, an ususfructus argenti & auri solus legatarię debeatur. Respondit uerbis, quę proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Excepi casum imperitiæ testatoris autoritate l. qui vsusfructus, ff. de vsu, & vsufructu legato. Papinianus: *Qui fructus prędiorum uxori reliquit, post mortem eius prędia cum reditibus ad hęredes suos redire noluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non preteriti temporis demonstrari uidebantur.*

A Contraria sententia eo nititur argumento, quod verba testatoris vsusfructus legatum, non autem proprietatis significent. Et ideo iniunctum esse videatur onus fructuario, qui bonorum possessionem habuit, eam restituendi. Et in legibus allegatis pro sententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita responsum fuisse, quia testator proprietatem legauit; sed quia, vsus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate recessisse, & responsum est, non recessisse; sed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad istam responsionem attinet, ego animaduerto illam non malè ad l. species, ff. de auro & argento leg. accommodari posse; quia testator ibi reuera legauit species auri & argenti: deinde vsusfructus verbo, vsus fuit, dicens; *Quarum rerum usufructus tibi sufficiet* & aliquo modo etiam aptari ad l. vltimam, ff. de vsufructu earum rerum, dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio*, &c. deinde: *Quanquam adscriptum sit,*
B *ut eius usum Titius haberet*, &c.

Sed nihilominus eas leges pro superioris sententiæ firmamento rectè adferri censeo, quia non in eo vim ponunt, quod prioribus verbis testator proprietatem legasset; id enim facilè negari potuisset, propter sequentia verba, quibus vsusfructus relictus erat; sed in eo est fundamentum positum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam restituere post mortem suam iussus fuit. Sic enim colligitur vsusfructus mentionem factam, non quia legato solus vsusfructus contineretur; sed quia ad instar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò post mortem suam restituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iurisconsultus existimauit; quoniam non potest illud onus restituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarij extinguitur vsusfructus, & ideo res statim redit ad proprietatem. Istud illis verbis textus indicat in dicta
C l. vltima: *Et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius*, & in dicta l. species, illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Quod autem dicitur verbis legati vsumfructum contineri, non inficior. Sed res tota eum omnibus circumstantijs perpendenda est, nempe, legatum esse vsumfructum cum onere post mortem restituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicommissi, & vsusfructus videatur à testatore mētio facta, quia res post mortem restituenda erat à legatario, ut dictum est.

Ad extremum, quod subijcitur videri fructuarium hoc in casu iussum restituere post mortem suam eā possessionem, quam adeptus erat, (Est autem possessio naturalis, l. naturaliter, ff. de acquirend. possess.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis casibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere posset, & tamen responsum est, legatam videri proprietatem
D cum onere fideicommissi. Neque enim intelligi hoc potest, ut is, qui morte omne ius ammittit, id restituendi facultatem habere possit. Aliud enim est Iurisconsultus subtiliter res intuentibus, nihil iuris habere post mortem; aliud verò illud, quod habuit restituere ab eo alteri oportere. Prior species repræsentat morte ius finiri simpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) posterior non simpliciter finiri, sed alteri restituendum, quod proprietario conuenit; Quid enim si is, cui post mortem restituere debet, uel nollet accipere, uel non posset, uel conditio deficeret? Certè illud maneret apud grauatum, & hæredes eius l. una, §. fin autem aliquid sub conditione, C. de caducis tollend.

tatur pro solennitate, sed ratione præiudicij, quòd patri orir etur ex donatione filij, propter vsumfructum scilicet quem pater habet in bonis filij; Consequenter nil proponi posse videtur, cur donare non possit filius ipsi patri consentienti; donare, inquam, non vsumfructum, quem pater iam habet, sed proprietatem, quam non habet. Sic enim ratiocinari iuuat. Filius habet dominium & proprietatem rerum, ergo potest de ea disponere, si quidem vsumfructum patris attingat, requiritur eius consensus, vt in l. vlt. § filijs, C. de bonis, quæ lib. ne videlicet patri in eo vsufructu fiat præiudicium. Si ergo velit ipsi patri donare filius proprietatem causa mortis consentienti & acceptanti, cur ea donatio non valet? Nonne morte, firmantur donationes inter patrem & filium, l. donationes quas parentes, C. de donat. inter virum & vxorem? Cur igitur & donatio mortis causa à filio facta non confirmabitur filij morte? Ita sanè responderunt Alex. Iason Ripa, ad l. 1 §. fuit quæsitum, ff. ad Treb. Castren. in l. Senium, C. qui testam. fac. poss. & in l. tam is, §. 1. ff. de donat. cau. mort. quibus subscribo.

CAPVT XXVII.

An l. si pater puellæ, C. de inoffic. testament. sit correcta ex l. quoniam in prioribus, eod. titu. quantum ad legitimam.

CVm legitima filijs debita nullum onus, nullum grauamen recipiat, vt in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. in controuersiam venit, vtrū id, quod responsum est in l. si pater puellæ, C. eod. tit. nunc etiam obtinere debeat, an verò quantum ad legitimam filij correctum esse videatur. Et Accursius, Barto. Bal. Castren Iason, in Commentarijs d. l. si pater, existimant, quoad legitimam locum non habere. Idem docet Alex ad l. cū ex filio, ff. de vulg. & in cōs 43. circa fi. lib. 2.

Fundamentum est in verbis generalibus, l. quoniam in prioribus, C. eod ti. quibus omne grauamen reijcitur de legitima. ibi: *Ipsa conditio, vel dilatio, uel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducēs tollatur*, &c. & in l. Scimus, § cum autem, C eo. ibi: *Quia nostra constitutio, quæ antea composita est, omnem dilationem, omnemq; moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pars pura, & mox restituatur*, &c.

Sed contrariam sententiam habuit Dec. in consi. 456. col. 3. post Ricardum Malumb. Fulgosium, & alios, & nouissimus adductis aliorum autoritatibus, Simon Pretus, de interpretatione vltim. volunt. lib. 3. Dubitatione sexta, solutione 2. num. 9. isti responderunt non esse correctam l. si pater puellæ, nec alias similes leges, quibus quetela olim inofficiosi testamenti denegabatur: non esse, inquam, correctas etiam quantum ad legitimam.

Et istis ego planè assentior eo argumento, quo & ipsi vtuntur, nempe quod l. quoniam in prioribus, non loquatur, nisi eo in casu, quo olim querela de inofficioso competebat, vt scilicet testamentum minimè rescindatur, sed grauamen pro nullo habeatur quare vbi olim de inofficioso quereia cessabat, ipsum grauamē valebit. Verba legis hæc sunt: *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, vt si quid minus legitima portione ijs derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur. hoc in præsenti addendum esse censemus, vt si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, aliud grauamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur; & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*

Ex quibus verbis patet, Imperatorem hoc voluisse, vt

A testamentum non rescinderetur, siue minus legitima portione filijs relictum esset à parente, siue quantum sufficit pro legitima portione, sed tamen adiecta conditione, vel mora. Priore enim casu statuit, vt quod ad legitimam deest, repleatur. Posteriore autem, vt conditio, mora & onus nullius sint momenti. Quare si nullum prorsus periculum esset rescissionis testamenti, nec Constitutio loquitur, nec ratio eius locum habere potest. Sed nullum periculum erat testamenti rumpendi in ea specie, de qua fit mentio in d. l. pater puellæ, vt patet ex ipsa lege: Ergo ad eum casum, nec verba l. quoniam in prioribus, pertinere possunt; nec ratio illius locum habere potest.

CAPVT XXVIII.

Ad l. vlt. § vlt. de leg. 2. annotationes, quibus, & quæ controuersa sunt, expediuntur.

B CVm multa de fideicommissis dixerimus, prætereunda nobis non videtur l. vlt. de leg. 2. sed potius illustranda aliquibus adnotationibus & interpretationibus, quibus, & quæ sunt inter Doct. controuersa, expedientur. Verba tex. hæc sunt: *Maritus vxorem ex asse hæredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator præcepit: prædium hæreditarium vxor infructuosum rationi suæ existimans, vendidit, emptor quærit: an retractari hæc venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hæreditas data deprehenderetur; an vero solum quantitas precij ab hærede vxoris fideicommissarijs debeatur. Respondi propter iustam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario precium dare debere.*

Primo notandum est, non esse locum huic decisioni, cum is, qui alienauit rem restitutioni subiectam, vel hæres illius, soluendo non est; tunc enim in subsidium res alienata vindicari potest. argum. l. planè, 97 § qui roga-
C tus, de leg. 1. Ita Iason, ad Auth. res quæ, nu. 2. C. commu. de leg. Soc. iun. in cons. 137. num. 5 lib. 1.

Secundo notandum, illud Responsum locum habere in fideicommisso vniuersali, scilicet de restituenda hæreditate; secus in particulari. ita Alexander post Imolam, in l. Marcellus, §. res quæ, num 4 ff. ad Trebell. Sic enim tex. ille loquitur: Sed cum ratio legis posita sit in iusta ignorantia tam hæredis, quam emptoris, dicendum est, etiam in particulari fideicommisso idem iuris videri, si eadem ignorantiæ ratio subsit. Ita docet Paulus Castr. ad l. vlt §. sed quia nostra, nu. 4 C. commun. de leg. cui & ipse consentio.

Tertio, notandum textum, quem in manibus habemus, haudquaquam locum sibi vindicare posse, vbi res restitutioni subiecta est purè, vel ad diem certum; tunc enim alienatio facta non valet, vt in l. vlt. §. sed quia nostra. C. commun. de leg. & fideicom. & ideo in fideicommisso duntaxat conditionali, de quo loquitur, accipien-
D dus erit. ita Paulus Castrens. in d. §. sed quia nostra, nume. 4. Alexander in d. l. Marcellus, §. res quæ, post nu. 4. ff. ad Trebell.

Quarto, notandum textum hunc nō procedere, cum res restitutioni subiecta expresse alienari prohibita est, tunc enim alienatio facta non valet, secundum Glos. communiter receptam, in l. cum pater, §. Libertis, de legat. 2. ita Alexander in d. l. Marcellus, § res quæ, num 4. Ripa ad l. filiusfam. § Diui, nu. 2. de leg. 1. Rota Romana nouissimè in prima parte Decisionum nouissimarum, decis. 21. 22.

Quinto, non procedit textus, vbi alienatio titulo lucratiuo facta est; loquitur enim ibi Iurisconsultus de venditione facta. Ita Cuman. in l. quidam ita, §. si quis cum filium, ff. ad Trebell. cuius meminit Alexan. in d. §. res quæ, num. 6.

Sed non placet hæc sententia, quia repugnat text. in

d §.

d §. si quis cum filium: ibi enim pretium serui manumissi debetur, etsi filius ignorasset Codicillos à patre factos, ne factum eius alteri damnum afferat; & tamen manumissio facta fuit sine pretio: & sic ex causa lucratiua potest dici facta alienatio, & nihilominus actio competit ad pretium. Denique etiam hoc in casu ratio ignorantiæ tam hæredis, quàm ei, cui donatur, locum habet.

Sextò, non procedit textus noster, nisi quando hæres, qui fideicommisso grauatus fuit, ignorantiam ipsius fideicõmissi iustam & probabilem habuit facto testatoris, qui prohibuit Codicillos aperiri; secus si aliam ob causam ignorauerit, ita Cuman. in hunc locum adducta Baldi autoritate in Authen res quæ, C. Commun. de legatis: sed vt rectè monet Alexand. in d. l. Marcellus, §. res quæ, num. 4. ff. ad Trebell. nec Baldus id dixit, nec vera est interpretatio ista; quia lex non est imposita verbis, sed rebus. l. 2. C. Commun. de legatis Quare licet textus hic loquatur in ea specie, qua ignorantia hæredis circa fideicommissum ex facto testatoris prouenit, nihil tamẽ proponitur, cur non idem sit iuris, quoties iusta & probabilis est ignorantia, licet ex alterius facto, quàm testatoris proueniat.

CAPVT XXIX.

De actione fideicommissario competente contra tertios possessores.

Didici Placentiæ in excelso Iustitiæ Consilio arduam illam controuersiam de actione fideicommissario competente, aduersus tertios rerum restitutioni subiectarum possessores, facile componi posse distinctione hac adhibita. Aut enim alienatio facta est ab hærede onus fideicommissi ignorante, in eum, qui similiter ignorauit, & nulla competit actio aduersus possessorem, sed ad pretium hæres, qui alienauit, conueniri potest, l. vlt. §. vlt. de leg. 2. de qua in capite præcedenti dictum est: Aut alienatio est facta ab hærede sciente, vel in eum, qui sciebat onus fideicommissi, atque adeò rem restitutioni subiectam; & tunc rei vindicatio competit fideicommissario, vt docet text. in leg. vlt. §. sin autem sub conditione, C. commun. de leg. illis verbis. *Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*

Ita responderunt Baldus in consil. 4. lib. 4. Paulus Castrensi in consil. 94 in vltimo dubio, lib. 2. Aretinus in consil. 37. ad finem. Crauetta in consil. 61. num. 6. Angelus in consil. 263. Natta in consil 400.

Qui hanc sententiã probant fortissimo hoc argumento. Tres actiones dantur pro rebus fideicommisso subiectis. Actio personalis ex testamento, hypothecaria, & rei vendicatio. Personalis hoc in casu competere nõ potest; illa enim contra hæredem competit, qui ex aditione hæreditatis videtur quasi contrahere cum legatarijs, & fideicommissarijs, § hæres, in Instit. de oblig. quę quasi ex contractu, non autem contra singularem successorem, l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. Hypothecaria competere non potest; quia illa non datur ad res fideicommisso subiectas, sed ad alias res defuncti, l. 1. C. Commun. de legatis ibi. *Et insuper vtilem Seruianam, idest, hypothecariam super his, quæ fuerunt derelicta in res mortui præstare.* Ergo necesse est, vt rei vindicatio detur. Neque enim fideicommissaria hæreditatis petitio competere potest; quoniam illa datur ad instar petitionis hæreditatis, l. 1. & 2. ff. de fideicommiss. hęred. petit. Petitio autem hæreditatis non datur contra titulo possidentem, l. regulariter, ff. de petit. hæred. & suse disserui in prima parte Controuersiarum, lib. 1. cap. 4.

Ex hoc infertur, agenti in hoc casu onus incumbere probandi, non simpliciter bona in bonis fuisse defuncti testatoris, vt Doctores loquuntur; sed in dominio fuisse

A testatoris. Nam is, qui conuenitur, habet titulum & possessionem; quare si actor probet dumtaxat possessionem defuncti, & simul causam, quam habet ex fideicommisso, absoluetur reus. In pari enim causa melior est conditio possidentis, secundum Iuris Regulam.

Dices, is qui emit, siue causam habet ab hærede grauato, referre non potest quæstionem dominij, ex notatis per Glos. in l. cum res, C. de probation. Ergo non erit necesse dominium probare defuncti testatoris; quia id possessor negare non poterit. Respondeo, cum agitur actione in rem, eum qui ab aliquo causam habet, referre ei posse quæstionem dominij; atque adeo negare eum dominum fuisse, vt declarat post Glos. Bartol. ad l. ita vt si fur, ff. commod. Alexander in consil. 92. num. 2. lib. 1. Crauetta in consil. 157. num. 5. Neguzantius de pignorib. 3. memb. 2. partis, nu. 64.

CAPVT XXX.

B *Ad l. 1. de leg. 1.*

Ait Vlpianus: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.* Sed controuertitur quomodo verum sit, Vlpiani tempore legata exæquata fuisse fideicommissis, cum in multis differrent Ecce legatæ rei dominium recta via transit in legatarium, l. à Titio, ff. de furt. Rei autem per fideicommissum relictæ non æquè, l qui vsumfructũ, ff si vsusfruct. petat. Pro legatis actio in personam ordinaria competebat, §. hæres, in Inst. de oblig. quæ ex quasi contr. Sed fideicommissa extra ordinem officio Iudicis implorato petebantur, l. pecuniæ, ff. de verb. signif. Legata non aliter valebant, quàm si testamento relicta essent, vel Codicillis testamento confirmatis: fideicommissa verò etiam in Codicillis testamento non confirmatis relinquebantur, vt latè alias differentias explicans docet Caius lib. 2. Institut. tit. 7. & Accursius ad d. l. 1. de leg. 1. Huc accedat quod Iustinianus se
C exæquasse ipsa legata, & fideicommissa profitetur, vt in §. sed non vsque, in Institut. & de legat. ibi: *Necessarium duximus, omnia legata fideicommissis exæquare.* C. commun de legat.

Accursius tres adfert solutiones, Prima consideranda esse tria tempora. Primum est vetustissimũ duodecim tabularum, & eo tempore erant aliquæ differentiæ inter legata & fideicommissa. Secundum est Vlpiani tempus, quod mediæ Iurisprudentiæ appellat, & tunc exæquatio legatorum, & fideicommissorum facta est. Tertium est tempus Iustiniani, qui sententiam Vlpiani approbauit, & legata & fideicommissa exæquauit.

Secunda est solutio: Vlpianum fortè in ea sententia fuisse, quod legata exæquata essent fideicommissis, sed alios Iurisconsultos contrariam opinionem habuisse.

Tertia est solutio, aliquid detractum fuisse ex Vlpiani verbis à compilatoribus Pandectarum, quod propterea hanc nouitatem inducit.

D Priorem solutionem Bartolus, & alij communiter secuti sunt, in d. l. 1. Secundam verò ferè omnes reijciunt. Tertiam Alciatus probat, existimatque eam Vlpiani legem à Triboniano, & alijs emendatam fuisse, & addita illa verba: Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis, vt legi Iustinianæ conformis esset. Quam ob causam Gregorius Haloander in Editione Norica inscriptionem, quam habet d. l. 1. nempe Vlpianus lib. 67. ad Edictum non apposuit. Id quod testatur, ac probat Eguinarius Baro in Commentarijs Insti. tit. de legatis, dicitque in exemplari Biturigum, inscriptionem d. l. ita cõceptam esse, vt loco Vlpiani substitutus fuerit Imperator. Quod etiam excepit Iacob. Cuiacius lib. 8. Obseruat. cap. 4. Quẽadmodum & Haloandri sentẽtiam reprobat Antonius Augustinus lib. 3 Emendationum, cap. 9. paulò ante nu. 10. eam ob causam, quod in Pandectis Florentinis extet Inscriptio vulgata. Vlpianus lib. 67. ad Edictum. Suspicatur tamen Augustinus idem, quod Accursius, dum ait:

Arbitror

Arbitror tamen eius sententia exceptiones, quas fortasse Vlpianus adscripseras Tribonianum discutere noluisse, ne contra Iustiniani constitutiones faceret.

Eandem senteotiam ferè habuit Duarenus lib. secundo Anniuersar. Di putat. cap. 9. putat enim, aliquid à Cópilatoribus detractum esse ex Vlpiani lege. laudat exemplar, quod inscriptionem habet Imperator Elpiani loco, probat & Haloandri senteotiam inscriptionem Vlpiani adimennis archetypo Florentino posthabito. Eidemque sententiæ adstipulatur Viglius in Commentarijs Instit. ad ti. de legatis, §. legatarijs.

Ioannes Corasius lib. quinto Miscellanenrum, ca. 17. putat ab Vlpiaoo exæquara esse legata fideicommissis, licet Iustinianus se exæquasse dicat, quòd ei solēne sit multa a veteribus Iurisconsultis ordinata, & constituta sibi adscribere. Ego sanè hanc sententiam & ipse probo, totam hanc rem Triboniano, & cæteris compilatoribus attribuendam, qui veterum Iurisconsultorum Responsa non raro immutant, vt Iustiniani legibus appareant esse conformia. Nec aliud probabiliter magis adserri potest, nisi quis Ferdinando Vasquio assenuri malit lib. secundo de successionum creatione, §. 17. nu. 119. vers. nona conclusio, existimanti legata exæquata esse fideicommissis, sed non contra fideicommissa legatis, vt videlicet quicquid iuris fideicommissis indultum est, id & ad legata producendum sit, sed non è contrario: qua tamen in re subsisto.

Iacobus Culae lib 8. obseruat. c 4. *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissi*, inquit, *in quarta deductione, & exæquata sunt S C. Pegasiano; Ideoq. interdictum quorum legatorum, dabitur etiam hodie fideicommissorum nomine propter Falcidię retentionem, de qua cum Vlpianum eodem libro tractasse constet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquido apparet, eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg. Falcidia* Hactenus Cuiacius, cui non assentior.

CAPVT XXXI.

Pro legatis consequendis siene executiue procedendum, an ordinariè.

ERant, qui putant, pro legatis consequendis processum excutiuum (sic enim pragmatici loquuntur) instimi posse. In hanc enim sententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc est Nouella Iustiniani de hęredibus & Falcidia, § illud, verba tex. hæc sunt: *Illud quoque prospeximus: ne tempus fiat longum in talibus quęstionibus. Nullam enim talium quęstionum, aut litium transcendere anni tempus sancimus: necessitatem imponentes omnino intra annum post aditionem, & legata solui, & quę a testatore sunt relicta compleri secundum sui naturam, & omnia agi, quęcunque prius diximus. Initiū autem anno damus, sicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta Anno enim per culpam hęredis transacto, tunc ille quidem cadet relictis: alij verò ad hęc venient, quos prius vocauimus.*

Accutsius in verbo; *Decreto per quandam interlocutoriam*, inquit, *qua pręcipiat ei, ut soluat, uel per iudicem, uel per nuncium.* Hinc senteoria illa nata est: executiuum esse iudicium, ac processum pro legatis consequendis, vt videre licet ex Angelo in Commentarijs illius loci. Alexand. ad l. vlt nume. 13. C. de edicto Diui Adriani toll. & ibid Iasone, nume. 14. Socino seniore, in consil. 103. lib. 3. Decio, ad l in testamentis, num. 6. de regul. iur. vbi etiam Cagnol. num. 9. Alciato, ad l pecuniæ verbum, §. actionis, de verb. sig Narta in cons. 206. nu 4 consil. 626. num 25.

Non rectè; quia hæc est sententia Iustiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, si post aditam hæreditatem annum integrum cessauerit in exæquenda voluntate defuncti; qui tñ annus nō ab aditione numerabitur, sed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore lis peragenda est intra annum, & est exceptio ad l. properandum, C. de iudicijs. Vide Iacobū Cuiacium in expositione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione satis manifesta. Quare negantibus executiuè procedi hoc in casu posse, planè assentior. Ita Alexander ad l. si cum dotem, § eo tempore, ff sol matrim. & in l. ait prætor, § si index, num. 5 ff de re iud. Decius in l. vlt. nu. 16. C. de edicto D. Adr. toll. Zucchar. ibid. nu. 694. Menochius de adipiscen. poss. remedio 4. nu. 693. & seq.

CAPVT XXXII.

Sitne legatum, an verò inter uiuos donatio, cum quis in testamento donat aliquid præsenti & acceptanti.

TEstator dixit, dono Titio centum, qui erat præsens & acceptauit; quæritur an sit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatum esse responderunt Ioannes Fabri, in § legatum, in Institu de legat. Iacobus Niger ad Rubr. de leg. 1. num. 13. Socin. iun. ibid. num. 63. Franciscus Caldas ad l si curatorem habens, C. de in integrū restitut. minor. in verbo, sine curatòre, nume. 19. vers. contrarium tamen, Mantica, qui & Nattam eiusdem sentētiæ adfert, de coniect. vlt. volunt lib. 8. ti. 1. post num. 36. vers. sed aduertendum est.

Cæterùm, donationem esse inter viuos responderunt Angelus Aretinus in §. legatum, col. 1. in Institu. de leg. Ioannes Crotus, in Rubr. de leg. 1. nu. 10. & ibid. Ludou. Aluarus, nu. 143. Crauetta, nu. 133. Fernan. Vasquius de successionum creatione & progressu, §. 23. num 5. Menoch. qui & alios adducit, de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt 105. nu. 18. 19.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia verba sunt intelligenda secundum subiectam materiam, l. si vno, ff. locati. Subiecta autem materia est testamentum, cui magis cōgruit legatum & fideicommiss. quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quod legatum nihil aliud est, quàm donatio, vt in §. legatum, in Instit. de leg. Nec obstat præsentia & acceptio: quia licet necessaria hæc non sint, non repugnant tamen naturæ legati: cum & dictantibus testamentum, & testibus in testamento præsentibus legari possit, l. dictantibus, C. de testam l. si quis ita scripserit, ff. de reb. dub. § legatarij, in Inst. de testam. & potius dici debet donatio causa mortis, quæ etiam exigit præsentiam & consensum donatarij, l. inter mortis, ff. de mortis cau. donat. & legato ęquiparantur, l. illud, ff. eo. ti. § 1. in Instit. de donat.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia legatum non exigit præsentiam legatarij, cum absenti & ignoranti possit relinqui, l. cum pater, § surdo, de leg. 1. Donatio autem requirit consensum donatarij, l. absenti, ff. de donat. l. in omnibus reb. ff. de act. & oblig. Cum ergo donatarius hic fuerit præsens, & acceptauerit, videtur esse donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè sunt accipiēda, l. non aliter, de leg. 3. & in potiori ac pleniori significatu, l. in testamentis, de reg. iuris, c. si pater, de testam. lib. 6. Ergo verbum dono ita potius accipiendum est, vt donationem inter viuos significet, quā legatum; illa enim est plenior, & magis propria interpretatio. Et licet præsentia illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, cum testator vsus est verbo (lego) quòd sui natura & proprietate non donationem, sed legatum significat.

Neque verò dubitari posse videtur, quin in testamento fieri possit donatio inter viuos, cum & contractus, & alia id genus celebrari queant, argum. l. hæredes palam,

§. vlt.

§ vlt. ff. de testam. l. cum quis decedens, § codicillis, de le- A gat. 3. l. 1. § assignare, iuncta l. assignare, ff de assignad. libertis, & est communis sententia Doctorum, vt latè adductis autoritatibus ostendit Tiraq. de legib. connubia. lib. in verbo *Contractu.* Glo. 5. nu. 101.

Ego verò priorem sentétiam verissimam esse iudico, & moueor hoc argumento, quod fortasse nouum alicui videbatur: quoniam in testamento fieri non possit talis inter viuos donatio, nec vllus alius actus siue cõtractus, qui ad testamentum non pertineat. Ad testamentum autem pertineret, si, exempli causa, quis diceret; si non ualet testamētum dono Titio hæredi meo bona mea inter viuos, aut simile aliquid testator inter viuos ordinaret, si non valeret testamentum, vt declarat optimè Castrensis, in l. hæredes palam, § vlt ff. de Testamen. Cum enim hæc, quæ inter uiuos dicuntur, in testamento fieri non possint, vt probabo, sequitur dicendum, in proposita specie non donationem inter viuos videri, sed potius legatum, quòd in testamento procul dubio fieri potest.

Iam igitur id probo: *Vno contextu actionis testari opor-* B *tet. Est autem uno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere*, verba sunt Iurisconsulti in l hæredes palam, § vlt. ff de Testam. Idem habetur in l. cum antiquitas, C. de Testamentis, & alibi. Quamobrem Vlp. *Verba contraxerunt*, inquit, *gesserunt, non pertinent ad ius testandi.* l. verba, 20. de verb signif. Ergo contractus inter viuos, qui à testamento alienus est, fieri non poterit.

Adprobandum autem fieri posse, adfertur primo tex. in d. l hæredes palam, § vlt. respondeo, nihil facere; verba hæc sunt: *Quod si aliquod pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.*

Nullum verbum hic de contractu, qui ad Testamentum non pertineat.

Secundo adfertur l. cum quis decedens, §. Codicillis, de leg. 3. Respondeo, nihil facit, verba hæc sunt: *Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depositum a patruo eius Iulio Maximo, vt ei viro facto, vel adulto reddam cum usuris, quæ sunt triginta millia ei dari volo, ita enim patri suo iuraui.*

Nullus hic est contractus inter viuos, sed Codicillum facientis confessio & ordinatio, vt soluatur, quod promissum ab eo est, quod non repugnat testamento, vel Codicillo, immò maximè conuenit.

Tertio adfertur l. assignare, ff. de assignand. liber. quæ nihil ad rem facit, ut notauit Paul Castrens. in d. l. hæredes palam, § vlt ff. de Testam. quia libertorum assignatio & in testa. fieri pôt, l. 1 § assignari, ff eod. ti. quod aũt cõtractus in testam. fieri possint, nulla lege potest demõstrari.

Dices, etsi testamentum vno contextu fieri debeat; ac proinde nullus contractus alienus misceri debeat; si tamen misceatur, non vitiabitur, sed potius testamentum non valebit, & consequenter, quod ad rem propositam attinet, valebit inter viuos donatio, licet fortasse testamentum non sit validum. Respondeo, hinc sequi, donationem non esse interpretandam in dubio, sed potius legatum; quia si legatum sit, valebit vtrunque, & testamen- D tum scilicet, & legatum. Quoties enim ambigua est oratio, commodissimum est id accipere, quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat, l. quoties, 13. ff de reb. dub l. quoties, ff de uerb. oblig Contractum in testamento fieri posse, vult Duarenus, ad ti. de testamentis, c de testam. nuncup. ex l. 26. ff. de pig act quæ non obstat: quia accipienda est secundum l. casus, ff. de alim. & cibar. leg. Præterea, de hypotheca loquitur quæ nudo pacto contrahitur, ideo contractus non est. Adducit etiam l. si a-uia, C. de iure de lib. quæ non loquitur de contractu, sed de aditione hæreditatis.

CAPVT XXXIII.

De legato a debitore relicto creditori, an compensandum sit cum debito, ubi discutitur illa communis distinctio, vtrum ex causa necessaria, an voluntaria debitum procedat.

COmmunis est distinctio, si debitum ex causa voluntaria originem habeat, non compensari cum legato, nisi uoluntas testatoris compensare uolentis ostendatur euidenter, l creditorem, 87. de leg. 2. creditor, C. de leg. si compensandi, C. de hæred. instit. Cæterum, si descendat ex causa necessaria, compensari, l si cũ dotem, §. si pater, ff sol. matr. l. huiusmodi, cum pater, de leg. 1. l. Titia cum testamento, § quia inuita, de leg. 2. Auth. Præterea, C. vnde vir l. omnimodo, §. imputari, l quoniam Nouella, C. de inoff. testa. vide interpretes in hæc loca, Couuar. in c. officij, de testam. Manticã de coniect. vlt. volunt. lib. 10. ti. 2. nouissime Menoch. de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 109.

Sed vereor, ut vera sit hæc distinctio, magisque assentior Francisco Duareno in commentarijs d. l. si cum dotem, §. si pater, ff. sol. matr. asseuerann absque ratione excogitatam esse; & Corasio lib. 3. Miscellaneor. c. 1. dubiã sibi uideri dicenti. Videbamus. Dotis debitum ex causa necessaria oriri docent, & rectè: Pater enim dotem tenetur dare filiæ suæ, l. vlt C. de dotis promissio. Si ergo a patre legetur aliquid, compensabitur cum dote; quia, vt sic statuamus, cogit distinctio. At contra oppono, l. si pater, ff de collat. dotis. Pomponius: *Si pater pro filia dotem promiserit; deinde exhæredata, vel etiam emancipatę et præterita legatum dederit, habebit filia etiam dotem pręcipuã & legatum.*

At ibi dicunt, propter iniuriam exhæredationis, vel præteritionis legatum non compensatur: Sed quæ est ra- C tio? nonne legatum potest esse magnum & legitimam exuperans, quo casu illo tempore nõ erat querelæ locus? At legatum (inquiunt) erat in specie, dos in quantitate: Quis reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promissa fuerat genero: Legatum autem relictum filiæ. Nugæ; immò etsi ita sit, fit compensatio, l. huiusmodi, §. cum pater, de leg. 1. *Cum pater pro filia sua dotis nomine centum promisisset: deinde eidem centum eadem legasset, doli mali exceptione hæres tutus erit*, &c. Vides ibi dotem pro filia promissam, sine dubio genero. At ibi agitur de collatione facienda, uel non, quid hoc est? Sufficit filiam vtrumque potuisse consequi, & dotem & legatum.

Quid igitur dicemus; an rem ita relinquemus indecisam, quasi non liqueat? Sic sanè reliquit Iurisc. celeberrimus, nostra tempestate: nec enim, si distinctioni hæreamus supradictæ, hunc scopulum facilè uitabimus. Ego non relinquo, sed ab hac distinctione recedo, primus forsitan a Duareno Corasio, & aio Pomponium loqui, cum in legato dotis causa adiecta non est. Declaro. Cum pater dotem promisit; deinde dotis causa legauit, fit cõpensatio, l huiusmodi, §. cum pater, de leg. 1 ibi: *Eidem centum eadem legasset* in l. Titia, cum testamento, § qui inuita, de leg. 2. ibi: *Et ab eo fideicommissum filiæ dotis nomine reliquit.* Cum vero dotis debitor parẽs dotis nomine non reliquit, sed simpliciter, non fit cõpensatio. Pomponius in d. l. si pater, vnde habes? ex l. vnica, §. sciendũ, C. de rei vxor. act. ibi: *Nisi specialiter pro dote ea maritus ei dereliquit, cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addidit, noluisse vtrumque cõsequi.* Iacobus Cuiacius lib. 3. Obseruat. ca. 16 ad finem (ne me putet quis solum esse) *De patre uero*, inquit, *qui non illud adiecerit, se dotis nomine legare, nunc uidendum est: & putem vtrumque tũc filiam consequi posse, sicut a patre pro filia dote promissa, & filiæ relicto legato traditum est, in l. si pater, ff de collat. dotis.* Hactenus Cuiacius.

Quod vero in legitima filij constitutum est, ut imputentur

tentur in eam legata, donationes, &c. l. quoniam Nouel la, l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testamen. suam habet rationem; quia videlicet, cum filius ex substanna patris debitam habet portionem, non est locus querelæ de inofficioso, l. Papinianus, § si quis mortis, & §. quoniam, ff. eod. titu. Hodie titulo institutionis habere debet, vt in §. aliud quoque, in Authen. vt cum de appellat. cognosc.

Et cum mulier, quæ absque dote nupsit, legatum habet, quo suam subleuare inopiam possit, cur non illud in portionem ex lege delatam imputaretur, cum ad inopiā ipsam subleuandam delata sit portio, vt in d. Auth. Præterea, C. vnde vir & vxor & ex Nouella vnde sumitur, intelligi potest, & iam ex legato subleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod sumunt ex l. quod an tem, ff. de iure dotium, ad probandum non esse necessarium in hac specie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil valet. Ait textus: *Quod autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus.* Sensus est: Si uir dicat se accepisse ab vxore, vel contra vxor a viro certam pecuniæ quantitatem, quā promittit restituere, necessariam non esse dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæso, cum re, qua de agitur, commune habet?

CAPVT XXXIV.

Quid dicendum, si legatum consistat in specie, & debitum necessarium in quantitate, retenta specie, de qua in capite præcedenti.

Existimat Bartolus in l. huiusmodi, § cum pater, de leg. 1. Si legatum consistat in specie, & debita dos in quantitate, non esse locum compensationi, autoritate l. si pater pro filia, ff. de collatio. dotis. Eandem sententiam secuti sunt ibidem Bald. Castrens. Comens. Alexand. & alij, quos refert, sed non sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4 in secunda parte, præsumpt. 109. num. 16 vers. Respondet primò. & Mantica de coniect. vltim. vo lunt. lib. 10. titu. 2. num. 9. & num. 37. vers. Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. alijs adductis in tract. Regul. Reg. 282 sequitur Menoch. loco proximè citato, nu. 31. & num. 37. isti docent etiam hoc in casu locum esse compensationi, autoritate communis distinctionis, quæ docet legatum censeri animo compensandi cum debito ne cessatio relictum; nec distinguit quantitatem a specie.

Ego neque priori, neque posteriori sententiæ assentior: Non posteriori; quia communis illa distinctio iure non probatur, vt iam in præcedenti capite demonstrauimus. Non priori, quoniam, quæ adfertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis est, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim nostris legibus conuenientet loquimur, cum dicimus, legatum non videri animo compensandi factum cum dote, quoties nul la mentio dotis est facta, l. vnica, §. sciendum, C. de rei vxor. act. Videri autem animo compensandi factum, cum mentionem dotis continet, quia non est verisimile testatorem duplici præstatione onerate hæredem uoluisse ex eadem causa, vt in l. Titia cum testamento, §. qui inuita, de leg. 2. Duplex autem præstatio futura est, si dotem pro missam a defuncto hæres soluat, & simul dotem legatam; nisi probet filia hoc animo testatorem fuisse, vt duplicaret ei legatum, l. cum pater, ff. de iure dotium. Vlpianus: *Cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat, siquidem marito legauit, videndum est, an legatum ualeat & non puto valere; Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum est. Quod si filiæ legauit, valet legatum: Dos enim ex promissione marito debetur, & legatum filiæ. Et siquidem hoc animo testatorem esse filia osten derit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & do-*

A *tem, quam maritus consecutus fuerit, & legatum ex causa legati, &c.*

Hæc est solida doctrina ex iuris fontibus hausta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couuar. in c. officij, nu. 2. vers. in secundo, de testamen. adferre pro sententia priori textum in l. 3. §. Mulier, ff. de dote prælege. Sed ibi non fit compensatio; quia maritus vxori legauit fundum diuersum ab eo, quem dotis nomine receperat; & præterea fundum ipsum, quem pro dote acce perat, ex quo manifestum est eum voluisse, vt vxor vtrūque haberet. Adducit etiā l. planè. §. sed si non corpus, de leg. 1. quæ non facit ad rem, & regulam vulgarem: de specie ad quantitatem non fit compensatio. Quæ ad hoc pro positum non pertinet, quæ compensatio propriè non est sed potius imputatio, cum scilicet dicimus in causam de biti legatum imputari, vt declarat Corneus in consi. 257 col. penul. lib primo, Hieronym. Gabrielius consi. 16. nu. 31. lib. primo. Et ideo, cum pecunia omnes res æstimari

B possint, l. secunda, C de constit. pecu. nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari possit in causam debiti, si aliud non impediat

CAPVT XXXV.

Legatum an videri possit animo compensandi relictum a debitore creditori, cum dixit debitor, se legare ex propriis bonis.

Bona dicuntur, quæ deducto ære alieno supersunt, l. subsignatum, §. bona, ff de verborum signif. l. Mu lier, ff. de iure dot. Ergo, si quis debitor ex bonis suis creditori legauerit non animo compensandi cum debito legasse uidetur; quia intelligitur voluisse, vt deducto eo, quod debet, etiam legatum præstaretur ex suis bonis creditori. Ita Baldus in l. si cum dotem, §. si pater, ff. solu. matrim. & ibidem Ias. num. 26. Iacobus Menoch.

C qui alios citat de præsumpt. lib. 4. in secunda par. præsumpt. 109. num. 6.

Sed contrariam sententiam habuit Decius in Auth. Præterea, nume. 12. uers. quartò limitatur, C. *vnde vir &* vxor. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in cap. Officij, num. 7 de testam. Quia cum a testatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, l. nam quod l. cogi, ff. ad Trebel. & alias legata sunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præstanda. Quare hoc in casu id exprimitur, quod tacitè inest, vnde nihil operatur secundum regulas vulgatas.

Ego posteriorem hanc sententiam sequor, & differen tiam constituo; vtrum quis bona sua relinquat, an vero aliquid ex bonis suis leget, vel præstari mandet Priore casu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquuntur leges allegatæ; sed cum aliquid ex bonis legatur, non est illa interpretatio adhibenda, ut prius deducatur æs alienum testatoris, quia non est necesse. Tunc

D necesse est, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda; tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ære alieno superest. Sed cum aliquid ea bonis suis præstari quis mandat, non est necessaria æris alieni excussio: sed perinde est, ac si diceret, ex substantia mea, ex rebus meis, ex hæreditate, patrimonio, præstari uolo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non esset præstandum: sed si hoc nō adsit impedimentum, legatum præstabitur & compensabitur, vel non compensabitur cum debito, secundum alias vo luntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita sentio saluo meliori iudicio.

CA-

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an sit cum lucro dotis, quod ex statuto defertur, vxore ipsa præmoriente, compensandum.

EX eo principio, quod iam refutauimus supra hoc eodem lib. c. 33. effluxit quàm plurimorum sententia; legatum ab uxore viro relictum, compensandum esse cum lucro ex forma statuti delato, præmoriente vxore quasi videatur lucrum illud esse ad instar debiti cuiusdam necessarij, vt videre licet ex Mantica de cöiect. vlum. volunt. lib. 10. ti. 2. nume. 7. Menoch. de præsumpt. lib. 4. in 2. parte. præsumpt. 109. num. 35. à qua tamen sententia aliqui discesserunt ab ijs relati, quos sequor, eo libentius ac procliuius, quòd de legato coniugũ compensando doctrina est præclara Iustiniani, in l. vnica, § sciendum, C. de rei vxor. act. *Sciendum*, inquit, *itaque est, dictum Prætoris, quod de alterutro introductũ est, in ex stipulatu actione cessare, ita vt vxor & a marito relicta accipiat, & dotem, nisi specialiter pro dote ei maritus eadem reliquit, cum manifestissimum sit, testatorem, qui non hoc addidit, voluisse vtrumque consequi.* Ego ita distinguo in hac specie, ut si non pro dotis lucro reliquerit vxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrũ consequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debet esse contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æstimationem præstandam legatario teneatur?

INter omnes constat de feudo neminem testari posse, c. 1. de success. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.* Consequenter legari testamento non potest, c. 1. §. donare, qualiter olim feudũ alien. pot. Sed controuersia est, si legetur, an hæres saltẽ ad æstimationem teneatur; & non teneri, responderunt Baldus in d. §. donare, num. 3. Aretinus in l. apud Iulianum, §. constat, de leg. 1. Alexander in consi. 19. nume. 2. lib. 6 Curtius iun. in tract. feud. in 4 par. penult. quæstio. num. 126. Socinus iunior in consil. 74. num. 19 lib. primo, Natta in consil 502. num. 33. Purpuratus in consil. 01. num. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de præsumpt. lib. 4. in secunda parte, præsumpt. 119 nu 6.

Argumenta hæc sunt: Legatum rei feudalis nõ valet, ergo nec eius debetur æstimatio, l. apud Iulianum, 41. §. constat, de leg. 1.

Secundum argumentum: ius quod testator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum transit ad alios, quibus est concessum in inuestitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum est inutile, vt de eo, qui vsumfructum habet, qui morte finitur, responsum est, in l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. Si legatũ est inutile, ergo æstimatio non debetur.

Contrarium responderunt Io. Faber, in §. non solum, in Instit. de leg. Bal. sibi contrarius, in c. 1 nume 3. de success. feud Curt. iuo. sibi contrarius, in consil. 30. nu 5. & quidam alij, quos refert & sequitur Mãtica de coniect. vlt. volun. lib. 9. ti. 11. nu. 8. isti docuerunt æstimationem deberi legatario, si testator rem legatã feudalem esse nõ ignorauerit. Et fundamentum est in l. cum alienam, C. de leg. vbi distinguitur inter testatorem sciẽtem & ignorantem. Ad contraria argumenta respondent, legatum rei feudalis non valere, quãtum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad hæredis præiudicium. Sic dicimus fundum dotalem

A alienari non posse, nec fundum minoris, nec res restitutioni subiectas: & tamen in his legatum valet, quantum ad ęstimationem, l. cum pater, § cum pater, de legat. 2. & notatur in l. apud Iulianum, §. constat, de legat. 1 *Constat* (inquit tex.) *res alienas legari posse, etiamsi difficilis earũ paratio sit.* Quod vero dicebatur, legatum esse inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere respondent, vbi testator sciret ius extinctum iri; quia tunc saltem æstimatio debebitor, argum. d. l. cum alienam, ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.

Ego in hac difficultate dico tria; Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quę adfertur ad l. quod in rerum, §. 1. de leg 1. vt nimirum in ea specie debeatur æstimatio, si testator non ignorauerit ius suum morte extinctum iri. Verba tex. hæc sunt: *Si vsumfructum habeam, eumq; legauerim, nisi postea proprietatẽ eius nactus sim, inutile legatum est.* Si testator ipsemet vsumfructum B habebat, proculdubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit tex. *inutile legatum est.* Idem dicit tex. in l. vxor patrui, C. de leg.

Secundo dico, non videri mihi solidum illud argumẽtum, quod sumitur ex l. apud Iulianum. §. constat; de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantũ ad æstimationẽ, cum res legata alienari non potest; quia non ita simpliciter ille tex. loquitur, sed hoc modo: *Si vero*, inquit, *Salustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundũ Albanũ, qui principalibus usibus deseruit, legauerit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere. Item Campũ Martium, aut forum Romanum, aut ædem sacram legari non posse constat. Sed & ea prædia Cæsaris, quæ in formam patrimonij redacta sub procuratore patrimonij sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet pręstari; quoniam commercium eorum, nisi iussu Principis non est, cum distrahi non soleant.*

C Vides, vt puto, quantum hęc à rebus feudalibus distent, quæ, vt omnibus palam est, quotidie distrahuntur? Ergò non est solidum, vt dixi, argumentum ex d. §. constat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quæstionem, dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, qua res valeat potius, quàm pereat, l. quoties, ff de rebus dub. & æstimationem regulariter deberi rei alienæ à testatore sciente relictæ, & eandem æstimationem deberi, licet talis sit res, quam legatarius capere non possit, vt in l. sed si res aliena, de leg. 1. & in l filiusfam. § si quid, ff. eodem. Tamen istis omnibus insuper habitis, existimo non valere legatum, etiam quoad æstimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam si non valet, vt habet textus in argumento prioris sententiæ citatus, sequitur, vt non debeatur æstimatio: Sic enim valeret, saltem quoad æstimationem. Sed D quod non valet, inutile reputatur, & nullum producere potest effectum; aut proferatur legis alicuius testimoniũ quo legatum sit inutile, & tamen valeat, quoad æstimationem. Nulla sanè proferri potest; quia videtur implicare contradictionem, legatum non valere, inutile esse & valere, & vtile esse, quantum ad hoc, vt æstimatio debeatur, quid enim est aliud rei æstimatio effectu, quàm quodammodo res ipsa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat.

SCribit in hæc verba Greg. Pont. Max. in ti de Testamentis ad Episcopum Mesalinum: *Filius noster Faustinus conquestus est, quod quondam Peltrasius pater suus aliqua Ecclesiæ nestræ sepulturę suę gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges seculi hoc habent, ut hęres ad soluendum cogatur, si autor eius rem legauerit.*

alienam

alienam Sed quia lege Dei, non autem huius ſeculi uiuimus, ualde mihi uidetur iniuſtum, ut res tibi legata, quę cuiuſdam Eccleſia eſſe perhibentur, a te teneantur, qui aliena reſtituere debuiſti.

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure Canonico non valere; docuerunt Panorm. ibi, & in c. cum eſſes, eo. ti. Gloſ. Alexand. Iaſon & Sichard. in l, cum alienam, C. de legatis.

Sed quoniam Greg. loquitur de eo, qui legabit rē alienam, quæ alicuius Eccleſiæ erat, idcirco autoritate eiuſdem tex. alij docent legatum rei alienæ, quæ ſit Eccleſiæ alienius, iure Canonico non valere. Ita Inno. Ant. But. Auch. & Imola in d. c. filius. Ratio eſt: quia res Eccleſiæ alienari non poſſunt, niſi adhibitis ſolennitatibus; a iure requiſitis, iuxta c. fine exceptione, 12. q. 2. & quoties non poteſt niſi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum eſt inutile, etiam iure Ciuili, l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum ſumunt, rem alienam inuito domino ſub prætextu legati detineri non poſſe, ſed reſtituendam eſſe domino, licet legatarius petere poſſit æſtimationem eius ab hærede. Ita Glo. in eūdem locum, & Andreas Siculus, Salyc. & Caſtrenſ. in d. l. cum alienam, C. de legat. Corneus in conſ. 31. lib. 1.

Denique Couuar. in Commentarijs d. c. filius, & Frāc. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 9. ti. 10. nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum eſſe docuerunt, præter quam in ea ſpecie, de qua loquitur Greg. cū videlicet Eeelcſiæ teſtator legauit rem alterius Eccleſię ſepulturæ ſuæ gratia, & filios hæredes inſtituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat; tunc enim nec res legata debetur, nec eius æſtimatio. Hæc ſententia videtur mihi cęteris probabilior, quod vt planū faciam, integram epiſt. Greg. hic adſcribam. ea reperitur lib. 7. Epiſt ad Epiſcopū Meſalinum his verbis cōſcripta: *Filius noſter Fauſtinus vir eloquentiſſimus ad nos ueniens, queſtus nobis eſt, quod pater eius quondam Pelraſius aliqua noſtra Eccleſię ſepulturę ſuę gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re ſeculi leges habeant, & ipſe noſti, & nos audiuimus, quia hæres ad ſoluendum cogitur, ſi autor eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem veſtram lege Dei, non autem legibus ſeculi nouimus viuere, valde mihi iniuſtum uidetur, ut calix electrinus & puer qui cuiuſdam Eccleſię in poſſeſſione eius poſita Diœceſeos Conſentinæ Eccleſię eſſe perhibetur, a tua fraternitate teneatur. Cum enim & vir Reuerendiſs. Palumbus Epiſcopus, tunc uero Archidiaconus ita fuiſſe teſtatus eſt, nos omnino eius fidei credere, & aliena reſtituere debuiſtis. Tabulam uero auream, quam prędictus uir moriens pariter reliquit, conſiderare, ut arbitror, debuiſti, quę eſſet ſumma eius ſubſtantię, ſi quid eſſet unde hi, quos reliquerat, ſuſtentari debuiſſent, & tunc pro ſepultura eius accipere, quamuis noſtrum inſtitutum noueris, nos illicitam antiquam conſuetudinem a noſtra Eccleſia omnino uetuiſſe, nec cuiquam aſſenſum prębere, ut loca humani corporis precio poſſint adipiſci.* Hactenus epiſt. Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab instituto relicta nominatim an à ſubſtituto repetita cenſeantur.

LEgata nominatim ab instituto relicta non uideri a ſubſtituto repetita, docuerunt magis communiter Doct. teſte Menochio, qui refert, nominatim autores lib. 4. de præſumpt in 2. par. pręſumpt 108. nu. 14. addo Mant. de conject. vlt. volun. lib. 8. ti. 2. nu. 15. Repugnātes ſunt Cū & Caſtrenſ. ad l. licet. de leg. 1. & Alc. de pręſum reg. 2. pręſ 35. quibus me ſocium lubēs adſcribo. referam prius vtriuſque ſententię argumenta, tum, cur A magis probem pauciorum ſententiam paucis declarabo.

Argumentum communis ſententię primum eſt ex l. ſi plures, de leg. 3. Paulus: *Si plures gradus ſint hæredum, & ſcriptum ſit, hæres meus dato: ad omnes gradus hic ſermo pertinet, ſicuti hæc verba: quiſquis mihi hæres erit. Itaque, ſi quis velit non omnes hæredes legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*

Secundū ex l. Celſus, §. quod alicuius, de leg ſecundo. *Quod alicuius hæredis nominatim fidei committitur, poteſt videri ita demum dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet hæres.* Hactenus Iuriſconſultus.

Tertium eſt ex l. 1. § id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quę ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hęreditatem, non augebuntur, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſunt, non quiſquis mihi hæres erit.*

Quartum eſt ex l. 1. C. ſi omiſſa ſit cauſa teſtamenti, ſed non video, quo modo faciat ad rem. Poſtremum eſt ex eo, quod cum nominatim legatur, onus perſonæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, arg l. non- B nunquam, ff ad Trebel.

Contrariæ ſententiæ argumenta ſunt hæc. Primum, quia certum eſt legata ab inſtituto relicta videri à ſubſtituto repetita, l. licet, de leg. 1. ergo etiam repetita videtur cum nominatim relicta ſunt ab inſtituto: quia ſi, uerbi gratia, vnus tantum ſit inſtitutus, & ab inſtituto legatum relinquatur, eſt perinde, ac ſi nominatim relicta eſſent, arg. l. a. ff. de lib & poſtum. & tamen repetita a ſubſtituto etiam hoc in caſu cenſentur. Confirmari poteſt argumētum: quia nominatim legatum accipiendum eſt, quod a quo legatum ſit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non ſit, l. nominatim, de leg. 3.

Secundum eſt ex l. non iuſtam, C. ad Trebellian. vbi auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta, rogata erat hæreditatem reſtituere, & tex. dicit deberi etiam a ſubſtitutis fideicommiſſum, licet aliter inducat Paul. Caſt.

C Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falc. perpendendo illud verbum, *non augebuntur legata*, ex quo ſignificatur, ſaltem deberi a ſubſtituto, quod nominatim relictum erat a cohærede.

Poſtremum argumentum eſt: quia ſi teſtator nominatim onere legati grauauit inſtitutum, quem magis dilexit, multo magis cenſetur uoluiſſe grauare ſubſtitutū, quem minus dilexit. argum. l. Publius, §. 1. ff de condit. & demonſt.

Iam cur repudiata communiori ſententia in aliam deſcenderim, illud argumentum effecit, quod in ea ſpecie, de qua tex. loquitur in l. non iuſtam, C. ad Trebellia. erat fideicommiſſum relictum nominatim, & tamen etiam ſubſtitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Reſcripto Imperatoris Antonini, quo declaratum eſt, legata ſeu fideicommiſſa etiam a ſubſtituto repetita videri; a quo quidem Reſcripto, cum diſcedendum eſſe ex coniectura voluntatis teſtatoris reſpenderit Iuriſc. & D coniecturas etiam adiecerit in l. licet, de leg 1. ſi hæc, de qua agitur, ſufficiens eſſet coniectura, cum ſcilicet ab inſtituto nominatim relictum eſt legatum vel fideicōmiſſum, probabile eſt eum aliquam mentionem facturum fuiſſe huius exceptionis, & coniecturæ, quando ſcilicet nominatim ab inſtituto legatum vel fideicommiſſum relictum eſt: nulla autem prorſus mentio facta eſt in d. l. licet. nec alibi: Ergo non eſt legitima hæc coniectura, ſed vt ob oculos verſetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. *Non iuſtam te gerere ſolicitudinī* (verba ſunt Dioclet. & Maxim) *per fideicommiſſum relictę portionis hęreditatis perſpicimus, uerentem, ne fructum amittas relicti fideicommiſſi, quoniam auia teſtatoris ex parte hęres ſcripta, & tibi rogata reſtituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommiſſum) *calliditate ac fraude repudiauit, ut ad alium nepotem, eundemque cohęredem deuolueretur portio, a quo tibi nominatim non fuerat fideicommiſſum relictum, & coacta ſuſpectam hęreditatem adire, prius quam pro hęrede gereret, rebus ſit humanis exempta: cum D. Antonino parenti noſtro*

stro deberi etiam à substitutis fideicommissum, contemplatione iudicij testatoris quasi tacite ab his repetitum iamdudum placuerit.

Vides his postremis uerbis nullam adhiberi distinctionem, vtrum nominatim relicta sint legata, & fideicommissa ab instituto: nec illud mouere Imperatorem, quod ama rogata esset restituere; quod sanè aliud nó est nisi nominatim relictum ab ea fuisse fideicommissum, argum. l. nominatim, de leg. 3. & tamen respondit etiam a substituto repetitum uideri.

Ad primum & secundum argumentum respondeo, cum nominatim ab aliquo hærede relictum est legatú, vel fideicommissum: siue cum hæredum aliqui nominatim ac specialiter onerati sunt a testatore, cæteros hæredes oneratos non esse, si iura spectemus, quæ fuerunt ante Rescriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod sanè tempus referendæ sunt leges allegatæ. Cæterum, post Rescriptum Seueri aliter respoodendum est, nempe, legatum, uel fideicommissum ab instituto relictum, censeri a substituto repetitum. Huius rei testis est Vlpianus, in l. si Titio, 61. § Iulianus, de legat. 2. sic dicens: *Si alter ex legitimis hæredibus repudiasset portionem, cum esset ab eo fideicommissum relictum, cohæredem eius cogendum non esse fideicommissum præstare: portionem enim eius ad cohæredem sine onere pertinere; sed post Rescriptum Seueri (nota) quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequitur accrescentem portionem.*

Ad l. 1. §. id quod ex substitutione, ff. ad leg. Falcidiã respondeo, non eam esse Iurisconsulti sententiam, ut legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui est cohęres, & ei substitutus est; sed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet et si substitutus portionem alterius consequatur, nó tamen est æquum, quàm teneretur, si non ex substitutione eius portionem fuisset consecutus; Itaque si, exempli causa, portio eius legatis sit exhausta, quo in casu Quartam ex lege Falcidia retinet, nó debet integra legata soluere, licet consecutus sit ex substitutione portionem cohęredis, si legata scilicet a cohærede nominatim relicta sint: licet enim legata repetita céseantur ab ipso substituto, quæ ab eius cohærede relicta fuere, tamẽ quarta pars ex lege Falcidia ei debetur absque omni onere legatorũ, tam ex portione sua, quam cohæredis sui: & ideo illa minimi non debet propter legata a cohęrede relicta nominatim. Cæterum, si testator dixisset; quisquis mihi hęres erit, dato, tunc cohæredis portio prodesset legatarijs: etenim, is hęres esset solus, & solus ad omnia legata prę̃standa obligatus vna sola Quarta totius hęreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri sententię suffragatur.

Ad postremum argumentum respondeo, iure quidẽ summo ita respondendum esse, vt onus legatorum hęreat personę, cui est iniunctum, nec ad substitutum transeat. Ceterum, aliud dicendum est, post Rescriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad substitutum onus legatorum, & fideicommissorum transiret, quę ab instituto relicta sunt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Episcopo, sub nomine proprio, an Ecclesiæ adquiratur?

SEquor & ipse communiorem sententiam; legatum Episcopo relictum, etiam proprio eius nomine expresso ab extraneo, Ecclesię contemplatione relictum videri, autoritate textus in ca. requisiuisti, de test. in illis verbis: *In primo casu distinguendum est, vtrum relinquatur Episcopo ab extraneo, an a propinquo, si ab extraneo generaliter verum est, quod pręsumitur esse re-*

A *lictum intuitu Ecclesię, non personę, unde Cathedralis Ecclesia de illo potest Canonicam petere portionem*, &c.

Licet enim non loquatur textus expressè in ea specie, qua de agimus, vbi scilicet proprium Episcopi nomen expressum est, verba tamen & hanc speciem complectũtur; sunt enim generalia. ibi: *Generaliter verum est*, &c. Et ratio id suadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Episcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla causa inductus videri possit; quamobrẽ etsi nomine proprio eum appellauerit, id fecisse non ei donandi animo, sed demonstrandi potius quis esset, præsumitur. Quæ cum ita sint, & satis clarè constituta, non possum satis mirari in contrariam sententiam, quenquã permouisse exemplum serui, qui vni ex dominis nominatim stipulatus est, vt in l. si communis, seruus, ff de stipul. seruor. est enim exemplum longè alienum, perquam dissimile, non ad speciem istam pertinens. Nihil autem perniciosius est in quæstionibus decidendis, quam omissis ad rem commodatis testimonijs, ea conquirere, quæ
B planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumenti speciem præ se ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum Canonicis relictum, cui acquiratur, Ecclesiæ ne, an Capitulo: an ipsis singularibus personis.

SI Canonicis legetur, non ipsis singularibus personis noo Ecclesiæ, sed Capitulo siue collegio communi legatum interpretor in obscura testatoris voluntate; quanquam multi ijque grauissimi interpretes aliter existimauerint, vt videre licet ex Menoch. de præsumpt.
C lib. 4 in 2. parte præsumpt. 113. Fundamentum pono in simili, legis: Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. secunda, ff. de reb. dub. Ergo similiter & cũ Canonicis legatur, Collegio uidetur relictum, Ciues repræsentant Ciuitatem, Canonici Collegium, siue, vt loquimur, Capitulum. Noo ratio, non oratio dispar. Ecclesiæ non videtur relictum, quia non est ratio, non lex. Nam Ecclesiam is, qui ei præest, refert, non Canonici qui subsunt, & ideo, si Episcopo legetur, uidetur intuitu Ecclesię relictum, ut in cap. Requisiuisti, de testa. non idem in relicto Canonicis est constitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. annua, § Attia, ff. de annuis legatis, quoniã in ea specie Sacerdoti & Aedituo templi relictũ est. Quamobrem ait Scæuola: *Ministerium quidem designatorum designatum, sed datum templo* Non acquiritur, nec datum intelligitur singularibus personis, quia non ille est modus legandi personis singularibus; significatur enim dignitas vel officium potius, quam persona; Si-
D cut cum legatur Ciuibus. Et ideo, si dissolutum sit collegium, legatum manet ab eo, a quo est relictum, l. pater, §. Tusculanus, de leg 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima dumtaxat, an verò etiam de secunda intelligendum sit?

SI vxori suæ testator legauerit, ea defuncta, quę tẽpore testamenti erat: secundę, quam postea duxit, & quę mortis tpe superest, legatũ deberi interpretor. Argumẽto vxor ex l cognatis, ff. de reb. dub. illis verbis: *Cæterum, si quis testamenti facti tempore cognatum non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur.* Et loquitur Iurisconsultus in ea specie, qua quis cognatis legauerit, ut in principio legis dicitur, ibi: *Si cognatis legatum sit*, &c. Est & aliud argumentum ex l. cum ita, §. in fideicommisso,

de leg. 2. *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, iy ad petitionē, veniūt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur*, &c. Nō offendor, l. si quid ceterum, § vl de leg. 3. illis verbis: *At quę prioris vxoris causa parata sunt, ita posteriori debentur, si ei adsignata sunt: quia nō est ita de posteriore vxore cogitatū, si cum pararentur*, &c. Hæc enim sunt dissimilia. Nam id vxoris causa parasse videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, si aliqua parauit prioris vxoris causa, non potest uideri parasse posterioris causa, nisi sicut priori tradidit, ita & posteriori assignauerit. Nostra autem disputatio non est de his, quæ parata sunt, sed de his, quæ simpliciter legata vxori: illa traditionem, siua adsignationem postulant, qua cessante non possunt dici parata: hæc ex nuda testantis voluntate pendent, qui non mutato testamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmasse videtur. Vide Menochium lib. 4. de præsumpt in 2 parte, præsumpt. 122.

CAAPVT XLIII.

Vsusfructus domus si legetur adiecto onere, ne altius tollatur, utrum relicta proprietas videatur.

Scribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, quę alteri insulę hęreditaria debeatur, hoc modo: si ille hęredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vsumfructum do, lego. Vel sic: adsum illarum, quoad altius, quàm vti nunc sunt, ędificatę non erunt, illi vsumfructum do, lego*. l. Proculus, ff. de vsufructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus autoritate docent nostri communiter, proprietatem hac specie legatam videri, licet enim diserte id Pomponius non dicat, tamen perpenduntilla verba: *Insulam posse ita legari*, &c. Ergo insula his verbis legata videtur, & consequenter proprietas ipsius insulæ. Et ratio est; quia vsusfructus appellatio proprietatem continet, quoties sub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus esse potest. Vsusfructus enim mortæ vsufructuarij, & alijs modis ad proprietatem suam natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita cōstituit, vt possit esse perpetuus, videtur proprietatē reliquisse, sed eam vsusfructus verbo propterea notasse, quod restituenda erat conditione adueniente. Ideo in proposita specie, simile est, ac si diceret testator: Lego insulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus est insulæ is, cui legatur, vt restituere debeat, si altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent nostri, vt videre licet ex Commentarijs in d. l. Proculus, & ex alijs locis, quos Commemorat Menochius de præsumpt. li. 4. in 2 parte, præsumpt. 133. num. 2.

Sed contrarium docuit Arius Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 42. & 43. C de bonis maternis, quem ego veritatis amans potius, quàm opinionum sequor. Principio enim certum est, legati verba vsumfructum continere, non autem proprietatem: ergo non aliter a verbis recedendum erit, quàm si constet de voluntate testatoris, l. non aliter, de legat. 3. Deinde nullum verbum est apud Pomponium, quo significetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat: *Insulam ita posse legari*, subdit tamen, *hoc modo si ille hęredi meo*, &c. Ex quibus uerbis sequentibus perspicuum est, Pomponium intellexisse, Insulā posse legari, sicut infra exempla posuit: vtrum autem, si ita legetur, vt in exemplis positis intelligatur insulæ proprietas relicta, necne, nō edisserit Pomponius. Hoc enim duntaxat explicare voluit, insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, quæ alteri insulæ hæreditariæ debeatur, non autem id in animo habuit explicare, vtrum si legetur vsusfructus insulæ eo modo, ut in exemplis adiectis, intelligatur esse pro

A prietas relicta. Quare eius responsum præcipuum a nobis erit perpendendum; non quia vnum uerbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum sumere aduersus verborum naturam & significationem: Neque enim satis idonea illa est coniectura. Porrò, quod dicitur in ea specie, legatum vsumfructum videri sub modo, quo potest esse perpetuus, nihil obstat, quia id negari potest. Etenim, si altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vsusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod si non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, sicut regulariter extinguitur, § finitur, in Instit. de vsufructu. Neque enim hoc expresse dixit testator, aut necessariò ex uerbis eius colligitur perpetuò, & sic etiam ad hæredem legatarij peruenturum vsumfructum ædium, si non altius tollantur. Nullum verbum est in ea lege, quo id significetur. Et cum alioqui vsusfructus morte finiatur, dicendum est, etiam in ea specie finiri: Immo & amitti quoque, si altius tollentur ædes.

B Neque enim Regulæ Iuris interpretatione nostra violandæ sunt, sed potius tuendæ. Denique, si dicatur frustra illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tolli, ant ædes, nisi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non possit. Respondeo, non ita rò accidere; nam testatores frustra aliquid exprimant, & adijciant, quod tacite inest, & a lege suppletur aut intelligitur. Deinde id efficere testatoris modum, & conditionem expressam, vt legatarius vsufructu cadat, si altius tollere ædes uoluerit, licet enim alioqui potestatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen ita re cautum est, si ædes altius tollat, eum priuari vsufructu. Atque ita sentio.

CAPVT XLIV.

Si prędij vsusfructus fuerit in testamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non possit, vtrum proprietas relicta censeatur.

C Rursus controuertitur; Testamento relictus est prædij vsusfructus, ea lege, ut alienari non possit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi sanè Interpretes, & multi negant, ut videre licet ex Menochio de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsump. 133. num. 3. Omnis cardo in hoc versatur, quod si non proprietas intelligatur relicta, frustra uideatur alienandi prohibitio legato inserta. Cum inter omnes constet, vsufructuarium alienare non posse rem, cuius vsumfructū habet. Et ideo pro huius sententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vsufructu, & quemadmodum quis vtatur de qua in præcedenti capite multa diximus, ut fieri in ea specie id operatur altius tollendi, prohibitio vsusfructus legato inserta, vt proprietas intelligatur relicta, ne frustra prohibitio inserta uideatur, neque enim fructuarius altius ædes tollere potest; ita etiam in hac specie respondendum sit; id efficere alienationis prohibi-

D tionem, ut relicta uideatur proprietas. Sed cùm fundamētū istud valde sit infirmum, ut patet ex his, quæ disputauimus in præcedenti capite, magis probatur contraria sententia, nō uideri proprietatem relictam, atque ita hāc rem interpretandam esse, ut adiecta esse uideatur illa prohibitio a testatore in eum modum, quo sæpè fieri solet, ut nō necessariæ conditiones, & quæ tacitè insunt legans inferantur, & ut hoc efficiat expressa testatoris prohibitio, vt si alienatio fiat, legatū amittatur. Verba enim legati ad vsufructum, non autem ad proprietatem pertinere manifestum est, ac proinde non licet ab eis recedere, nisi uoluntatis coniectura sit in contrarium, perspicua; non etiamsi & ualde incerta sit, & aliter, vt uerbis non aduersetur, commode interpretari queat.

CA-

CAPVT XLV.

Si vsusfructus prædij sit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

E Contrario controuertitur, si legetur prædij vsusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædiũ; vtrum proprietas relicta esse intelligatur. Tres sunt Doctorum sententiæ; Vna relictam censeri proprietatem. Secunda, non censeri. Tertia, distinguẽdum, an libera data sit facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur esse relicta; an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochiũ de præsumpt. lib. 4. in 2. parte, præsumpt. 135. num. 4.

Ego eorum sententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri responderunt. Nam, vt quis vsusfructuarius sit, & simul alienandi potestatem habeat, cohærere hæc duo non possunt. Et cum alienandi potestas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, consequens est, vt licet in specie proposita vsus fuerit testator vsusfructus vocabulo, tamen non vsumfructum, sed proprietatem legare voluisse existimandus sit.

Contraria sententia longè infirmo nititur fundamento; quia videlicet alienandi potestas illi concessa esse intelligatur, qui eam non habuit: Vsufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à testatore: Cui dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum esse legatarium proprietatis, non autem vsusfructus: quoniam vsusfructus naturæ id pugnat. Voluit igitur testator, vt rei proprietas ad legatarium spectaret, & vsusfructus verbo abusus est.

Distinctio verò allata nullum habet firmamentum, sicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vsusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt post mortem suam illud legatarius alteri restitueret, an relicta proprietas intelligatur.

D Enique & illud controuertitur Legauit quis prędij vsumfructum, & à legatario petijt, vt illud post mortem suam alteri restitueret; Vtrum intelligatur proprietas relicta.

Vide Menochium de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 135. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplector, nisi testator imperitia lapsus, ita dixerit; Quia scilicet putauerit vsumfructum morte nõ extingui. Moueor autoritate l. vlt. ff. de vsufructu ear. rer. quæ vsu consumuntur. Martianus: *Cum pecunia erat relicta Titio, vt post mortem legatarij ad Mæuium rediret; quamquam adscriptum sit, vt usum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam; & usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, diui Seuerus et Antoninus rescripserunt.*

Item autoritate l species, ff. de auro & argen. legato; Scæuola: *Species auri & argenti Seię legabit, & ab eo petijt in hęc uerba: A te Seia peto, ut quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, restituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum usufructus tibi sufficiet, dum uiues. Quęsitum est, an usufructus argenti & auri solus legatarię debeatur. Respondit uerbis, quę proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Excepi casum imperitiæ testatoris autoritate l. qui vsusfructus, ff. de vsu, & vsufructu legato. Papinianus: *Qui fructus prędiorum uxori reliquit, post mortem eius prędia cum reditibus ad hęredes suos redire uoluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non preteriti temporis demonstrari uidebantur.*

A Contraria sententia eo nititur argumento, quod verba testatoris vsusfructus legatum, non autem proprietatis significent. Et ideo iniunctum esse videatur onus fructuario, qui bonorum possessionem habuit, eam restituendi. Et in legibus allegatis pro sententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita responsum fuisse, quia testator proprietatem legauit; sed quia, vsus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate recessisse, & responsum est, non recessisse; sed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad istam responsionem attinet, ego animaduerto illam non malè ad l species, ff. de auro & argento leg. accommodari posse; quia testator ibi rerum legauit species auri & argenti: deinde vsusfructus verbo, vsus fuit, dicens; *Quarum rerum usufructus tibi sufficiet* & aliquo modo etiam aptari ad l. vltimam, ff. de vsufructu earum rerum, dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio*, &c. deinde: *Quanquam adscriptum sit,*

B *ut eius usum Titius haberet*, &c.

Sed nihilominus eas leges pro superioris sententię firmamento rectè adferri censeo, quia non in eo vim ponunt, quod prioribus verbis testator proprietatem legasset; id enim facilè negari potuisset, propter sequentia verba, quibus vsusfructus relictus erat; sed in eo est fundamentum positum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam restituere post mortem suam iussus fuit. Sic enim colligitur vsusfructus mentionem factam, non quia legato solus vsusfructus contineretur; sed quia ad instar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò post mortem suam restituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iurisconsultus existimauit; quoniam non potest illud onus restituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarij extinguitur vsusfructus, & ideo res statim redit ad proprietatem. Istud illis verbis textus indicat in dicta l. vltima: *Et usus mentionem factam, quia erat restituen-*

C *da ab eo pecunia post mortem eius*, & in dicta l species, illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Quod autem dicitur verbis legati vsumfructum contineri, non inficior. Sed res tota cum omnibus circumstantijs perpendenda est, nempe, legatum esse vsumfructum cum onere post mortem restituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicommissi, & vsusfructus videatur à testatore mẽtio facta, quia res post mortem restituenda erat à legatario, vt dictum est.

Ad extremum, quod subijcitur videri fructuarium hoc in casu iussum restituere post mortem suam eã possessionem, quam adeptus erat, (Est autem possessio naturalis, l. naturaliter, ff. de acquirend. possess.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis casibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere posset,

D & tamen responsum est, legatam videri proprietatem cum onere fideicommissi. Neque enim intelligi hoc potest, ut is, qui morte omne ius ammittit, id restituendi facultatem habere possit. Aliud enim est Iurisconsultis subtiliter res intuẽtibus, nihil iuris habere post mortem, aliud verò illud, quod habuit restitui ab eo alteri oportere. Prior species repræsentat morte ius finiri simpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) posterior non simpliciter finiri, sed alteri restituendum, quod proprietario conuenit; Quid enim si is, cui post mortem restituere debet, uel nollet accipere, uel non posset, uel conditio deficeret? Certè illud maneret apud grauatum, & hæredes eius l. una, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de caducis tollend.

CAPVT XLVII.

De vxore relicta vſufructuaria liberis extantibus, atque hæredibus inſtitutis controuerſia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta.

VSu forenſi frequens ea eſt diſputatio, quæ verſatur circa vſumfructum vxori relictum, omnium bonorum liberis hæredibus inſtitutis; vtrum ad alimenta tantum reſtringatur. Late verò, & copioſe tractatur à Gabrielo, lib. 5. Commun. concluſ. ri de Vſufructu concl. 2. Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 9. titu. 7. Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 139 Simone Preto de interpret. vltimar. volunt. lib. 4. dubitatione 10. num 45. cum pluribus ſequent. Andr. Geyll, lib. 1. Obſeru. 144. Ex quorum ſcriptis nónnullæ tractari poſſent controuerſiæ, ſed quoniam eo fundamento nituntur, quod ſanè mihi infirmum videtur; ideo illis poſthabitis, ipſum illud fundamentum aggrediar, in controuerſiam reuocabo, & fortè etiam expugnabo; neque enim tanti Doctorum placita, & opiniones facere ſoleo, vt eas noſtri iuris conditoris præferendas exiſtimem.

Fundamentum, de quo verba facere inſtitui, eſt in quadam conſuetudine poſitum, cuius Bulgarus mentionem fecit; vt ſi filij extent, & à patre hæredes inſtituantur, tunc vſusfructus mulieri relictus ad alimenta tantum reſtringatur. Neque enim credendum eſt, patrem magis conſulere voluiſſe vxori ſuæ, quàm liberis; atque adeo ipſis ſoferre vſumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, vt in §. prohibemus, in Authen. de Triente & Semiſſe. Quod maximè dicendum eſt, cùm *Domina & vſufructuaria* eſt relicta, ne teſtator, qui hæredes filios inſtituit, id eſt, dominos eſſe voluit, ſtatim mutata voluntate, eos dominio priuare voluiſſe exiſtimetur.

Exiſtimo hanc ſententiam iuris noſtri autoribus non eſſe conſentaneam, atque adeo ex teſtatoris voluntate verum vſumfructum relictum videri; dominamque cenſeri relictam vxorem, ſcilicet quantum ad ius vtendi & fruendi, donec vixerit, excepta tamé filiorum legitima, cuius, & proprietas, & vſusfructus ad filios ſpectat. Quod ſi alicubi conſuetudo ſit contraria, & ita hoc legatum interpretetur, vt alimenta duntaxat contineat; tùc ſeruanda illa erit, quatenus legitimè introducta appatebit. Hoc enim ego contendo, illam iuri noſtro repugnare. Vtor autem argumento ex ipſa verbi natura, & ſignificatione petito, nempe *Vſusfructus*, qui ſanè, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris noſtris, neque ex alij animaduerto: Et quidem integer extat titulus de vſufructu mulieri relicto, C. ſi ſecundo nupſerit mulier, &c. & agitur de eo etiam in Authen. de nuptijs, & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maxime mouet, Imperator Iuſtinianus in Authent. de Triente & Semiſſe, § prohibemus, eos reprehendit patres, qui vxori rerum ſuarum vſumfructum relinquunt, quia videntur auferre ſuis filijs alimenta, & prohibet deinceps relinqui; quia vult legitimæ portionis proprietatem ſimul, & vſumfructum ad filios pertinere; quæ ſanè reprehenſio, & querela, non erat neceſſaria, ſi vſusfructus vxori non deberetur, ſed tantum alimenta. Audiamus verba Iuſtiniani, vt res clarius demonſtretur: *Prohibemus autem, & illud graue exiſtens, & habens quidem aliquam legalem occaſionem, in duram tamen incidens crudelitatem, & amaritudinem* (Nulla ſanè erit crudelitas, amaritudo nulla, ſi ad alimenta tantum reſtringatur, vt patet) *Nouimus enim aliqua teſtamenta ſecundum quę morientes non paternè, nec ut viros oporteba; ſed nimis molliter atque remiſſe fecerunt inſtitutiones. Vxoribus ſiquidem omnem dereliquerunt verum ſuarum vſumfructum: filijs autem proprietatem nudam* (Nulla eſſet opus reprehenſione, ſi ad alimenta tantum

A reſtringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filijs eſſe relicta) *Quamobrem arbitror ſtudium eſſe huiuſmodi teſtamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filijs fortè fame peremptis* (Hæc ratio ceſſat, ſi de alimentis accipiatur) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum nihil eis derelicto, nouercis iure forſitan, & irrationabili intercedente, quod eis etiam quotidianam gubernationem arripiat?* (Et hæc ratio etiam nulla eſt, ſi recipiatur illa interpretatio) *Non licebit igitur de cætero vlli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitimę partis, quā nunc deputauimus, & uſumfructum inſuper, & proprietatē relinquere, ſi vult filiorū non repente fame morientiū, ſed uiuere ualētiū uocari pater:* Res ſanè perſpicua eſt, proinde alia non adijcio, ne in re clara ſim nimius; Et ſic eam teſtatoris diſpoſitionem accipio, atque interpretor, ut excepta filiorum legitima, in reliquis bonis vſusfructus ad vxorē pertineat, ac proinde his repugnantem ſententiam, ac interpretationem valere iubeo. Conſuetudine, ſi quę eſt in loco, manente in ſuo robore.

B

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certa ab extraneo, an ſit purum, uel conditionale.

NOn videtur mihi admodum difficilis hæc quæſtio, licet enim controuerſia ſit, vt patet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 21 & ex Menoch de præſumpt. lib. 4. in 2 par præſumpt. 146. ſatis tamen diſerte deciditur in l Titio centum, § Titio genero, ff. de cond & demonſt. Nam cùm Papinianus ibi dicat: *Ante nuptias Titionę muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud hęredem manere*, ſatis apertè indicatur, non eſſe purum eiuſmodi legatum, ſed ſub conditione: quia purum legatum ad heredes tranſmittitur, non conditionale, l. vna, §. ſin autem aliquid, C. de caduci.

C tollen. Idem iuris eſt in legato, quod ſub modo fieri dicitur; etſi enim caſu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamé debetur, l. ſi fundum per fideicommiſſum, §. primo, aliàs eſt l ſi Titio, de leg. 1. l pater, § Tuſculanus, de leg. 2.

Huc accedit text. in § ſed hoc præſenti, in Authen. de ſanctiſſ Epiſcop ibi: *Si quis forte ſub conditione nuptiarū ſiue liberorum, ſiue ante nuptias donationis donauerit, ſiue reliquerit ſuis liberis, ſiue alij cuicumque perſonę hęreditatem, aut ab initio purè relinquens eis, &c.* Quibus verbis apparet, dotis cauſa relictum, non intelligi purè relictum, ſed ſub conditione.

Quę ſanè interpretatio ac ſententia euidenti ratione confirmatur. Nam dos ſine matrimonio eſſe nó poteſt, l. 3 ff. de iure dot um, l. vltima, C. de donat. ante nuptias. Ergo vt dotis cauſa, ſeu nomine pecunia relicta præſtetur, matrimonium contrahatur neceſſe eſt: Et ideo promiſſio dotis tacitam conditionem habere dicitur, ſi nu-

D ptiæ ſequantur, leg. promittendo, ff. de iure dotium, ſtipulationem, leg dotis, ff. eodem. Et ideo ſcribit Vlpianus: *Si ego Seiæ res dedero, vt ipſa ſuo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem ſint datę, ſed conditio ne tenebitur*, l. ſi ego, ff. eod.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ eſt ex l. qui filium, ff vbi pupillus educari debeat. Iulianus: *Qui filium hæredem inſtituerat, filię dotis nomine, cùm in familia nupſiſſet, ducenta legauerat, nec quicquam præterea; & tutorem ei Sempronium dedit: Is agnatis, & propinquis pupillæ perductus ad magiſtratus iuſſus eſt alimenta pupillæ, & mercedes, ut liberalibus artibus, inſtitueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare: pubes factus pupillus pubers iam factæ ſorori ſua ducenta legati cauſa ſoluit, &c.*

Reſpondeo, puberem factum filium ſponte, nó quod obligatus eſſet, ſoluiſſe: neque enim antequam nuberet,

beret, tenebatur soluere; quia sub conditione apertè legauerat, cum scilicet in familia nupsisset, nec ea de re Iurisconsultus ibi respondit, sed obiter, & ad alium finem narrauit filium soluisse; quare nihil ad rem nostram facit.

Secundum argumentum est, quia quoties legati caussa commodum respicit legatarij, tunc non inducit conditionem, sed modum, l. Titio centum, § 1. ff. de condit. & demonstr. sed talis hæc est causa; respicit enim puellæ commodum, vt nubere possit. Ergo, &c.

Respondeo, in d. l. Titio centum, §. 1. non probari, quod asseritur; quia Iurisconsultus appellat illam conditionem: *Titio centum relicta sunt*, inquit, *ita vt Maiam vxorem, quę vidua est, ducat. Conditio non remittetur*, &c. Propositio tamen illa probari potest ex eadem lege, in principio: *Titio*, inquit, *centum ita, ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cauere, Sextus Cacilius existimat: quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret*, &c.

Respondeo, legati causam in hac specie nostra non respicere tantum ipsius legatarij emolumentum, immo verò etiam futuri mariti, immo & Reipublicæ, cuius interest mulieres esse dotatas, & nubere, l. 1. ff. sol. matr. Et consequenter argumentum cessat.

Tertium argumentum est, quia dictio *Pro*, non importat conditionem, sed causam significat, c. cum olim, de censib. cap. in nostra, de iniur. vel denotat modum, l. Lucius, § peto, de leg. 2. l. si quis pro redemptione, C. de donationibus.

Respondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legatum dotis, sed ex natura eius; quia dos sine matrimonio esse non potest, vt dictum est, & ideo dos relicta ita debetur, si matrimonium fuerit secutum, quod nihil est aliud, quam sub conditione deberi ipsius matrimonij futuri.

Quartum argumentum est ex d. l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonstr. in illis verbis: *Sed cum ante nuptias (quia purum legatum est) peti potest.* &c. Quibus verbis patet eiusmodi legatum purum esse.

Respondeo, non eum esse illorum verborum sensum, quod legatum nomine dotis, de quo in principio §. fit mentio, purum sit: id enim purum non esse, sed sub conditione, satis ex eo probatur, quod textus postea dixit, *ante nuptias Titio uel muliere defunctis legatum apud heredem manere*; sed sensus est, si legatum sit purum, hoc est, sine mentione dotis & nuptiarum, tunc cautionem necessariam esse. Itaque in illis verbis non agit Iurisconsultus de ea ipsa specie, de qua in principio agit, sed ponit aliam speciem, cum uidelicet legatum purum est, & tunc respondit circa cautionem, vtrum sit necessaria.

CAPVT XLIX.

Si legetur puellæ sub conditione, si fuerit matrimonio copulata Seio; vtrum legatum debeatur contractis nuptijs, ante copulam carnalem.

LEgatum in proposita specie non deberi ante copulam carnalem, respondit Baldus in consilio 200. In causa ista considerandum est. libro 3. quem secutus est *Roland.* a Valle, de lucro dotis, quæst. 108. nu. 3. eo argumento, quod testator videatur de matrimonio intellexisse, quod perfectum, & consummatum fuerit, & sic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potissimum euenit, argumento text. in ca. vlt. de conuers. infidelium. ibi: *Ac ex hoc legitima coniunctio maris & fœmina magis matrimonium, quam patrimonium nuncupetur.*

Cæterum, contrarium respondit Vlpianus, in l. cum fuerit, 25. ff de cond. & demonstr. sic dicens: *Cum fuerit sub hac conditione legatum; si in familia nupsisset, uidetur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quam-*

A *nis nondum in cubiculum mariti uenerit: Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

Sed dices, non hæc est species Baldi, quia testator alijs verbis vsus est in specie Baldi, nempe, *si per matrimoniū copulabitur Seio*. Sed quid aliud est per matrimonium copulari, quàm nubere, matrimonium intre, contrahere cum Seio? Itaque summa ratione Baldi responsum improbatum est a multis, quos Menochius refert, & sequitur, de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 148. num. 9 & sequen. nisi apparuerit eam fuisse mentem testatoris, vt matrimonium concubitu etiam consummatum esset.

CAPVT L.

In legato vsusfructus habeatnè locum ius accrescendi inter coniunctos uerbis tantum?

B SI Titio & Mæuio æquis portionibus vsusfructus legetur, iuri accrescendi inter eos locum non esse existimo, autoritate nixus Papiniani, in l. penul. ff. de vsufructu accresc. *Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei vsusfructus legatur, fructuarij separati uidentur non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset: unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit.* Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus, libro primo, de iure accrescen. capitulo decimo, in fine quia cum vnaquæque vsusfructus pars hæreat personæ, cui adscripta est a testatore, deficiente persona, finitur, & ad proprietatem redit, §. finitur, in Institut. de vsufructu.

Atque ita responderunt præter Duarenum loco anuotato, Petrus Besatius, ad l. re coniuncti, de leg. 3. nume. 33. Crotus ibidem, numero 44. Politus, numero 46. Ripa, num. 69. Vasquius de successionum creatione, libro 1. §. 10 num. 128.

C Sed contrarium responderunt multi alij, quos isti referunt, quibus accedant & alij, quos refert & sequitur Menochius de præsumpt. lib. 4. in secunda parte, præsumpt. 159. nu. 7. Fundamentum ponunt in l. 1. ff de vsufructu accrescendo Vlpianus: *Quoties vsusfructus legatus est, inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus. Cęterum, si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat.*

Si locus est iuri accrescendi, quoties coniunctim vsusfructus legatus est, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti sunt. Respondeo, Vlpiani verba esse accipienda de coniunctis re, & verbis, aut re tantum, cum scilicet totus vsusfructus singulis relictus est, pares autem concursu fiunt. Interpretationem istam probo primò ex l. coniunctim, de leg. 3. *Coniunctim heredes institui aut cōiunctim legari* (inquit Celsus) *hoc est, totam hereditatē, et tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.* Secundò ex eodem Vlpiano, in l. 4. ff eod. tit. illis verbis:

D *Toties ius adscribendi esse, quoties in duobus, qui in solidū habuerunt, concursu diuisus est.* Hoc autem accidit inter eos, qui re, & verbis, aut re tantum, sunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantum.

Rursus probo ex d. l pen. vbi disertè. Papinianus indicat, non esse locum iuri accrescendi inter eos, quibus vsusfructus æquis portionibus est relictus.

Respondet Menochius post Ripam, hoc modo: *Cęterum respondet Ripa, in d. l re coniuncti, nu. 68. ibi nullo modo fuisse coniūctos: non verbis, quia erant separatim vocati Non etiam re; quia partes censentur ab initio facta pro portionibus ipsis hęreditatis ipsorum haredū, à quibus erat relictū, iuxta l. cum fundus, ff de cond. & dem* Hactenus ille.

Hæc responsio mihi non probatur, quia textus loquitor de his, qui uerbis sunt coniuncti. Sic enim ait: *Non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset* Isti aūt dicuntur verbis coniuncti, vt notum est, inter quos ius accrescēdi locum habere in

vsufructu manifestè Papinianus indicat; & huic coniunctioni illā æquiparat, de qua nominatim quærebatur, cū videlicet singulis ab hæredibus singulis eiusdē rei vsus fructus legatur. Nam quia relictus censetur pro portionibus hæreditarijs singulorum hæredum, idcirco ait ius accrescendi cessare, quia fructuarij separati sunt non minus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus esset: tunc enim quilibet diuersam ac separatam portionem haberet, siue in oratione separata relinquatur, siue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel administratori legetur; quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam administrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex dolosa administratione.

VLpianus: *Si quis rationes exigere vetetur (vt est sæpissimè rescriptum) non impeditur reliquas exigere, quas quis ipse reliquauit; etsi quid dolo fecerit, quâ ratione gessit. Quod si quis & hæc velit remittere, ita debet legare: Damnas esto hæres meus quicquid ab eo exigerit hac vel illa ratione, id ei restituere, vel actionem ei remittere,* l. si quis 19 ff. de lib. legata.

Iulianus: *Quidam decedens filijs suis dederat tutores, & adiecerat, eosq; alogistas esse volo. Et ait Iulianus, tutores nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere; quamuis testamento comprehensum sit, vt alogista essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi, quicquā consequi debebunt, vt ait Iulianus & est vera ista sententia. Nemo enim in publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus constitutam: Damnum verò quodcumque ex tutela quis senserit, & legari, & per fideicommissum ei relinqui potest,* l. quidam decedens, ff. de admin. tutor.

Harum legum autoritate controuersia oritur; an tutor, seu alius administrator ex dolosa administratione possit conueniri, quoties ei leganit quicquid ex administratione futura eum debere constiterit. Autores diligenter commemorat Menochius, de præsumpt. lib. 4. in 2 par. præsumpt. 164. num. 7. & 8. Et qui affirmant administratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendunt, quia cauetur dolum futurum remitti non posse tutori seu administratori, ne scilicet occasio delinquendi præbeatur.

Qui vero negant, administratorem teneri, & conueniri posse, verba posteriora considerāt, quibus dicitur legari posse damnum, quod ex tutela quis senserit, vel damnari hæredem posse ad restituendum id, quod *hac vel illa ratione* (scilicet dolosam ob administrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam administratori.

Sed hoc postremum argumentum nullius mihi videtur esse momenti; quia existimo in vtraque lege iurisconsultum loqui de legato eius, quod deberet ex præterita administratione, non ex futura, vt ea sit sententia; non posse quidem ita tutorem a rationibus liberari, vt non teneatur, si dolo egerit, & bonam fidem in administratione non præstiterit; sed tamen posse ei damnum legari, vel per fideicommissum relinqui, quod iam quis senserit, ex administratione facta: vel, si aliquid exactum ab eo est, eam ob causam, vt restituatur, mandari, aut etiam actionem ipsam in testamento remitti. Dolus enim præteritus remitti potest, non autem futurus, l. si vnus, § pacta, ff. de pactis.

Vt, inquam, huius situ sententiæ, duo faciunt argumenta. Primum est, quia iurisconsultus dicit in d. leg. quidam decedens, *neminem ius publicum remittere posse huiusmodi cautionibus*: Videretur autem remittere posse, si tutores liberare posset ab omni ratione administrationis, etiam non bona fide gesta, quia occasio delinquēdi præberetur. Sed eadem occasio delinquendi præberetur, atque adeo ius publicum læderetur, si legari posset futuro administratori, quicquid ex mala & dolosa administratione deberet: sic enim esset idem, ac si a dolo futuro liberatus esset, atque ab omni ratione administrationis, licet dolo factæ. Ergo non possunt dictæ leges intelligi de legato eius, quod deberet ex futura administratione, sed intelligi debent de eo, quod deberet ex præterita administratione.

Alterum est argumentum ex l. iurisgentium, § si paciscat. ff. de pactis, in illis uerbis: *Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, seruari hoc non oportet, nec legatum, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, seruandum.* Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam esse probat Cuiacius lib. 1. Obseruat. cap. 14.

Si igitur legatum non ualet contra ius commune, velut, ne quis furti agat, vel iniuriarum, si fecerit: non ualebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduersus tutorem, neque ab eo quidquam exigat, etiam si dolo fecerit. Id enim est contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, ut demōstretur legatum, si fiat in eum modum, non ualere. Sed in proposita specie illud etiam amplius accedit argumentum, quod generali oratione illa testatoris, non uidetur dolus administratoris includi, argum. l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, & l. si patet, ff. quæ in fraudem credit.

CAPVT LII.

Si testator ita dixerit, lego Sempronio, quod Caio legaui vtrum uideatur Caio adimere legatum.

CElebris est controuersia inter Bartolum, & Dynum, de qua post ueteres Interpretes in l. re coniuncti, de leg. 3. nouissimè disputant prolixè acca rateque Mantica, de Coniecturis vltimar. uolunt. lib. 12. tit. 4. Menoch. de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 173. num. 9. Si testator ita dixerit: *quod Caio legaui, Sempronio lego*, vtrum videatur Caio legatum adimere, an verò simul ad illud tribuere Caium & Sempronium, eosque saltem coniungere eadem re legata, vt sic *vnusquisque* concursu partem dimidiam consequatur. Affirmat Bartolus coniungi, non autem adimi legatum Caio. Negat Dynus, & docet legatum prorsus Caio adimi, atque in Sempronium transferri. Vterque magni nominis. Interpres multos habet adstipulatores, tam veteres, quàm recentiores. Ego me Dyno suffragatorem paro, a quo stare Caium, Iustinianumque animaduerti. Caius in l. 4. ff. de adimen. legat. *Sicut adimi legatum potest, ita & ad alium transferri, veluti hoc modo: Quod Titio legaui id Seio do, lego. Quæ res in personam Titij tacitā ademptionem continet.*

Iustinianus de adempt. legator. in Instit. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit; Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do, lego, siue in eodem testamento, siue in Codicillis hoc fecerit: quo casu simul & Titio adimi uidetur, & Seio dari.*

His testimonijs quid clarius, firmius, illustrius? Mitto nugas recensere, quæ pro responsione adferuntur. Refelluntur a Menoch. nullo negocio, nec sunt relatu dignæ.

Pro sententia Bartoli adfertur primò l. si pluribus, de legatis 1. in illis verbis: *Quod si separatim si quis euidentissimè apparuit ademptione a priore legatario facta, ad secundum legatarium testatorem conuolasse, solum posteriorem ad legatum peruenire placet: Sin autem hoc minimè apparere potest, pro uirili portione ad legatum omnes uenire,* scilicet, &c.

Respondeo, in specie nobis proposita euidentissimè apparet, ademptione a priore legatario facta, ad secundū legatarium testatorem conuolasse. Attestantur id Caius, & Iustinianus, dum dicunt: *Simul & Titio adimi, & Seio dari: & in personam Titij* (prioris legatarij) *tacitam ademptionem continere.*

Secundò

Secundò adfertur textus in l. quod si alij, ff. de adim. legatis. Vlpianus: *Quod si alij legetur sub conditione, quod alij purè legatum est, non plenè recessum videtur à primo; sed ita demum, si conditio sequentis extiterit.*

Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum vni legatur sub conditione id, quod alteri purè legatum est, in vtroque legatum consistit: quia nisi conditio eueniat, non videtur priori legatario ademptum. Quod si conditio extiterit, ademptum videtur. Ergo idem, quando nulla conditio adijcitur, & sic quod vni purè legatur, alteri similiter purè legatur; tunc enim priori videtur ademptum.

Tertiò adfertur textus in §. si eadem, Instit. de legatis: *Si eadem*, inquit, *res duobus legata sit, siue coniunctim siue disiunctim, si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreuerit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio & Seio hominem Stichũ do, lego. Disiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego. Seio hominem Stichum do, lego.*

Respondeo, hęc esse dissimilia. Aliud enim est dicere: *Titio hominem Stichum do, lego Seio hominem Stichum do, lego.* Aliud vero, quod Titio legaui Caio lego: siue Stichum, quem Titio legaui, Seio lego. Priore casu dicuntur esse reconiuncti legatarij, & ambo ad solidum vocati, & sic concursu partes faciunt; Posteriores autem non sunt coniuncti, sed tacitè vni ademptum legatum est, & in alterum translatum.

Quartò, adfertur l. Iulianus, ff. de hæred. instit. Vlpianus: *Iulianus quoque libro 30. refert: si quis ita heredes scripserit, Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto: dubitari posse vtrum in tres semisses diuidere voluerit hereditatem, an verò in unum semissem Seium & Sempronium coniungere, quod est uerius & ideo coniunctim eos uideri constitutos sic fiet ut Titius, semissem, hi duo, quadrantes ferant*

Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum dicit testator; *quod Titio legaui, Caio do, lego*, verba referuntur ad rem ipsam legatam, quæ secundum communem vsum loquendi ademptionem significant. At cum dicit; *Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Caius heres esto*, verba referuntur ad partis assignationem; Vult enim testator ambos esse hæredes, vt scilicet concurrant singuli pro dimidia. Atq; idem esset dicendũ, si testator diceret; *Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui*, hic enim concurrerent, cum verba referantur ad partis assignationem. quæ responsio est Duareni, in dict. l. si pluribus, de leg. 1.

CAPVT LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iustiniani de restitutionibus.

Cum quis rogatus est, per fideicommissum restituere, quicquid ex hæreditate superfuerit, potestatem habet bona fide, non autem animo interuertendi fideicommissum, omnia alienandi, si prudentum responsa spectentur, *l.* Titius, ff. ad Trebellian. Cæterum, à Iustiniano in Nouella, de Restitutionibus, aliter est constitutum: *Sic* enim statuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommissario restituere teneatur, reliquo autem dodrante, sicut voluerit, vti possit. Sed controuersia est, quomodo id accipiendum sit; vtrum dodrantem hæres absq; vlla causa alienare possit. Aliquibus enim visum est interpretibus posse, aliquibus non posse: alijs distinguendum, vtrum alienatio dolo fiat, scilicet causa euertendi fideicommissum, & id constet, & tunc non valeat; an verò dubium id sit, nec appareat factam fuisse alienationem causa euertendi fideicommissum, & tunc valeat, & promissa sit. Vide Menochium in consilio 334. nume. 60.

A lib. 4. & de præsumptio. lib. 4 in secunda parte præsumpt. 188. num. 12.

Ego vero omnem hanc disputationem definiri à Iustiniano satis disertè in eadem Nouella affirmare nõ dubito. Sic enim ait; *Sancimus usque ad Falcidiam solum suę institutionis necessitatem habere seruare eum, qui oneratus est fideicommissi restitutione: & non posse aliquid penitus ex illa minuere sufficiens existens: sed hęredi quidem superstiti tres partes, illi autem quartę solum relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus est etiam donationibus uti aliquibus & forsan ex studio, quod Papinianus dicebat interuertendi fideicommissi causa, ut etiã quarta minuatur institutionis eius sed hoc omnino relinquere fideicommissum alijs omnibus in eius positis potestate, & licẽtiam habere cum ijs, sicut uoluerit uti quemadmodum perfectis dominis competit.*

His verbis Iustinianus mandat quartam partem integram restitui fideicommissario, prohibetque eam minui, vel donationibus, vel alijs causis, præsertim ex studio B euertendi fideicommissum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato liberè assignat, vt sicut voluerit, eis vti possit, tanquam perfectus dominus. Igitur donare possit tres illas partes grauatus hæres, eisque vti, sicut voluerit, etiam animo seu studio fideicommissum interuertendi. Hoc enim discrimen est constitutum ab Imperatore inter ipsam quartam fideicommissario restituendam, & cæteras partes, vt illa minui non possit donationibus, vel alijs modis studio euertendi fideicommissum, cæteræ autem partes possint. Itaque non de singulis verbis disputare oportet, sed tota orationis series contemplanda est illius constitutionis: sic enim apparebit controuersiam istam planè definitam esse. Atque ita mihi videtur.

CAPVT LIV.

C *Si testator legauerit puellæ, si nupserit, mille, sin autem Monasterium fuerit ingressa, ducenta; an si Monasterium ingressa fuerit, mille consequi valeat.*

Antiqua, & peruulgata hæc est controuersia. Si testator puellæ, si nupserit, mille legauerit; si autem Monasterium ingrediatur, ducenta; vtrum si Monasterium ingressa fuerit, mille possit consequi: affirmant Bartol. ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi. Negat Bald. in Authent. Nisi rogati, C. ad Trebellian. Alios vtriusque sententiæ sectatores collegit Antonius Gabrielius, libro quarto, commu. conclus. tit. de legatis, conclus. 2. Negantis sententiæ fundamentum est in voluntate clara testatoris. Affirmantis illud est, ne puella à voto Religionis, & vitæ contemplatiuæ remoueatur, argumento textus in § Sed & hoc præsenti, in Authent de Sanctiss. Episcop. Respondent contrariæ sententiæ autores, illud argumentum locum habere, quoties testator nihil puellę D legat, si Monasterium ingrediatur: tunc enim, etsi sub cõditione nuptiarum, uel dotis causa leget, nihilominus legatum debetur, etsi non nubat, sed Monasterium ingrediatur, vt constituit Imperator Iustinianus in dict. § sed & hoc præsenti. Cæterum in præsenti specie testator legat puellæ ducenta, si Monasterium ingrediatur, quare & voluntas testatoris est certa, & simul declaratur, quid, & quantum puellæ debeatur, si Monasterium ingredi velit: quam speciem Imperator non attingit in dicta Constitutione. Respondere posset, si cum nihil est legatum puellæ Monasterium ingredienti, totum habere debet: quod sub conditione nuptiarum ei est relictum, vt in ea constitutione cauetur. Ergo, si aliquid sit ei relictum, multo magis illud petere, & præterea supplementum vsque ad quantitatem sub conditione nuptiarum relictam consequi debebit. Non uidetur enim esse ratio differentiæ. Immò maior ratio pro legatario. Sed nostrum non est officium, ita leges interpretatione extendere, ut speciem

tentur in eam legata, donationes, &c. l. quoniam Nouella, l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic testamen. suam habet rationem; quia videlicet, cum filius ex substantia patris debitam habet portionem, non est locus querelæ de inofficioso, l. Papinianus, § si quis mortis, & §. quoniam, ff. eod. titu. Hodie titulo institutionis habere debet, vt in §. aliud quoque, in Authen. vt cum de appellat. cognose. A

Et cum mulier, quæ absque dote nupsit, legatum habet, quo suam subleuare inopiam possit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cum ad inopiā ipsam subleuandam delata sit portio, vt in d. Auth. Præterea, C. vnde vir & vxor & ex Nouella vnde sumitur, intelligi potest, & iam ex legato subleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod sumunt ex l. quod autem, ff. de iure dotium, ad probandum non esse necessarium in hac specie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil valet. Ait textus: *Quod autem in stipulatione non* B *est necessaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus*. Sensus est: Si uir dicat se accepisse ab vxore, vel contra vxor a viro certam pecuniæ quantitatem, quā promittit restituere, necessariam non esse dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæso, cum re, qua de agitur, commune habet?

CAPVT XXXIV.

Quid dicendum, si legatum consistat in specie, & debitum necessarium in quantitate, retenta specie, de qua in capite præcedenti.

EXistimat Bartolus in l. huiusmodi, § cum pater, de leg 1. Si legatum consistat in specie, & debita dos in quantitate, non esse locum compensationi, autori- C tate l. si pater pro filia, ff. de collatio. dotis. Eandem sententiam secuti sunt ibidem Bald. Castrens. Comens. Alexand. & alij, quos refert, sed non sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4 in secunda parte, præsumpt. 109. num. 16 vers. Respondet primò. & Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. titu. 2. num. 9. & num. 37. vers. Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. alijs adductis in tract. Regul. Reg. 282 sequitur Menoch. loco proximè citato, nu. 31. & num. 37. isti docent etiam hoc in casu locum esse compensationi, autoritate communis distinctionis, quæ docet legatum censeri animo compensandi cum debito necessario relictum; nec distinguit quantitatem a specie.

Ego neque priori, neque posteriori sententiæ assentior: Non posteriori; quia communis illa distinctio iure non probatur, vt iam in præcedenti capite demonstrauimus. Non priori, quoniam, quæ adfertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis est, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim nostris legibus D conuenienter loquimur, cum dicimus, legatum non videri animo compensandi factum cum dote, quoties nulla mentio dotis est facta, l. vnica, §. sciendum, C. de rei vxor. act. Videri autem animo compensandi factum, cum mentionem dotis continet, quia non est verisimile testatorem duplici præstatione onerare hæredem uoluisse ex eadem causa, vt in l. Titia cum testamento, §. qui inuita, de leg. 2. Duplex autem præstatio futura est, si dotem promissam a defuncto hæres soluat, & simul dotem legatam; nisi probet filia hoc animo testatorem fuisse, vt duplicaret ei legatum, l. cum pater, ff. de iure dotium. Vlpianus: *Cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat, siquidem marito legauit, videndum est, an legatum ualeat & non puto valere; Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum est. Quod si filiæ legauit, valet legatum: Dos enim ex promissione marito debetur, & legatum filiæ. Et siquidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & dotem, quam maritus consecutus fuerit, & legatum ex causa legati*, &c.

Hæc est solida doctrina ex iuris fontibus hausta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couuar. in c. officij, nu. 2. vers. in secundo, de testamen. adferre pro sententia priori textum in l. 3. § Mulier, ff. de dote præleg. Sed ibi non fit compensatio; quia maritus vxori legauit fundum diuersum ab eo, quem dotis nomine receperat; & præterea fundum ipsum, quem pro dote acceperat, ex quo manifestum est eum voluisse, vt vxor utrūque haberet. Adducit etiā l. planè. §. sed si non corpus, de leg. 1. quæ non facit ad rem, & regulam vulgarem: de specie ad quantitatem non fit compensatio. Quę ad hoc propositum non pertinet, quæ compensatio propriè non est sed potius imputatio, cum scilicet dicimus in causam debiti legatum imputari, vt declarat Corneus in consi. 257 col. penul. lib primo, Hieronym. Gabrielius consi. 16. nu. 31. lib. primo. Et ideo, cum pecunia omnes res æstimari possint, l. secunda, C de constit. pecu. nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari possit in causam debiti, si aliud non impediat

CAPVT XXXV.

Legatum an videri possit animo compensandi relictum a debitore creditor, cum dixit debitor, se legare ex proprijs bonis.

BOna dicuntur, quæ deducto ære alieno supersunt, l. subsignatum, §. bona, ff de verborum signif. l. Mulier, ff. de iure dot. Ergo, si quis debitor ex bonis suis creditori legauerit non animo compensandi cum debito legasse uidetur; quia intelligitur voluisse, vt deducto eo, quod deberet, etiam legatum præstaretur ex suis bonis creditori. Ita Baldus in l. si cum dotem, §. si pater, ff. solu. matrim. & ibidem Ias. num. 26. Iacobus Menoch. qui alios citat de præsumpt. lib. 4. in secunda par. præsumpt. 109. num. 6.

Sed contrariam sententiam habuit Decius in Auth. Præterea, nume. 12. uers. quartò limitatur, C. *vnde vir &* vxor. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in cap. Officij, num. 7 de testam. Quia cum a testatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, l. nam quod l. cogi, ff. ad Trebel. & alias legata sunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præstanda. Quare hoc in casu id exprimitur, quod tacitè inest, vnde nihil operatur secundum regulas vulgatas.

Ego posteriorem hanc sententiam sequor, & differentiam constituo; vtrum quis bona sua relinquat, an uero aliquid ex bonis suis leget, vel præstari mandet Priore casu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquuntur leges allegatę; sed cum aliquid ex bonis legatur, non est illa interpretatio adhibenda, ut prius deducatur æs alienum testatoris, quia non est necesse. Tunc necesse est, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda; tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ære alieno superest. Sed cum aliquid ex bonis suis præstari quis mandat, non est necessaria æris alieni excussio: sed perinde est, ac si diceret, ex substantia mea, ex rebus meis, ex hereditate, patrimonio, præstari uolo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non esset præstandum: sed si hoc nō adsit impedimentum, legatum præstabitur & compensabitur, vel non compensabitur cum debito, secundum alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita sentio saluo meliori iudicio.

CA-

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa praemoriente, compenſandum.

EX eo principio, quod iam refutauimus ſupra hoc eodem lib c. 33. effluxit quàm plurimorum ſententia; legatum ab uxore viro relictum, compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato, praemoriente vxore quaſi videatur lucrum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdam neceſſarij, vt videre licet ex Mantica de cõiect. vltum. volunt. lib. 10. ti. 2. nume. 7. Menoch. de praeſumpt. lib. 4. in 2. parte. praeſumpt. 109. num. 35. à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab ijs relati, quos ſequor, eo libentius ac procliuius, quòd de legato coniugũ compenſando doctrina eſt praeclara Iuſtiniani, in l. vnica, § ſciendum, C. de rei vxor. act. *Sciendum*, inquit, *itaque eſt, dictum Praetoris, quod de alterutro introductũ eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare, ita vt vxor & a marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi*. Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, ut ſi non pro dotis lucro reliquerit vxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrũ conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum heres ad aeſtimationem praeſtandam legatario teneatur?

INter omnes conſtat de feudo neminem teſtari poſſe, c. 1. de ſucceſſ. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente*. Conſequenter legari teſtamento non poteſt, c. 1. §. donare, qualiter olim feudũ alien. pot. Sed controuerſia eſt, ſi legetur, an haeres ſaltẽ ad aeſtimationem teneatur; & non teneri, reſponderunt Baldus in d. §. donare, num. 3. Aretinus in l. apud Iulianum, § conſtat, de leg. 1. Alexander in conſi. 19. nume. 2. lib. 6 Curtius iun in tract. feud. in 4 par. penult. quaeſtio. num. 126. Socinus iunior in conſil. 74. num. 19 lib. primo, Natta in conſil. 502. num. 33. Purpuratus in conſil. 101. num. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de praeſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, praeſumpt. 119 nu 6.

Argumenta haec ſunt: Legatum rei feudalis nõ valet, ergo nec eius debetur aeſtimatio, l. apud Iulianum, 41. §. conſtat, de leg. 1.

Secundum argumentum 2 ius quod teſtator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum tranſit ad alios, quibus eſt conceſſum in inueſtitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum eſt inutile, vt de eo, qui vſumfructum habet, qui morte finitur, reſponſum eſt, in l quod in rerum, §. 1. de leg. 1. Si legatũ eſt inutile, ergo aeſtimatio non debetur.

Contrarium reſponderunt Io. Faber, in §. non ſolum, in Inſtit. de leg. Bal. ſibi contrarius, in c. 1 nume 3. de ſucceſſ feud Curt. iun. ſibi contrarius, in conſil. 30. nu 5. & quidam alij, quos refert & ſequitur Mãtica de coniect. vlt. volun. lib. 9. ti. 1 1. nu. 8. iſti docuerunt aeſtimationem deberi legatario, ſi teſtator rem legatã feudalem eſſe nõ ignorauerit. Et fundamentum eſt in l cum alienam, C. de leg. vbi diſtinguitur inter teſtatorem ſciẽtem & ignorantem. Ad contraria argumenta reſpondent, legatum rei feudalis non valere, quãtum attinet ad praeiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad haeredis praeiudicium. Sic dicimus fundum dotalem

A alienari non poſſe, nec fundum minoris, nec res reſtitutioni ſubiectas: & tamen in his legatum valet, quantum ad aeſtimationem, l. cum pater, § cum pater, de legat. 2. & notatur in l. apud Iulianum, §. conſtat, de legat. 1 *Conſtat* (inquit tex.) *res alienas legari poſſe, etiamſi difficilis earũ paratio ſit*. Quod vero dicebatur, legatum eſſe inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere reſpondent, vbi teſtator ſciens ius extinctum iri; quia tunc ſaltem aeſtimano debebitur, argum. d l cum alienam, ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.

Ego in hac difficultate dico tria; Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quę adfertur ad l. quod In rerum, §. 1. de leg 1. vt nimirum in ea ſpecie debeatur aeſtimatio, ſi teſtator non ignorauerit ius ſuum morte extinctum iri. Verba tex. haec ſunt: *Si vſumfructum habeam, eumq́, legauerim niſi poſtea proprietatem eius nactus ſim, inutile legatum eſt*. Si teſtator ipſemet vſumfructum

B habebat, proculdubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit tex. *inutile legatum eſt*. Idem dicit tex. in l. vxor patrui, C. de leg.

Secundo dico, non videri mihi ſolidum illud argumẽtum, quod ſumitur ex l apud Iulianum. §. conſtat; de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantũ ad aeſtimationẽ, cum res legata alienari non poteſt; quia non ita ſimpliciter ille tex. loquitur, ſed hoc modo *Si vero, inquit, Saluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundũ, Albanũ, qui principalibus uſibus deſeruit, legauerit quis, furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item Campũ Martium, aut forum Romanum, aut aedem ſacram legari non poſſe conſtat Sed & ea praedia Caeſaris, quae in formam patrimonij redacta ſub procuratore patrimonij ſunt, ſi legentur, nec aeſtimatio eorum debet praeſtari; quoniam commercium eorum, niſi iuſſu Principis non eſt, cum diſtrahi non ſoleant*.

C Vides, vt puto, quantum hęc à rebus feudalibus diſtent, quae, vt omnibus palam eſt, quondie diſtrahuntur? Ergò non eſt ſolidum, vt dixi, argumentum ex d. §. conſtat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quaeſtionem, dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, quae res valeat potius, quàm pereat, l. quoties, ff de rebus dub. & aeſtimationem regulariter deberi rei alienae à teſtatore ſciente relictae, & eandem aeſtimationem deberi, licet talis ſit res, quam legatarius capere non poſſit, vt in l ſed ſi res aliena, de leg. 1. & in l filiusfam. § ſi quid, ff. eodem. Tamen iſtis omnibus inſuper habitis, exiſtimo non valere legatum, etiam quoad aeſtimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinario defuncti. Nam ſi non valet, vt habet textus in argumento prioris ſententiae citatus, ſequitur, vt non debeatur aeſtimatio: Sic enim valeret, ſaltem quoad aeſtimationem. Sed

D quod non valet, inutile reputatur, & nullum producere poteſt effectum; aut profeſtatur legis alicuius teſtimonij quo legatum ſit inutile, & tamen valeat, quoad aeſtimationem. Nulla ſanè profectò poteſt; quia videtur implicare contradictionem, legatum non valere, inutile eſſe & valere, & vtile eſſe, quantum ad hoc, vt aeſtimatio debeatur, quid enim eſt aliud rei aeſtimatio effectu, quàm quodammodo res ipſa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienae iure Canonico valeat.

SCribit in haec verba Greg. Pont. Max. In c. de Teſtamentis ad Epiſcopum Meſalinum: *Filius noſter Fauſtinus conqueſtus eſt, quod quondam Peltrafius pater ſuus aliqua Eccleſiae noſtrae ſepulturę ſuę gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges ſeculi hoc habent, ut hęres ad ſoluendum cogatur, ſi autor eius rem legauerit, alienam*

alienam Sed quia lege Dei, non autem huius ſeculi uiuimus, ualde mihi videtur iniuſtum, ut res tibi legata, quę cuiuſdam Eccleſiæ eſſe perhibentur, a te teneantur, qui aliena reſtituere debuiſti. A

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure Canonico non valere; docuerunt Panorm. ibi, & in c. cum eſſes, eo. ti. Gloſ. Alexand. Iaſon & Sichard. in l, cum alienam, C. de legatis.

Sed quoniam Greg. loquitur de eo, qui legauit rē alienam, quæ alicuius Eccleſiæ erat, idcirco autoritate eiuſdem tex. alij docent legatum rei alienæ, quæ ſit Eccleſiæ alicuius, iure Canonico non valere. Ita Inno. Ant. But. Auch. & Imola in d. c. filius. Rano eſt: quia res Eccleſiæ alienari non poſſunt, niſi adhibitis ſolennitatibus, a iure requiſitis, iuxta c. ſine exceptione, 12. q. 2. & quoties non poteſt niſi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum eſt inutile, etiam iure Ciuili, l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum ſumunt, rem alienam inuito domino ſub prætextu legati detineri non poſſe, ſed reſtituendam eſſe domino, licet legatarius petere poſſit æſtimationem eius ab hærede. Ita Glo. in eũdem locum, & Andreas Siculus, Salyc. & Caſtrenſ. in d. l. cum alienam, C. de legat. Corneus in conſ. 32. lib. 1. B

Denique Couuar. in Commentarijs d. c. filius, & Frãc. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 9. ti. 10. nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum eſſe docuerunt, præter quam in ea ſpecie, de qua loquitur Greg. cũ videlicet Eccleſiæ teſtator legauit rem alterius Eccleſię ſepulturæ ſuæ gratia, & filios hæredes inſtituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat; tunc enim nec res legata debetur, nec eius æſtimatio. Hæc ſententia videtur mihi cęteris probabilior, quod vt planũ faciam, integram epiſt. Greg. hic adſcribam. ea reperitur lib. 7. Epiſt ad Epiſcopũ Meſalinum his verbis cõſcripta: C *Filius noſter Fauſtinus vir eloquentiſſimus ad nos ueniens, queſtus nobis eſt, quod pater eius quondam Pelrafius aliqua neſtra Eccleſię ſepulturę ſuę gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re ſeculi leges habeant, & ipſe noſti, & nos audiuimus, quia hæres ad ſoluendum cogitur, ſi autor eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem veſtram lege Dei, non autem legibus ſeculi nouimus viuere, valde mihi iniuſtum uidetur, ut calix electrinus & puer qui cuiuſdam Eccleſię in poſſeſſione eius poſita Diœceſeos Conſentinæ Eccleſię eſſe perhibetur, a tua fraternitate teneatur. Cum enim & vir Reuerendiſſ. Palumbus Epiſcopus, tunc uero Archidiaconus ita fuiſſe teſtatus eſt, uos omnino eius fidei credere, & aliena reſtituere debuiſtis. Tabulam uero auream, quam prędictus uir moriens pariter reliquit, conſiderare, ut arbitror, debuiſtis, quę eſſet ſumma eius ſubſtantię, ſi quid eſſet unde hi, quos reliquerat, ſuſtentari debuiſſent, & tunc pro ſepultura eius accipere, quamuis noſtrum inſtitutum noueris, nos illicitam antiquam conſuetudinem a noſtra Eccleſia omnino uetuiſſe, nec cuiquam aſſenſum prębere, ut loca humani corporis precio poſſint adipiſci.* D Hactenus epiſt. Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab inſtituto relicta nominatim an à ſubſtituto repetita cenſeantur.

LEgata nominatim ab inſtituto relicta non uideri a ſubſtituto repetita, docuerunt magis communiter Doct. teſte Menochio, qui refert, nominatim autores lib. 4. de præſumpt in 2. par. pręſumpt 108. nu. 14. addo Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 8. ti. 2. nu. 15. Repugnãtes ſunt Cũ & Caſtrenſ. ad l. licet. de leg. 1. & Alc. de pręſum reg. 2. pręſ 35. quibus me ſocium lubẽs adſcribo. referam prius vtriuſque ſententię argumenta, tum, cur magis probem pauciorum ſententiam paucis declarabo.

Argumentum communis ſententię primum eſt ex l. ſi plures, de leg. 3. Paulus: *Si plures gradus ſint hæredum, & ſcriptum ſit, hæres meus dato: ad omnes gradus hic ſermo pertinet, ſicuti hæc verba: quiſquis mihi hæres erit. Itaque, ſi quis velis non omnes hæredes legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his: nominatim damnare debes.*

Secundũ ex l. Celſus, §. quod alicuius, de leg ſecundo. *Quod alicuius hæredis nominatim fidei committitur, poteſt videri ita demum dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet hæres.* Hactenus Iuriſconſultus.

Tertium eſt ex l. 1. § id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quę ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hęreditatem, non augebuntur, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſunt, non quiſquis mihi hæres erit.*

Quartum eſt ex l. 1. C. ſi omiſſa ſit cauſa teſtamenti, ſed non video, quo modo faciat ad rem. Poſtremum eſt ex eo, quod cum nominatim legatur, onus perſonæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, arg l. nonnunquam, ff. ad Trebel.

Contrariæ ſententiæ argumenta ſunt hæc. Primum, quia certum eſt legata ab inſtituto relicta videri à ſubſtituto repetita, l. licet, de leg. 1. ergo etiam repetita videntur cum nominatim relicta ſunt ab inſtituto: quia ſi, uerbi gratia, vnus tantum ſit inſtitutus, & ab inſtituto legatum relinquatur, eſt perinde, ac ſi nominatim relicta eſſent, arg. l. 2. ff. de lib & poſtum. & tamen repetita a ſubſtituto etiam hoc in caſu cenſentur. Confirmari poteſt argumẽtum: quia nominatim legatum accipiendum eſt, quod a quo legatum ſit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non ſit, l. nominatim, de leg. 3.

Secundum eſt ex l. non iuſtam, C. ad Trebellian. vbi auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta, rogata erat hæreditatem reſtituere, & tex. dicit deberi etiam a ſubſtituto fideicommiſſum, licet aliter inducat Paul. Caſt.

Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falc perpendendo illud verbum, *non augebuntur legata*, ex quo ſignificatur, ſaltem deberi a ſubſtituto, quod nominatim relictum erat a cohærede.

Poſtremum argumentum eſt: quia ſi teſtator nominatim onere legati grauauit inſtitutum, quem magis dilexit, multo magis cenſetur noluiſſe grauare ſubſtitutũ, quem minus dilexit. argum. l. Publius, §. 1. ff de condit. & demonſt.

Iam cur repudiata communiori ſententia in aliam deſcenderim, illud argumentum effecit, quod in ea ſpecie, de qua tex. loquitur in l. non iuſtam, C. ad Trebellia. erat fideicommiſſum relictum nominatim, & tamen etiam ſubſtitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Reſcripto Imperatoris Antonini, quo declaratum eſt, legata ſeu fideicommiſſa etiam a ſubſtituto repetita videri; a quo quidem Reſcripto, cum diſcedendum eſſe ex coniectura voluntatis teſtatoris reſponderit Iuriſc. & coniecturas etiam adiecerit in l. licet, de leg 1. ſi hæc, de qua agitur, ſufficiens eſſet coniectura, cum ſcilicet ab inſtituto nominatim relictum eſt legatum vel fideicõmiſſum, probabile eſt eum aliquam mentionem facturum fuiſſe huius exceptionis, & coniecturæ, quando ſcilicet nominatim ab inſtituto legatum vel fideicommiſſum relictum eſt: nulla autem prorſus mentio facta eſt in d. l. licet. nec alibi: Ergo non eſt legitima hæc coniectura, ſed vt ob oculos verſetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. *Non iuſtam ſe gerere ſolicitudinẽ* (verba ſunt Dioclet. & Maxim) *per fideicommiſſum relictę portionis hęreditatis perſpicimus, uerentem, ne fructum amittas relicti fideicommiſſi, quoniam auia teſtatoris ex parte hęres ſcripta, & tibi rogata reſtituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommiſſum) *calliditate ac fraude repudiauit, ut ad alium nepotem, eundemque cohęredem deuoluatur portio, à quo ſibi nominatim non fuerat fideicommiſſum relictum, & coacta ſuſpectam hęreditatem adire, prius quam pro hęrede gereret, rebus ſit humanis exempta: cum D. Antonino parenti noſtro*

stro deberi etiam à substitutis fideicommissum, contemplatione iudicij testatoris quasi tacite ab his repetitum iamdudum placuerit.

Vides his postremis uerbis nullam adhiberi distinctionem, vtrum nominatim relicta sint legata, & fideicommissa ab instituto: nec illud mouere Imperatorem, quod ana rogata esset restituere; quod sanè aliud nō est nisi nominatim relictum ab ea fuisse fideicommissum, argum. l. nominatim, de leg. 3. & tamen respondit etiam a substituto repetitum uideri.

Ad primum & secundum argumentum respondeo, cum nominatim ab aliquo hærede relictum est legatū, vel fideicommissum: siue cum hæredum aliqui nominatim ac specialiter onerati sunt a testatore, cæteros hæredes oneratos non esse, si iura spectemus, quæ fuerunt ante Rescriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod sanè tempus referendæ sunt leges allegatæ. Cæterum, post Rescriptum Seueri aliter respondendum est, nempe, legatum, uel fideicommissum ab instituto relictum, censeri a substituto repetitum. Huius rei testis est Vlpianus, in l. si Tino, 61. § Iulianus, de legat. 2. sic dicens: *Si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum esset ab eo fideicommissum relictum, cohæredem eius cogendum non esse fideicommissum præstare. portionem enim eius ad cohęredem sine onere pertinere; sed post Rescriptum Seueri* (nota) *quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem.*

Ad l. 1. §. id quod ex substitutione, ff ad leg. Falcidiā respondeo, non eam esse Iurisconsulti sententiam, ut legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui est cohęres, & ei substitutus est; sed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet etsi substitutus portionem alterius consequatur, nō tamen est æquum, quàm teneretur, si non ex substitutione eius portionem fuisset consecutus; Itaque si, exempli causa, portio eius legatis sit exhausta, quo in casu Quartam ex lege Falcidia retinet, nō debet integra legata soluere, licet consecutus sit ex substitutione portionem cohęredis, si legata scilicet a cohærede nominatim relicta sint: licet enim legata repetita cēseantur ab ipso substituto, quæ ab eius cohærede relicta fuere, tamē quarta pars ex lege Falcidia ei debetur absque omni onere legatorū, tam ex portione sua, quam cohæredis sui: & ideo illa minui non debet propter legata a cohęrede relicta nominatim. Cæterum, si testator dixisset; quisquis mihi hęres erit, dato, tunc cohæredis portio prodesset legatarijs: etenim, is hęres esset solus, & solus ad omnia legata pręstanda obligatus vna sola Quarta totius hęreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri sententię suffragatur.

Ad postremum argumentum respondeo, iure quidē summo ita respondendum esse, vt onus legatorum hęreat personę, cui est iniunctum, nec ad substitutum transeat. Cæterum, aliud dicendum est, post Rescriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad substitutum onus legatorum, & fideicommissorum transiret, quę ab instituto relicta sunt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Episcopo, sub nomine proprio, an Ecclesia adquiratur?

SEquor & ipse communiorem sententiam; legatum Episcopo relictum, etiam proprio eius nomine expresso ab extraneo, Ecclesię contemplatione relictum videri, autoritate textus in ca. requisiuisti, de test. in illis verbis: *In primo casu distinguendum est, vtrum relinquatur Episcopo ab extraneo, an a propinquo, si ab extraneo generaliter verum est, quod præsumitur esse relictum intuitu Ecclesię, non personę, unde Cathedralis Ecclesia de illo potest Canonicam petere portionem, &c.*

Licet enim non loquatur textus expressè in ea specie, qua de agimus, vbi scilicet proprium Episcopi nomen expressum est, verba tamen & hanc speciem complectūtur; sunt enim generalia. ibi: *Generaliter verum est*, &c. Et ratio id suadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Episcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla causa inductus uideri possit; quamobrē etsi nomine proprio eum appellauerit, id fecisse non ei donandi animo, sed demonstrandi potius quis esset, præsumitur. Quæ cum ita sint, & satis clarè constituta, non possum satis mirari in contrarium sententiam quenquā permouisse exemplum serui, qui vni ex dominis nominatim stipulatus est, vt in l. si communis, seruus, ff de stipul. seruor. est enim exemplum longè alienum, perquam dissimile, non ad speciem istam pertinens. Nihil autem perniciosius est in quæstionibus decidendis, quam omissis ad rem commodatis testimonijs, ea conquirere, quæ planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumenti speciem præ se ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum Canonicis relictum, cui acquiratur, Ecclesiæ ne, an Capitulo: an ipsis singularibus personis.

SI Canonicis legetur, non ipsis singularibus personis non Ecclesiæ, sed Capitulo siue collegio communi legatum interpretor in obscura testatoris voluntate; quanquam multi ijque grauissimi interpretes aliter existimauerint, vt videre licet ex Menoch. de præsumpt. lib. 4 in 2. parte præsumpt. 113. Fundamentum pono in simili, legis: Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. secunda, ff. de reb. dub. Ergo similiter & cū Canonicis legatur, Collegio uidetur relictum, Ciues repræsentant Ciuitatem, Canonici Collegium, siue, vt loquimur, Capitulum. Non ratio, non oratio dispar. Ecclesiæ non videtur relictum, quia non est ratio, non lex. Nam Ecclesiam is, qui ei præest, refert, non Canonici qui subsunt, & ideo, si Episcopo legetur, uidetur intuitu Ecclesię relictum, ut in cap. Requisiuisti, de testa. non idem in relicto Canonicis est constitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. annua, § Attia, ff. de annuis legatis, quoniā in ea specie Sacerdoti & Aedituo templi relictū est. Quamobrem ait Scæuola: *Ministerium quidem designatorum designatum, sed datum templo* Non acquiritur, nec datum intelligitur singularibus personis, quia non ille est modus legandi personis singularibus; significatur enim dignitas vel officium potius, quam persona; Sicut cum legatur Ciuibus. Et ideo, si dissolutum sit collegium, legatum manet ab eo, a quo est relictum, l. pater, §. Tusculanus, de leg. 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an verò etiam de secunda intelligendum sit?

SI vxori suæ testator legauerit, ea defuncta, quę tēpore testamenti erat: secundę, quam postea duxit, & quę mortis tpe superest, legatū deberi interpretor. Argumēto vxor ex l cognatis, ff. de reb. dub. illis verbis: *Cæterum, si quis testamenti facti tempore cognatum non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur.* Et loquitur Iurisconsultus in ea specie, qua quis cognatis legauerit, ut in principio legis dicitur, ibi: *Si cognatis legatum sit*, &c. Est & aliud argumentum ex l. cum ita, §. in fideicommisso,

de leg. 2. *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionē veniūt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur*, &c. Nō offendor, l. si quid earum, § vl. de leg. 3. illis verbis: *At quę prioris vxoris causa parata sunt, ita posteriori debentur, si ei adsignata sunt: quia nō est ita de posteriore vxore cogitatū, si cum pararentur*, &c. Hæc enim sunt dissimilia. Nam id vxoris causa parasse videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, si aliqua parauit prioris vxoris causa, non potest videri parasse posterioris causa, nisi sicut priori tradidit, ita & posteriori assignauerit. Nostra autem disputatio non est de his, quæ parata sunt, sed de his, quæ simpliciter legata vxori: illa traditionem, siue adsignationem postulant, qua cessante non possunt dici parata: hæc ex nuda testantis voluntate pendent, qui non mutato testamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmasse videtur. Vide Menochium lib. 4. de præsumpt in 2 parte, præsumpt. 122.

CAAPVT XLIII.

Vsusfructus domus si legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur.

SCribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, quę alteri insulę hęreditariæ debeatur, hoc modo: si ille hæredi meo promiseris per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vsumfructum do, lego. Vel sic: ædium illarum, quoad altius, quàm vti nunc sunt, ędificatę non erunt, illi vsumfructum do, lego*. l. Proculus, ff. de vsufructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus autoritate docent nostri communiter, proprietatem hac specie legatam videri, licet enim diserte id Pomponius non dicat, tamen perpendunt illa verba: *Insulam posse ita legari*, &c. Ergo insula his verbis legata videtur, & consequenter proprietas ipsius insulæ. Et ratio est; quia vsusfructus appellatio proprietatem continet, quoties sub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus esse potest. Vsusfructus enim morte vsufructuarij, & alijs modis ad proprietatem suam natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita cōstituit, vt possit esse perpetuus, videtur proprietatē reliquisse, sed eam vsusfructus verbo propterea notasse, quod restituenda erat conditione adueniente. Ideo in proposita specie, simile est, ac si diceret testator: Lego insulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus est insulæ is, cui legatur, vt restituere debeat, si altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent nostri, vt videre licet ex Commentarijs in d. l. Proculus, & ex aliis locis, quos Commemorat Menochius de præsumpt. li. 4. in 2 parte, præsumpt. 133. num. 2.

Sed contrarium docuit Arius Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 42. & 43. C. de bonis maternis, quem ego veritatis amans potius, quàm opinionum sequor. Principio enim certum est, legati verba vsumfructum continere, non autem proprietatem: ergo non aliter a verbis recedendum erit, quàm si constet de voluntate testatoris, l. non aliter, de legat. 3. Deinde nullum verbum est apud Pomponium, quo significetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat: *Insulam ita posse legari*, subdit tamen, *hoc modo si ille hęredi meo*, &c. Ex quibus uerbis sequentibus perspicuum est, Pomponium intellexisse, Insulā posse legari, sicut infra exempla posuit: vtrum autem, si ita legetur, vt in exemplis positis intelligatur insulæ proprietas relicta, necne, nō edisserit Pomponius. Hoc enim duntaxat explicare voluit, insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, quæ alteri insulæ hæreditariæ debeatur, non autem id in animo habuit explicare, vtrum si legetur vsusfructus insulæ eo modo, ut in exemplis adiectis, intelligatur esse proprietas relicta. Quare eius responsum præcipuum a nobis erit perpendendum; non quia vnum uerbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum sumere aduersus verborum naturam & significationem: Neque enim satis idonea illa est coniectura. Porrò, quod dicitur in ea specie, legatum vsumfructum videri sub modo, quo potest esse perpetuus, nihil obstat, quia id negari potest. Etenim, si altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vsusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod si non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, sicut regulariter extinguitur, § finitur, in Instit. de vsufructu. Neque enim hoc expresse dixit testator, aut necessariò ex uerbis eius colligitur perpetuò, & sic etiam ad hæredem legatarij peruenturum vsumfructum ædium, si non altius tollantur. Nullum verbum est in ea lege, quo id significetur. Et cum alioqui vsusfructus morte finiatur, dicendum est, etiam in ea specie finiri: Immo & amitti quoque, si altius tollentur ædes. Neque enim Regulæ Iuris interpretatione nostra violandæ sunt, sed potius tuendæ. Denique, si dicatur frustra illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, nisi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non possit. Respondeo, non tantò accidere; ut testatores frustra aliquid exprimant, & adijciant, quod tacite inest, & a lege suppletur aut intelligitur. Deinde id efficere testatoris modum, & conditionem expressam, vt lagatarius vsufructu cadat, si altius tollere ædes uoluerit, licet enim alioqui potestatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen ita re cautum est, si ædes altius tollat, eum priuari vsufructu. Atque ita sentio.

CAPVT XLIV.

Si prędij vsusfructus fuerit in testamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non possit, vtrum proprietas relicta censeatur.

RVrsus controuertitur; Testamento relictus est prædij vsusfructus, ea lege, ut alienari non possit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi sanè Interpretes, & multi negant, ut videre licet ex Menochio de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsump. 133. num. 3. Omnis cardo in hoc versatur, quod si non proprietas intelligatur relicta, frustra uideatur alienandi prohibitio legato inserta. Cum inter omnes constet, vsufructuarium alienare non posse rem, cuius vsumfructū habet. Et ideo pro huius sententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vsufructu, & quemadmodum quis vtatur de qua in præcedenti capite multa diximus, ut sicut in ea specie id operatur altius tollendi, prohibitio vsusfructus legato inserta, vt proprietas intelligatur relicta, ne frustra prohibitio inserta uideatur, neque enim fructuarius altius ædes tollere potest; ita etiam in hac specie respondendum sit; id efficere alienationis prohibitionem, ut relicta uideatur proprietas. Sed cùm fundamētū istud valde sit infirmum, ut patet ex his, quæ disputauimus in præcedenti capite, magis probatur contraria sententia, nō uideri proprietatem relictam, atque ita hāc rem interpretandam esse, ut adiecta esse uideatur illa prohibitio a testatore in eum modum, quo sæpè fieri solet, ut nō necessariæ conditiones, & quæ tacitè insunt legatis inserantur, & ut hoc efficiat expressa testatoris prohibitio, vt si alienatio fiat, legatū amittatur. Verba enim legati ad vsufructum, non autem ad proprietatem pertinere manifestum est, ac proinde non licet ab eis recedere, nisi uoluntatis coniectura sit in contrarium, perspicua; non etiamsi & ualde incerta sit, & aliter, vt uerbis non aduersetur, commode interpretari queat.

CA-

CAPVT XLV.

Si vsusfructus prædij sit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

E Contrario controuertitur, si legetur prædij vsusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædiū; vtrum proprietas relicta esse intelligatur. Tres sunt Doctorum sententiæ; Vna relictam censeri proprietatem. Secunda, non censeri. Tertia, distinguēdum, an libera data si facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur esse relicta; an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochiū de præsumpt. lib. 4. in 2. parte, præsumpt. 133. num. 4.

Ego eorum sententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri responderunt. Nam, vt quis vsusfructuarius sit, & simul alienandi potestatem habeat, cohærere hæc duo non possunt. Et cum alienandi potestas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, consequens est, vt licet in specie proposita vsus fuerit testator vsusfructus vocabulo, tamen non vsumfructum, sed proprietatem legare voluisse existimandus sit.

Contraria sententia longè infirmo nititur fundamento; quia videlicet alienandi potestas illi concessa esse intelligatur, qui eam non habuit: Vsufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à testatore: Cui dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum esse legatarium proprietatis, non autem vsusfructus: quoniam vsusfructus naturæ id pugnat. Voluit igitur testator, vt rei proprietas ad legatarium spectaret, & vsusfructus verbo abusus est.

Distinctio verò allata nullum habet firmamentum, sicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vsusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt post mortem suam illud legatarius alteri restitueret, an relicta proprietas intelligatur.

DEnique & illud controuertitur. Legauit quis prędij vsumfructum, & à legatario petijt, vt illud post mortem suam alteri restitueret; Vtrum intelligatur proprietas relicta.

Vide Menochium de præsumpt lib. 4. in 2. par. præsumpt. 133. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplector, nisi testator imperitia lapsus, ita dixerit; Quia scilicet putauerit vsumfructum morte nō extingui. Moueor autoritate l. vlt. ff. de vsufructu ear. rer. quæ vsu consumuntur. Martianus: *Cum pecunia erat relicta Titio, vt post mortem legatarij ad Mæuium rediret; quamquam adscriptum sit, vt usum eius Titius haberet: proprietatem tamen legatam; & usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, diui Seuerus et Antoninus rescripserunt.*

Item autoritate l. species, ff. de auro & argen. legato; Scæuola: *Species auri & argenti Seię legabit, & ab eo petijt in hęc uerba: A te Seia peto, ut quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, restituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum usufructus tibi sufficiet, dum uiues. Quęsitum est, an usufructus argenti & auri solus legatarię debeatur. Respondit uerbis, quę proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Excepi casum imperitiæ testatoris autoritate l. qui vsusfructus, ff. de vsu, & vsufructu legato. Papinianus: *Qui fructus prędiorum uxori reliquit, post mortem eius prędia cum reditibus ad hęredes suos redire uoluit, imperitia lapsus Nullum fideicommissum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non pręteriti temporis demonstrari uidebantur.*

Contraria sententia eo nititur argumento, quod verba testatoris vsusfructus legatum, non autem proprietatis significent. Et ideo iniunctum esse videatur onus fructuario, qui bonorum possessionem habuit, eam restituendi. Et in legibus allegatis pro sententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita responsum fuisse, quia testator proprietatem legauit; sed quia, vsus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate recessisse, & responsum est, non recessisse; sed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad istam responsionem attinet, ego animaduerto illam non malè ad l species, ff. de auro & argento leg. accommodari posse; quia testator ibi reuera legauit species auri & argenti: deinde vsusfructus verbo, vsus fuit, dicens; *Quarum rerum usufructus tibi sufficiet* & aliquo modo etiam aptari ad l. vltimam, ff. de vsufructu earum rerum, dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio*, &c. deinde: *Quanquam adscriptum sit, ut eius usum Titius haberet*, &c.

Sed nihilominus eas leges pro superioris sententię firmamento rectè adferri censeo, quia non in eo vim ponunt, quod prioribus verbis testator proprietatem legasset; id enim facilè negari potuisset, propter sequentia verba, quibus vsusfructus relictus erat; sed in eo est fundamentum positum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam restituere post mortem suam iussus fuit. Sic enim colligitur vsusfructus mentionem factam, non quia legato solus vsusfructus contineretur; sed quia ad instar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò post mortem suam restituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iurisconsultus existimauit; quoniam non potest illud onus restituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarij extinguitur vsusfructus, & ideo res statim redit ad proprietatem. Istud illis verbis textus indicat in dicta l. vltima: *Et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius*, & in dicta l species, illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Quod autem dicitur verbis legati vsumfructum contineri, non inficior. Sed res tota cum omnibus circumstantijs perpendenda est, nempe, legatum esse vsumfructum cum onere post mortem restituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicommissi, & vsusfructus videatur à testatore mētio facta, quia res post mortem restituenda erat à legatario, ut dictum est.

Ad extremum, quod subijcitur videri fructuarium hoc in casu iussum restituere post mortem suam eā possessionem, quam adeptus erat, (Est autem possessio naturalis, l. naturaliter, ff. de acquirend. possess.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis casibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere posset, & tamen responsum est, legatam videri proprietatem cum onere fideicommissi. Neque enim intelligi hoc potest, ut is, qui morte omne ius ammittit, id restituendi facultatem habere possit. Aliud enim est Iurisconsultis subtiliter res intuētibus, nihil iuris habere post mortem; aliud verò illud, quod habuit restitui ab eo alteri oportere. Prior species repræsentat morte ius finiri simpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) posterior non simpliciter finiri, sed alteri restituendum, quod proprietario conuenit; Quid enim si is, cui post mortem restituere debet, uel nollet accipere, uel non posset, uel conditio deficeret? Certè illud maneret apud grauatum, & hæredes eius l. una, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de caducis tollend.

CAPVT XLVII.

De vxore relicta vsufructuaria liberis extantibus, atque hæredibus institutis controuersia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta.

VSu forensi frequens ea est disputatio, quæ versatur circa vsumfructum vxori relictum, omnium bonorum liberis hæredibus institutis; vtrum ad alimenta tantum restringatur. Latè verò, & copiose tractatur à Gabrielo, lib. 5. Commun. conclus. 11 de Vsufructu concl. 2. Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 9. titu. 7. Menoch. de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 139 Simone Preto de interpret. vltimar. volunt. lib. 4. dubitatione 10. num 45. cum pluribus sequent. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 144. Ex quorum scriptis nõnullæ tractari possent controuersiæ, sed quoniam eo fundamento nituntur, quod sanè mihi infirmum videtur; ideo illis posthabitis, ipsum illud fundamentum aggrediar, in controuersiam reuocabo, & fortè etiam expugnabo; neque enim tanti Doctorum placita, & opiniones facere soleo, vt eas nostri iuris conditoris præferendas existimem.

Fundamentum, de quo verba facere institui, est in quadam consuetudine positum, cuius Bulgarus mentionem fecit; vt si filij extent, & à patre hæredes instituantur, tunc vsusfructus mulieri relictus ad alimenta tantum restringatur. Neque enim credendum est, patrem magis consulere voluisse vxori suæ, quàm liberis; atque adeo ipsis auferre vsumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, vt in §. prohibemus, in Authen de Triente & Semisse. Quod maximè dicendum est, cùm *Domina & vsufructuaria est* relicta, ne testator, qui hæredes filios instituit, id est, dominos esse voluit, statim mutata voluntate, eos dominio priuare voluisse existimetur.

Existimo hanc sententiam iuris nostri autoribus non esse consentaneam, atque adeo ea testatoris voluntate verum vsumfructum relictũ videri; dominamq́ue censeri relictam vxorem, scilicet quantum ad ius vtendi & fruendi, donec vixerit, excepta tamẽ filiorum legitima, cuius, & proprietas, & vsusfructus ad filios spectat. Quod si alicubi consuetudo sit contraria, & ita hoc legatum interpretetur, vt alimenta duntaxat contineat; tunc seruanda illa erit, quatenus legitimè introducta apparebit. Hoc enim ego contendo, illam iuri nostro repugnare. Vtor autem argumento ex ipsa verbi natura, & significatione petito, nempe *Vsusfructus*, qui sanè, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris nostris, neque ex alijs animaduerto: Et quidem integer extat titulus de vsufructu mulieri relicto, C. si secundo nupserit mulier, &c. & agitur de eo etiam in Authen. de nuptijs, & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maximè mouet, Imperator Iustinianus in Authent. de Triente & Semisse, § prohibemus, eos reprehendit patres, qui vxori rerum suarum vsumfructum relinquunt, quia videntur auferre suis filijs alimenta, & prohibet deinceps relinqui; quia vult legitimæ portionis proprietatem simul, & vsumfructum ad filios pertinere; quæ sanè reprehensio, & querela, non erat necessaria, si vsusfructus vxori non debeatur, sed tantum alimenta. Audiamus verba Iustiniani, vt res clarius demonstretur: *Prohibemus autem, & illud graue existens, & habens quidem aliquam legalem occasionem, in duram tamen incidens crudelitatem, & amaritudinem* (Nulla sanè erit crudelitas, amaritudo nulla, si ad alimenta tantum restringatur, vt patet) *Nouimus enim aliqua testamenta secundum quę morientes non paternè, nec ut viros oportebat; sed nimis molliter atque remisse fecerunt institutiones. Vxoribus siquidem omnem dereliquerunt rerũ suarum vsumfructum: filijs autem proprietatem nudam* (Nulla esset opus reprehensione, si ad alimenta tantum

A restringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filijs esse relicta) *Quamobrem arbitror studium esse huiusmodi testamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filijs forte fame peremptis* (Hæc ratio cessat, si de alimentis accipiatur) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum nihil eis derelicto, uxoris iure forsitan, & irrationabili intercedente, quod eis etiam quotidianam gubernationem arripiat?* (Et hæc ratio etiam nulla est, si recipiatur illa interpretatio) *Non licebit igitur de cætero vlli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitimę partis, quã nunc deputauimus, & usumfructum insuper, & proprietatẽ relinquere, si vult filiorũ non repente fame morientiũ, sed viuere valẽtiũ vocari pater:* Res sanè perspicua est, proinde alia non adijcio, ne in re clara sim nimius; Et sic eam testatoris dispositionem accipio, atque interpretor, ut excepta filiorum legitima, in reliquis bonis vsusfructus ad vxorẽ pertineat, ac proinde his repugnantem sententiam, ac interpretationem valere iubeo. Consuetudine, si quę est in loco, manente in suo robore.

B

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certæ ab extraneo, an sit purum, vel conditionale.

NOn videtur mihi admodum difficilis hæc quæstio, licet enim controuersia sit, vt patet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntat lib. 11. tit. 21. & ex Menoch de præsumpt. lib. 4. in 2 par. pręsumpt. 146. satis tamen diserte deciditur in l Titio centum, § Titio genero, ff. de cond & demonst. Nam cùm Papinianus ibi dicat: *Ante nuptias Titio uel muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud hęredem manere*, satis apertè indicauit, non esse purum eiusmodi legatum, sed sub conditione: quia purum legatum ad hęredes transmittitur, non conditionale, l. vna, §. sin autem aliquid, C. de caduci.

C tollen. Idem iuris est in legato, quod sub modo fieri dicitur; etsi enim casu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamẽ debetur, l. si fundum per fideicommissum, §. primo, aliàs est l si Titio, de leg. 1. l pater, § Tusculanus, de leg. 2.

Huc accedit text. in § sed hoc præsenti, in Authen. de sanctiss Episcop ibi: *Si quis forte sub conditione nuptiarũ siue liberorum, siue dotis causa siue antenuptialis donationis donauerit, siue reliquerit suis liberis, siue alijcuicunque personę hęreditatem, aut ab initio purè relinquens eis*, &c. Quibus verbis apparet, dotis causa relictum, non intelligi purè relictum, sed sub conditione.

Quæ sanè interpretatio ac sententia euidenti ratione confirmatur. Nam dos sine matrimonio esse nõ potest, l. 3. ff. de iure dotium, l. vltima, C. de donat. ante nuptias. Ergo vt dotis causa, seu nomine pecunia relicta præstetur, matrimonium contrahatur necesse est: Et ideo promissio dotis tacitam conditionem habere dicitur, si nu-

D ptiæ sequantur, leg. promittendo, ff de iure dotium, stipulationem, leg dotis, ff. eodem. Et ideo scribit Vlpianus: *Si ego Seiæ res dedero, vt ipsa suo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem sint datę, sed condictione tenebitur*, l. si ego, ff eod.

Primum argumentum contrariæ sententiæ est ex l. qui filium, ff vbi pupillus educari debeat. Iulianus: *Qui filium heredem instituerat filię dotis nomine, cùm in familia nupsisset, ducenta legauerat, nec quicquam præterea; & tutorem ei Sempronium dedit: Is à cognatis, & propinquis pupillæ perductus ad magistratus iussus est alimenta pupillæ, & mercedes, ut liberalibus artibus, instrueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factæ sorori suæ ducenta legati causa soluit*, &c.

Respondeo, puberem factum filium spontè, nõ quod obligatus esset, soluisse: neque enim antequam nuberet,

beret, tenebatur soluere; quia sub conditione apertè legauerat, cum scilicet in familia nupsisset, nec ea de re Iurisconsultus ibi respondit, sed obiter, & ad alium finem narrauit filium soluisse; quare nihil ad rem nostram facit.

Secundum argumentum est, quia quoties legati causa commodum respicit legatarij, tunc non inducit conditionem, sed modum, l. Titio centum, § 1. ff. de condit. & demonstr. sed talis hæc est causa; respicit enim puellæ commodum, vt nubere possit. Ergo, &c.

Respondeo, in d. l. Titio centum, §. 1. non probari, quod asseritur; quia Iurisconsultus appellat illam conditionem: *Titio centum relicta sunt*, inquit, *ita vt Mæuiam vxorem, quæ vidua est, ducat. Conditio non remittetur*, &c. Propositio tamen illa probari potest ex eadem lege, in principio: *Titio*, inquit, *centum ita, ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cauere, Sextus Cæcilius existimat: quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret*, &c.

Respondeo, legati causam in hac specie nostra non respicere tantum ipsius legatarij emolumentum, immo verò etiam futuri mariti, immo & Reipublicæ, cuius interest mulieres esse dotatas, & nubere, l. 1. ff. sol. matr. Et consequenter argumentum cessat.

Tertium argumentum est, quia dictio *Pro*, non importat conditionem, sed causam significat, c. cum olim, de censib. cap. in nostra, de immt. vel denotat modum, l. Lucius, § peto, de leg. 2. l. si quis pro redemptione, C. de donationibus.

Respondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legato dotis, sed ex natura eius; quia dos sine matrimonio esse non potest, vt dictum est, & ideo dos relicta ita debetur, si matrimonium fuerit secutum, quod nihil est aliud, quam sub conditione deberi ipsius matrimonij futuri.

Quartum argumentum est ex d. l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonstr. In illis verbis: *Sed cum ante nuptias (quia purum legatum est) peti potest*. &c. Quibus verbis patet eiusmodi legatum purum esse.

Respondeo, non eum esse illorum verborum sensum, quod legatum nomine dotis, de quo in principio §. fit mentio, purum sit: id enim purum non esse, sed sub conditione, satis ex eo probatur, quod textus postea dixit, *ante nuptias Titio uel muliere defunctis legatum apud heredem manere*; sed sensus est, si legatum fit purum, hoc est, sine mentione dotis & nuptiarum, tunc cautionem necessariam esse. Itaque in illis verbis non agit Iurisconsultus de ea ipsa specie, de qua in principio agit, sed ponit aliam speciem, cum uidelicet legatum purum est, & tunc respondit circa cautionem, vtrum sit necessaria.

CAPVT XLIX.

Si legetur puellæ sub conditione, si fuerit matrimonio copulata Seio; vtrum legatum debeatur contractis nuptijs, ante copulam carnalem.

LEgatum in proposita specie non deberi ante copulam carnalem, respondit Baldus in consilio 200. In causa ista considerandum est. libro 3. quem secutus est Rolandus à Valle, de lucro dotis, quæst. 108. nu. 3. eo argumento, quod testator videatur de matrimonio intellexisse, quod perfectum, & consummatum fuerit, & sic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potissimum euenit, argumento text. in ca. vlt. de conuers. infidelium. ibi: *Ac ex hoc legitima commixtio maris & fœmina magis matrimonium, quam patrimonium nuncupetur.*

Cæterum, contrarium respondit Vlpianus, in l. cum fuerit, 25. ff. de cond. & demonstr. sic dicens: *Cum fuerit sub hac conditione legatum; si in familia nupsisset, uidetur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quam-*

A *uis nondum in cubiculum mariti uenerit: Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

Sed dices, non hæc est species Baldi, quia testator alijs verbis vsus est in specie Baldi, nempe, *si per matrimoniū copulabitur Seio*. Sed quid aliud est per matrimonium copulari, quàm nubere, matrimonium inire, contrahere cum Seio? Itaque summa ratione Baldi responsum improbatum est à multis, quos Menochius refert, & sequitur, de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 148. num. 9 & sequen. nisi apparuerit eam fuisse mentem testatoris, vt matrimonium concubitu etiam consummatum esset.

CAPVT L.

In legato vsusfructus habeatnè locum ius accrescendi inter coniunctos uerbis tantum?

B SI Titio & Mæuio æquis portionibus vsusfructus legetur, iuri accrescendi inter eos locum non esse existimo, autoritate nixus Papiniani, in l. penul. ff. de vsufructu accresc. *Cum singulis ab hæredibus singulis eiusdem rei vsusfructus legatur, fructuarij separati uidentur non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset: unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit*. Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus, libro primo, de iure accrescen. capitulo decimo, in fine quia cum vnaquæque vsusfructus pars hæreat personæ, cui adscripta est à testatore, deficiente persona, finitur, & ad proprietatem redit, §. finitur, in Institut. de vsufructu.

Atque ita responderunt præter Duarenum loco annotato, Petrus Besatius, ad l. re coniuncti, de leg. 3. nume. 33. Crotus ibidem, numero 44. Politus, numero 46. Ripa, num. 69. Vasquius de successionum creatione, libro 1. §. 10 num. 118.

C Sed contrarium responderunt multi alij, quos isti referunt, quibus accedant & alij, quos refert & sequitur Menochius de præsumpt. lib 4. in secunda parte, præsumpt. 159. nu. 7. Fundamentum ponunt in l. 1. ff de vsufructu accrescendo Vlpianus: *Quoties vsusfructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus. Cæterum, si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat.*

Si locus est iuri accrescendi, quoties coniunctim vsusfructus legatus est, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti sunt. Respondeo, Vlpiani verba esse accipienda de coniunctis re, & verbis, aut re tantum, cum scilicet totus vsusfructus singulis relictus est, partes autem concursu fiunt. Interpretationem istam probo primò ex l. coniunctim, de leg. 3. *Coniunctim heredes instituti aut cōiunctim legari* (inquit Celsus) *hoc est, totam hereditatē, et tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.* Secundò ex eodem Vlpiano, in l. 4. ff eod. tit. illis verbis: *Totiens ius adscribendi esse, quoties in duobus, qui in solidū habuerunt, concursu diuisus est.* Hoc autem accidit inter eos, qui re, & verbis, aut re tantum, sunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantum.

D Rursus probo ex d. l pen. vbi disertè Papinianus indicat, non esse locum iuri accrescendi inter eos, quibus vsusfructus æquis portionibus est relictus.

Respondet Menochius post Ripam, hoc modo: *Cæterum respondet Ripa, in d. l re coniuncti, nu. 68 ibi nullo modo fuisse coniūctos: non verbis, quia erant separatim vocati Non etiam re; quia partes censentur ab initio facta pro portionibus ipsis hæreditatis ipsorum heredū, à quibus erat relictū, iuxta l. cui fundus, ff de cond. & dem* Hactenus ille.

Hæc responsio mihi non probatur, quia textus loquitur de his, qui uerbis sunt coniuncti. Sic enim ait: *Non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset* Isti aūt dicuntur verbis coniuncti, vt notum est, inter quos ius accrescēdi locum habere in

 vsufru-

vsufructu manifestè Papinianus indicat; & huic coniunctioni illã æquiparat, de qua nominatim quærebatur, cũ videlicet singulis ab hæredibus singulis eiusdẽ rei vsusfructus legatur. Nam quia relictus censetur pro portionibus hæreditarijs singulorum hæredum, idcirco ait ius accrescendi cessare, quia fructuarij separati sunt non minus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus esset: tunc enim quilibet diuersam ac separatam portionem haberet, siue in oratione separata relinquatur, siue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel administratori legetur; quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam administrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex dolosa administratione.

VLpianus: *Si quis rationes exigere vetetur (vt est sæpissimè rescriptum) non impeditur reliquas exigere, quas quis ipse reliquauit; etsi quid dolo fecerit, qui ratione gessit. Quod si quis & hac velit remittere, ita debet legare: Damnas esto hæres meus quicquid ab eo exigeris hac vel illa ratione, id ei restituere, vel actionem ei remittere*, l. si quis 19 ff. de lib. legata.

Iulianus: *Quidam decedens filijs suis dederat tutores, & adiecerat, eosq; alogistas esse volo. Et ait Iulianus, tutores nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere; quamuis testamento comprehensum sit, vt alogistæ essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi, quicquã consequi debebunt, vt ait Iulianus: & est uera ista sententia. Nemo enim in publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus constitutam: Damnum verò quodcunque ex tutela quis senserit, & legari, & per fideicommissum ei relinqui potest*, l. quidam decedens, ff. de admin. tutor.

Harum legum autoritate controuersia oritur; an tutor, seu alius administrator ex dolosa administratione possit conueniri, quoties ei legatur quicquid ex administratione futura eum debere constiterit. Autores diligenter commemorat Menochius, de præsumpt. lib. 4. in 2 par. præsumpt. 164. num. 7. & 8. Et qui affirmant administratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendunt, qua cauetur dolum futurum remitti non posse tutori seu administratori, ne scilicet occasio delinquendi præbeatur.

Qui vero negant, administratorem teneri, & conueniri posse, verba posteriora considerãt, quibus dicitur legari posse damnum, quod ex tutela quis senserit, vel damnari hæredem posse ad restituendum id, quod *hac vel illa ratione* (scilicet dolosam ab administrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam administratori.

Sed hoc postremum argumentum nullius mihi videtur esse momenti; quia existimo in vtraque lege iurisconsultum loqui de legato eius, quod debetur ex præterita administratione, non ex futura, vt ea sit sententia; non posse quidem ita tutorem a rationibus liberari, vt non teneatur, si dolo egerit, & bonam fidem in administratione non præstiterit; sed tamen posse ei damnum legari, vel per fideicommissum relinqui, quod iam quis senserit, ex administratione facta: vel, si aliquid exactum ab eo est, eam ob causam, vt restituatur, mandari, aut etiam actionem ipsam in testamento remitti. Dolus enim præteritus remitti potest, non antem futurus, l. si vnus, § pacta, ff. de pactis.

Vt, inquam, huius sim sententiæ, duo faciunt argumenta. Primum est, quia iurisconsultus dicit in d. leg. quidam decedens, *neminem ius publicum remittere posse huiusmodi cautionibus*: Videretur antem remittere posse, si tutores liberate posset ab omni ratione administrationis, etiam non bona fide gesta, quia occasio delinquẽdi præberetur. Sed eadem occasio delinquendi præbe-

A retur, atque adeo ius publicum læderetur, si legari posset futuro administratori, quicquid ex mala & dolosa administratione deberet: sic enim esset idem, ac si a dolo futuro liberatus esset, atque ab omni ratione administrationis, licet dolo factæ. Ergo non possunt dictæ leges intelligi de legato eius, quod debetur ex futura administratione, sed intelligi debent de eo, quod debetur ex præterita administratione.

Alterum est argumentum ex l. iurisgentium, § si paciscar. ff. de pactis, in illis uerbis: *Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, seruari hoc non oportet, nec legatum, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, seruandum*. Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam esse probat Cuiacius lib. 1. Obseruat. cap. 14.

Si igitur legatum non ualet contra ius commune, ve luti, ne quis furti agat, vel iniuriarum, si fecerit: non ualebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduersus tutorem, neque ab eo quidquam exigat, etiam si do-
B lo fecerit. Id enim est contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, ut demõstretur legatum, si fiat in eum modum, non ualere. Sed in proposita specie illud etiam amplius accedit argumentum, quod generali oratione illa testatoris, non uidetur dolus administratoris includi, argum. l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, & l. si pater, ff. quæ in fraudem credit.

CAPVT LII.

Si testator ita dixerit, lego Sempronio, quod Caio legaui vtrum uideatur Caio adimere legatum.

CElebris est controuersia inter Bartolum, & Dynum, de qua post ueteres Interpretes in l. re coniuncti, de leg. 3. nouissimè disputant prolixè accuratèque Mantica, de Coniecturis vltimar. uolunt. lib. 12 tit. 4. Menoch. de præsumpt lib. 4. in 2. par. præsumpt. 173
C num. 9. Si testator ita dixerit: *quod Caio legaui, Sempronio lego*. vtrum videatur Caio legatum adimere, an verò simul ad illud inuitare Caium & Sempronium, eosque faltem ad coniungere eadem re legata, vt sic *vnusquisque* concursu partem dimidiam consequatur. Affirmat Bartolus coniungi, non autem adimi legatum Caio. Negat Dynus, & docet legatum prorsus Caio adimi, atque in Sempronium transferri. Vterque magni nominis. Inter pres multos habet adstipulatores, tam veteres, quàm recentiores. Ego me Dyno lubentius ad gratiorem patio, a quo stare Caium, Iustinianumque animaduerti. Caius in l. 4. ff. de adimen. legat. *Sicut adimi legatum potest, ita & ad alium transferri, veluti hoc modo: Quod Titio legaui id Seio do, lego. Quæ res in personam Titij tacitã ademptionem continet.*

Iustinianus de adempt. legator. in Instit. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit: Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do, lego,*
D *siue in eodem testamento, siue in Codicillis hoc fecerit: quo casu simul & Titio adimi uidetur, & Seio dari.*

His testimonijs quid clarius, firmius, illustrius? Mitto nugas recensere, quæ pro responsione adferuntur. Refelluntur a Menoch. nullo negocio, nec sunt relatu dignæ.

Pro sentẽtia Bartoli adfertur primò Ll. pluribus. de legatis 1. in illis verbis: *Quod si separatim si quidem euidentissimè apparuit ademptione a priore legatario facta, ad secundum legatarium testatorem conuolasse, solum posteriorem ad legatum peruenire placet: Sin autem hoc minimè apparere potest, pro uirili portione ad legatum omnes uenire:* scilicet, &c.

Respõdeo, in specie nobis proposita euidentissimè apparere, ademptione a priore legatario facta, ad secundũ legatarium testatorem conuolasse. Attestantur id Caius, & Iustinianus, dum dicunt: *Simul & Titio adimi, & Seio dari: & in personam Titij* (prioris legatarij) *tacitam ademptionem continere.*

Secundò

Secundò adfertur textus in l. quod si alij, ff. de adim. legatis. Vlpianus: *Quod si alij legetur sub conditione, quod alij purè legatum est, non plene recessum videtur à primo; sed ita demum, si conditio sequentis extiterit.*

Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum vni legatur sub conditione id, quod alteri purè legatum est, in vtroque legatum consistit: quia nisi conditio eueniat, non videtur priori legatario ademptum. Quod si conditio extiterit, ademptum videtur. Ergo idem, quando nulla conditio adijcitur, & sic quod vni purè legatur, alteri similiter purè legatur; tunc enim priori videtur ademptum.

Tertiò adfertur textus in §. si eadem, Institut. de legatis: *Si eadem,* inquit, *res duobus legata sit, siue coniunctim siue disiunctim, si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreuerit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio & Seio hominem Stichū do, lego. Disiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego. Seio hominem Stichum do, lego.*

Respondeo, hęc esse dissimilia. Aliud enim est dicere: *Titio hominem Stichum do, lego Seio hominem Stichum do, lego.* Aliud vero, quod Titio legaui Caio lego: siue Stichum, quem Titio legaui, Seio lego. Priore casu dicuntur esse re coniuncti legatarij, & ambo ad solidum vocati, & sic concursu partes faciunt; Posteriori autem non sunt coniuncti, sed tacitè vni ademptum legatum est, & in alterum translatum.

Quartò, adfertur l. Iulianus, ff. de hæred. instit. Vlpianus: *Iulianus quoque libro 30. refert: si quis ita heredes scripserit, Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto: dubitari posse vtrum in tres semisses diuidere voluerit hereditatem, an verò in vnum semissem, Seium & Sempronium coniungere, quod est verius & ideo coniunctim eos uideri constitutos sic fiet ut Titius, semissem, hi duo, quadrantes ferant*

Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum dicit testator; *quod Titio legaui, Caio do, lego*, verba referuntur ad rem ipsam legatam, quæ secundum communem vsum loquendi ademptionem significant. At cum dicit; *Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Caius heres esto,* verba referuntur ad partis assignationem; Vult enim testator ambos esse hæredes, vt scilicet concurrant singuli pro dimidia. Atq; idem esset dicendū, si testator diceret; *Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui,* hic enim concurrerent, cum verba referantur ad partis assignationem. quæ responsio est Duareni, in dict. l. si pluribus, de leg. 1.

CAPVT LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iustiniani de restitutionibus.

CVm quis rogatus est, per fideicommissum restituere, quicquid ex hæreditate superesit, potestatem habet bona fide, non autem animo interuertendi fideicommissum, omnia alienandi, si prudentum responsa spectentur, l. Titius, ff. ad Trebellian. Cæterum, à Iustiniano in Nouella, de Restitutionibus, aliter est constitutum: Sic enim statuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommissario restituere teneatur, reliquo autem dodrante, sicut voluerit, vti possit. Sed controuersia est, quomodo id accipiendum sit; vtrum dodrantem hæres absq; vlla causa alienare possit. Aliquibus enim visum est interpretibus posse, aliquibus non posse: alijs distinguendum, vtrum alienatio dolo fiat, scilicet causa euertendi fideicommissum, & id constet, & tunc non valeat; an verò dubium id sit, nec appareat factam fuisse alienationem causa euertendi fideicommissum, & tunc valeat, & promissa sit. Vide Menochium in consilio 334. nume. 60. A lib. 4. & de præsumptio. lib. 4 in secunda parte præsumpt. 188. num. 12.

Ego vero omnem hanc disputationem definiri à Iustiniano satis disertè in eadem Nouella affirmare nō dubito. Sic enim ait; *Sancimus usque ad Falcidiam solum suę institutionis necessitatem habere formare eum, qui oneratus est fideicommissi restitutione: & non posse aliquid penitus ex illa minuere sufficiens existens: sed hęredi quidem supersint tres partes, illi autem quartę solius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus est etiam donationibus uti aliquibus & forsan ex studio, quod Papinianus dicebat interuertendi fideicommissi causa, ut etiā quarta minuatur institutionis eius sed hoc omnino relinquere fideicommissum alijs omnibus in eius positis potestate, & licētiam habere cum ijs, sicut uoluerit uti quemadmodum perfectis dominis competit.*

His verbis Iustinianus mandat quartam partem integram restitui fideicommissario, prohibetque eam minui, vel donationibus, vel alijs causis, præsertim ex studio B euertendi fideicommissum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato liberè assignat, vt sicut voluerit, eis vti possit, tanquam perfectus dominus. Igitur donare possit tres illas partes grauatus hæres, eisque vti, sicut voluerit, etiam animo seu studio fideicommissum interuertendi. Hoc etiam discrimen est constitutum ab Imperatore inter ipsam quartam fideicommissario restituendam, & cæteras partes, vt illa minui non possit donationibus, vel alijs modis studio euertendi fideicommissum, cæteræ autem partes possint. Itaque non de singulis verbis disputare oportet, sed tota orationis series contemplanda est illius constitutionis: sic enim apparebit controuersiam istam planè definitam esse. Atque ita mihi videtur.

CAPVT LIV.

Si testator legauerit puellæ, si nupserit, mille, sin autem C *Monasterium fuerit ingressa, ducenta; an si Monasterium ingressa fuerit, mille consequi valeat.*

ANtiqua, & peruulgata hæc est controuersia. Si testator puellæ, si nupserit, mille legauerit; si autem Monasterium ingrediatur, ducenta; vtrum si Monasterium ingressa fuerit, mille possit consequi: affirmant Bartol. ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi. Negat Bald. in Authent. Nisi rogati, C. ad Trebellian. Alios vtrinsque sententiæ sectatores collegit Antonius Gabrielius, libro quarto, commu. conclus. tit. de legatis, conclus. 2. Negantis sententiæ fundamentum est in voluntate clara testatoris. Affirmantis illud est, ne puella à voto Religionis, & vitæ contemplatiuæ remoueatur, argumento textus in § Sed & hoc præsenti, in Authent. de Sanctiss. Episcop. Respondent contrariæ sententiæ autores, illud argumentum locum habere, quoties testator nihil puellę D legat, si Monasterium ingrediatur: tunc enim, etsi sub cōditione nuptiarum, uel dotis causa leget, nihilominus legatum debetur, etsi non nubat, sed Monasterium ingrediatur, vt constituit Imperator Iustinianus in dict. § sed & hoc præsenti. Cæterum in præsenti specie testator legat puellæ ducenta, si Monasterium ingrediatur, quare & voluntas testatoris est certa, & simul declaratur, quid, & quantum puellæ debeatur, si Monasterium ingredi velit: quam speciem Imperator non attingit in dicta Constitutione. Responderi posset, si eum nihil est legatum puellæ Monasterium ingredienti, totum habere debet: quod sub conditione nuptiarum ei est relictum, vt in ea constitutione cauetur. Ergo, si aliquid sit ei relictum, multo magis illud petere, & præterea supplementum vsque ad quantitatem sub conditione nuptiarum relictam consequi debebit. Non uidetur enim esse ratio differentiæ. Immò maior ratio pro legatario. Sed nostrum non est officium, ita leges interpretatione extendere, ut speciem

speciem

ciem diſſimilem contineant. Eſt enim hoc nouam potius legem condere. Diuerſitatis ratio illa eſt; quod in propoſita ſpecie, puella peteret repugnante teſtatoris voluntate, duplicem ob cauſam; Prima, quia mille legauit, ſi nuberet. Secunda, quia ducenta legauit, ſi Monaſterium ingrederetur. Quod vero Iuſtinianus ſtatuit, in eo duntaxat teſtantis voluntatem offendit, quod nuptiarum conditioni non ſatisfacit. Sed religionis fauor, & caſtitatis merito facit, vt inſuper haberi conditio debeat.

CAPVT LV.

Ad l. filia legatorum, C de legatis, diſcutitur controuerſia inter Oldradum, & Dynum de patre, qui filiæ ſuæ pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit viuens dote conſtituta, & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia reſiduum ex legato petere poſſit.

IMperator Alexander in l. 11. C. de legatis: *Filia legatorum*, inquit, *non habet actionem, ſi ea, quæ ei in teſtamento reliquit, viuus pater poſtea in dotem dedit*. Sed vetus eſt controuerſia inter Oldradum, & Dynum. Pater quadringenta dotis nomine reliquit, Poſtea viuus ducenta in dotem dedit; vtrum filiæ ad reſiduum petendum actio competat.

Oldradus competere affirmabat, Dynus id negabat. Bartolus vero diſtinguebat, vt ſi pro dote, ſeu dotis nomine relicta ſint in teſtamento quadringenta, tunc reſiduum petere poſſit filia: ſecus ſi pro ea maritanda pater relinquat, quia ſi minori quantitate in dote data, matrimonio tradita ſit, legati reſiduum petere non poteſt. Cæterum Baldus, Caſtrenſis, Iaſon, Cornens, & cæteri communiter in Commentarijs dict. l. filia legatorum, ſententiam Oldradi amplexi ſunt, ſed Dyni ſententiam defendit Campegius, de Dote, par. 1. q. 36.

Ego probabiliorem eſſe puto Oldradi ſententiam duabus potiſſimum rationibus. Prima, quia fundata eſt intentio filiæ in teſtamento, in quo legatum continetur, ad quod petendum, & conſequendum actionem dari palam eſt; Ergo, ſi filia egerit, & opponatur exceptio illa: Patrem inter viuos ei dotem dediſſe; Et ideo non poſſe eam petere legatum, replicabit illa, ſe non accepiſſe à patre totam quantitatem Teſtamento relictam. Altera eſt ratio quia cur legatum peti non poſſit, ſi pater ea, quæ legauit, viuens in dotem dederit, illud in cauſa eſſe intelligitur, quoniam legatum tacitè ademptum videtur ex defuncti patris voluntate. Nam legata ex coniectura voluntatis tacitè adimi poſſunt, l. 4. ff. de adim. leg. Hæc autem eſt fortis coniectura voluntatis, quia pater dedit filiæ id, quod ei legauerat. Ergo, ſi partem duntaxat dederit, & non totum, quod teſtamento reliquit; deinde non mutato teſtamento decedat, certè nec reuocatum pro illa parte, quæ ſoluta non eſt, intelligi poteſt. & magna eſt coniectura, & præſumptio patrem voluiſſe, vt præter dotem datam reſiduum quoque, quod legato continetur, filia conſequatur.

CAPVT LVI.

Ad l. cum filiofam. de leg. 1. controuerſia circa vltimæ voluntatis patris ſententiam.

PApinianus ita ſcribit in l. 11. de legat. 1. *Cum filiofamilias, uel ſeruo alieno legatum, uel hęreditas datur, fideicommitti patri, vel domino poteſt, ac tum demū ex perſona ipſorum fideicommiſſum uires capit, cum ipſis, per quos commodum hęreditatis uel legati, patri, dominove quęritur, fideicommiſſum hęreditatis relinquitur. Denique Iulianus non inſubtili ratione motus, patrem, cuius filius hęres inſtitutus eſſet, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hęreditatem reſpondit, quoniam ex perſonæ filij teneretur: Ipſi uerò filio non admiſſa Falcidia: quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater non vt hęres, ſed vt pater rogari videretur. Et ideo, ſi filio rogatus ſit pater poſt mortem ſuam, quod ad ſe peruenit ex legato, vel hęreditate filio relictis, reſtituere; iſq; viuo patre decedat, omnino patrem id retenturum, quoniam fideicommiſſum ex perſona patris vires acceperit.*

Poſterioris partis ſententia admodum obſcura videtur, & dubia, quoniam verba textus ex contrario ſenſu indicant, ſi extraneo rogatus ſit pater reſtituere, & extraneus interim moriatur, patrem non retenturum fideicommiſſum, quod falſum eſt; quia eiuſmodi fideicommiſſum eſt conditionale, ideoque moriente ante hæredem grauatum eo, cui relinquitur, euaneſcit, nec tranſmittitur ad hæredem ipſius, cui relinquitur, l. 4. ff quando dies legat. cedat, l. hæres meus, ff. de cond & demon. Conſequenter apud ipſum grauatum, à quo relictum eſt, manet, l pater, §. Tuſculanus, de leg. 3. l Iulianus, de leg. 2. l. vna, § ſin autem ſub conditione, C. de cadu. tollend. Si dicatur idem eſſe iuris, cum extraneo rogatus eſt pater reſtituere, illud obſtat, quia textus conſtituere videtur diſcrimen inter vtramque ſpeciem, quod ſi nullum ſit diſcrimen prorſus indubitabile ſit reſponſum Iuriſconſulti.

Quid Gloſ. quid Bartolus, & alij in medium attulerint apud Iaſonem, qui refert & refellit, legi poteſt. & qui Pauli Caſtrenſis ſententiam ſecutus eſt, quam rectè refellit Alciatus lib. 5. Paradox. cap. 14. Vtinam ſic ille probabile aliquid dixiſſet: Sed ita ferè accidit, vt facilius ſit aliorum dicta reprehendere, quam non reprehendenda dicere.

Ego probabilem exiſtimo Iacobi Cuiacij ſententiam, eamque amplector lib. 10. Obſeru. cap. 38. cuius ſumma hæc eſt; Non idem eſſe reſpondendum, cum extraneo, pater reſtituere rogatus eſt, & extraneus viuo patre decedit; tunc enim hæreditas quidem fit caduca, ut conſtat ex legibus ſupra citatis. Sed pater eam non retinet, quia tranſit ad fiſcum. Neque enim eo tempore, quo Papinianus reſpondit, caduca erant ſublata, vt poſtea ſublata ſūt ex l. vna, C. de cadu. tollend. & ideo ad fiſcum pertinebant, vt patet ex Fragmentis Vlpiani, titu. 17. Cur autem eo in caſu, quo pater extraneo reſtituere rogatus eſt in ea ſpecie, de qua Papinianus loquitur, ad fiſcum hæreditas tanquam caduca pertineret, & non in altero caſu, cum pater filio reſtituere rogatus eſt, illa eſt ratio: quia cum extraneo reſtituere rogatus eſt pater, tunc nō vt pater, ſed vt hæres rogatus eſſe intelligitur: Cum autem filio rogatus eſt reſtituere, intelligitur rogatus, vt pater, non ut hæres. Id patet ex uerbis præcedentibus eiuſdem legis, ibi: *Extero quidem habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hæreditatem reſpondit; quoniam ex perſona filij teneretur; ipſi vero filio non admiſſa Falcidia; quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater, non vt hęres, ſed ut pater rogari uideretur*. Cum igitur non intelligatur rogatus vt hæres, ſed vt pater, ſi filius viuo patre moriatur, hæreditas ad fiſcum tranſire non poteſt, & ideo pater eam retinet. Non tranſit autem ad fiſcum, quia ſoli hæredi onus caduci irrogauit, non ei, qui non eſt hæres, & ideo cum in priori caſu, quo extraneo rogatus eſt reſtituere, vt hæres intelligatur rogatus, onus caduci locum habet, & fiſco hæreditas defertur. Onus autem caduci ad hæredes ſolos pertinere certum eſt: quia ſic erat conſtitutum lege Papia, vt fiſcus ea vindicaret, quæ apud hæredem remanſura erant. Hoc patet: nam ſi apud alium, quam hæredem, puta legatarium remanſura eſſent caduca, fiſcus ea vindicare non poterat, ſed legatarius ea retinebat, l. Iulian. de leg. 2. Sic igitur, & quæ apud patrem, non ut hæredem, remanſura eſſent, fiſcus uindicare non poterat. Erat enim odioſa lex illa, adeoque Iuriſconſultis diſplicebat, vt interpretationibus ſuis, quoad eius fieri

poſſet,

posset, eam semper coercerent, & contra fiscum facilè respondérent, si vel minima subesset dubitandi materia, vt patet ex l. intercidit, ff. de condi. & demonst. l. quęret, ff. de verbo. signific. l. vlt. ff. de his quibus vt indig. l. Diui, §. vlti. ff. de iure codicill. l. secunda, ff. de auro & argent. leg. & testatur Iustinianus in dicta l. vna, post principiú, C. de caduc. tollend. Quare & in ea specie, qua pater non vt hæres rogatus videri poterat restituere, merito eum hæreditatem vel legatum retenturum respondit Papinianus; quod sanè in altero casu locum habere non poterat, quo pater hęres restituere tenebatur. Nullus enim iustus color, ac prætextus erat fiscom excludẽdi: & ideo nec pater retinere eo in casu caducam hæreditatem potuisset; quæ ratio effecit, vt de eo tãtum casu loqueretur Papinianus, quo filio pater restituere rogatus esset.

CAPVT LVII.

Innocentij III. Pontificis Maximi responsum in c. cum tibi, de testam sitnè iuris ciuilis regulis consentaneum?

INnocentius III. Pontifex Maximus scribit in hæc verba: *Cum tibi de benignitate.* Et infra: *In secunda quæstione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.*

Controuersia est, vtrum hoc responsum sit iuri ciuili consentaneum, & dubitationem facit, quod secundum iuris ciuilis regulas testamentorum iura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere, l. illa institutio, ff. de hæred. instit. Nõ placet Glossæ interpretatio aliud esse iure Ciuili constitutum, aliud ex Canonum æquitate; quia quoties Summus Pontifex à iuris Ciuilis rigore recedit, id prolixè & disertè solitus est exprimere. Alij dixerunt Innocentium loqui, quãdo in alterius voluntatem non confertur principalis testamenti dispositio, sed tantum alteri committitur electio hæredis incerti ex certis. Non rectè; tum, quia id iure ciuili permissum esse non satis probatur, tum quia Innocentius disertè loquitur de eo, qui extremam voluntatem simpliciter & absolutè committit in alterius dispositionem, non autem de eo, qui tantum committit electionem. Illa nec mihi placet interpretatio, quæ communiter recepta est, vt declarat Couuar. in relectione illius Capituli, Innocentium loqui de eo, qui suam vltimam voluntatem alterius dispositioni cõmittit, vt scilicet ad pias causas bona sua distribuat, argumento l. nulli, & l. si quis ad declinandam, C. de Episc. & Cler.

Nam Innocentius loquitur eo in casu, quo is, qui in alterius dispositionem suam committit vltimam voluntatem, nihil per se prorsus ordinat, vel determinat, quid, cui loco, vel personæ conferri debeat. Id patet ex integra ipsius Innocentij epistola, quæ habetur libro 3. epistolar. eius epist. 38. Annsidorensi Episcopo, cuius verba hæc sunt: *Cum sibi de benignitate Sedis Apostolicæ sit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium liberè in tua potestate ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali semouere, quod aliquando inter te, & tuos Canonicos est subortum, super duobus nos consulere voluisti. Primo, an appellatio vocabuli Clericorũ, tam ad Canonicos, quam ad non Canonicos extendatur. Secundò, an illi, qui in dispositione & voluntate alterius suam committunt vltimam voluntatẽ, nihil per se penitus ortus ordinantes, nec determinantes quid, cui loco, vel personæ cõferri debeat, dicãtur decedere intestati: Primæ igitur Consultationi tuæ duximus respondendum, quod appellatio Clericorum non solum alios, sed etiam Canonicos comprehendat: In secundo vero dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non uidetur decedere intestatus.*

Prior pars epistolæ continetur in cap. cum tibi, de ver

A bor. signif. Ex qua interpretari debemus & posteriorem, vt nimirum intestatus non dicatur is decedere, qui suam vltimam voluntatem in alterius dispositionem committit, quantum ad effectum, de quo ibi quæritur, nempe, ad hoc, vt cesset indultum Episcopo priuilegium de reb. Clericor. disponendi, qui ab intestato decedunt. Nam cum clericus decedens, alterius arbitrio suam vltimam volunt. committit, satis dicitur testari, ac declarare, se nolle, vt ea potestas sit penes Episcopum, verum penes aliũ, cuius prudentiæ & arbitrio totum committit. Huius in arbitrium alterius commissionis circa legata, textum habemus in l. prima, de legat. secundo, in l. fideicommissa, 46. de fideicommiss. liber. Circa vero distributionem in pios vsus, textum in l. si quis ad declinandam, C. de Episcop. & Cleric. Vt minimè mirandum sit, si & in ea specie admittatur ad Excludendum Episcopum. Non igitur illud erit propriè testamentum, non Codicillus, sed mentis testatio & declaratio morientis, cui rerum suarum dispositionem mandarit, vt proinde non dicatur esse intestatus, ita vt ius disponendi ad Episcopum pertineat.

B

CAPVT LVIII.

An legatum conferri in alienam voluntatem possit?

TRia sunt hac de re certa & explorata: Vnum autem dubium & controuersum est. Primo certũ est, legatum conferri posse in voluntatem legatarij, l. si ita expressum, ff. de condi. & demonstr. l. si ita, §. illi si volet, de leg. 1. Secundò certum est conferri non posse in liberam hæredis voluntatem, l. Senatus, §. legatum, de leg. 1. Tertiò conferri posse in hæredis voluntatem, si non libera sit, sed quasi boni viri arbitrium accipiatur, l. fideicommissaria, 46. ff. de fideicommiss. liber.

C Illud autem dubium & controuersum est, vtrum in voluntatem extranei conferri possit. Nam pugnare videtur, l. nonnunquam, ff. de condi. & demonstr. cum l. 1. de legat. 2. Modestinus scribit in dicta l. nonnunquam: *Nõ posse utiliter his uerbis legari: Si Mænius uoluerit, Titio decem dato. Nam in alienam uoluntatẽ conferri legatũ non potest, licet utiliter ita legari possit. Titio decem do, lego, si Mænius Capitolium ascenderit, quamuis in arbitrio Titij sit, an Capitolium ascendat & uelit efficere, ut Titio legatum debeatur.* At contra Vlpianus in d. l. 1. *In arbitrio alterius conferri legatum ueluti conditio potest quid enim interest: Si Titius in Capitoliũ ascenderit mihi legetur, an si uoluerit?* Vlpianus in d. l. fideicommissaria, 46. ff. de fideicommiss. libert. *Sed si ita adscriptum sit,* inquit, *si Seius uoluerit, Stichum liberum esse uolo. Mihi uidetur posse dici ualere libertatem: quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset; si Titius Capitolium ascenderit.*

D Communis est interpretum sententia, legatum posse in extranei arbitrium conferri, tanquam boni viri, non autem in liberam voluntatem, sicuti explicat Couuar. repudiata cuiusdam Lusitani contraria sententia, in relectione cap. cum tibi, numero septimo, de testamen. Sed non hinc tollitur repugnantia, quæ est inter Vlpianum & Modestinum, dum ille negat legatum in alienam voluntatem expresse conferri posse, tacitè autem veluti, si Titius Capitolium ascenderit, posse. Vlpianus autem affirmat conferri posse, nec vllum statuit discrimen, an dicatur, si Titius voluerit, vel si Titius in Capitolium ascenderet. Certè nodus difficillimus est adeo, vt hanc esse antinomiam insolubilem dixerit Sarmientus, post Emanuelem Costam, quem refert libro secundo, Selectar. Interpretat. cap. 6. numero 29. Si quid probabiliter adferri potest, id mihi videtur attulisse Iacobus Cuiacius libro secundo, Obseruat. c. secundo. *Sed omissis,* inquit, *Interpretum traditionibus, ut hæc uerba: Si Titius uoluerit, dupliciter accipiam, inclinat animus. Aut enim his uerbis totum testator in uolũtate Titij posuit, ut is arbiter,*

& quasi

& quaſi dator legati ſit: & hoc ſit inutiliter, dicta l. nonnunquam. Aut hæc verba pro conditione accepit, in hunc ſenſum, ſi fortè accidere aliquando, vt Titius uelit, & hoc non ſit inutiliter; Aequè enim ualet legatum, atque ſi obſcuriratione ſit res collocata in uoluntatem Titio, vt puta, ſi Titius Capitolium aſcenderit, & hoc ita Vlpianus tradit in l. 1. de legat. ſecundo. In arbitrium, inquit, *alterius conferri legatum ueluti conditio poteſt: quid enim intereſt, ſi Titius Capitolium aſcenderit, an ſi uoluerit, ueluti conditio, id eſt, quaſi conditio. ſed malim legere ueluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Vlpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic accipiendum eſſe reor, vt in aliena uoluntate, quaſi conditione legatum poni poſſit, l. Senatus, §. legatum. Nam in l. fideicommiſſaria, 3. ff. de fideicommiſſar. libert. Idem auctor ideo libertatem ita relictam, ſi Titius uoluerit, deberi ait, quod conditio potius ſit, ſcilicet, quam legati dandi merum arbitrium, & huic conditioni eo etiam loco illam, ſi Titius in Capitolium aſcẽderit, parem facit omnimodò,* Hactenus egregiè Cuiacius.

CAPVT LIX.

Legatum an in uoluntatem hæredis conferri poſſit ad interpretationem l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. libert.

VLpianus ita ſcribit: *Fideicommiſſaria libertas ita dari poteſt: Hæres ſi uolueris, fidei tuæ committo, vt Stichum manumittas, quamuis nihil aliud in teſtamento poteſt valere ex nutu hæredis.* Et paulo poſt: *Quod ſi ita ſcriptum ſit,* inquit, *ſi hæres uoluerit: non ualebis Sed ita demum, ſi totum in uoluntate fecit hæredis, ſi ei libuerit. Cæterum ſi arbitrium illi, quaſi bono viro, dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Hic difficultas oritur primo, quia legatum in uoluntatem hæredis conferri non poteſt, l. Senatus, §. legatum, de leg. 1. Vlpianus autem reſpondit poſſe. Secundò, quia poſtquam Vlpianus reſpondit poſſe, quaſi mutata ſententia reſpondit non poſſe, ſi de libera uoluntate intelligatur. Et tamen ſupra in principio de libera uoluntate locutus eſt, dum dixit: *Hæres ſi uoleris,* quia innuit ibi nihil aliud ualere arbitrio hæredis ita relictum, recepta libertate, conſequenter de libera uoluntate locutus eſt; quia conſtat arbitrio hæredis tanquam viri boni non ſolum legatum libertatis, ſed & alterius rei ualere.

Veteres Interpretes dixerunt, Vlpiani uerbis poſterioribus priora corrigi, quod nequaquam videtur veriſimile. Ricardus autem de Salyceto dicebat, in prioribus verbis Vlpianum loqui de hæredis arbitrio non libero, ſed tanquam boni viri, propter illa verba: *Fidei tuæ committo,* ſed fruſtra, quia non ſolum libertas: ſed & alia committi poſſunt hæredis arbitrio tanquam boni viri, l. ſi ſic, de lega. primo, l. prima, de leg. ſecundo. Et tamen Vlpianus indicat nihil aliud ita relictum poſſe valere. Præterea, Vlpianus loquitur de ea conditione, ſi hæres voluerit, ſimpliciter & abſolutè, non autem de illa: *arbitrio tuo, ſi tibi uidebitur,* de quibus poſtea inferius loquitur.

Raphael Cumanus ad l. illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtit. dicebat fideicommiſſariam libertatem ita relictam, *ſi hæres uoluerit,* valere non autem directam. Initio autem legis loquitur Vlpianus de fideicommiſſaria. Id patet ex illis verbis: *Fidei tuæ committo,* ſequentibus autem verbis de directa loquitur libertate recta. Sed non probatur mihi hæc ſententia, vti neque Decio, ad l. captatorias, C. de milit. teſtamen. quia nec fideicommiſſaria libertas debetur, ſi in liberam hæredis voluntatem conferatur: ſed opus eſt, ut boni uiri arbitrio relicta ſit. Sic enim ſubiungit Vlpianus: *Nam & eam libertatem deberi placuit, ſi tibi videbitur peto manumittas; Ita enim hoc accipiendum, ſi tibi quaſi uiro bono videbitur.*

Emanuel Coſta, libro primò, Select. Interpret. ca. 22.

A dicebat, aliud eſſe valere libertatem, prout principium legis loquitur, aliud libertatem deberi, prout inferius Vlpianus in verſ. Cæterum, ſed refutatur à Sarmiento, lib. ſecundo Select. Interpret. cap. 6. nume. 15. ipſe verò Sarmientus docet verba illa: *hæres ſi volueris, fidei tuæ committo, vt Stichum manumittas,* ad boni viri arbitrium fauore libertatis trahenda eſſe, multiſque legibus adductis, probat fauore libertatis interpretationem alio modo fieri, quam alias fieri ſoleat, ſed non rectè reſpondet ad argumentum Decij, quod non id in libertate ſingulariter conſtitutum ſit, vt valeat legatum arbitrio hæredis commiſſum: nam & alia etiam legata, & fideicommiſſa ſimili modo relicta valent, l. ſi ſic, de legat. 1. cum tamen textus innuat id tantum in libertate locum habere.

Iacobus Cuiacius lib. 2. Obſeruat. cap. 2. idem ferè dixit, ſed clarius; *In arbitrium hæredis,* inquit, *quaſi boni viri legatum conferri poteſt, In plenum hæredis arbitrium conferri legatum non poteſt, vt puta, ſi volueris; ne ſit in eius arbitrio, quem teſtator obligare cogitat, an ſit obligatus; atque*
B *ideo hæc etiam verba pro conditione non accipiuntur, niſi fauore libertatis, quemadmodum in initio l. fideicommiſſaria, 3. ff. de fideicom. libert. apertè demonſtratur; namque ſi libertas ita relicta fuerit, velut ſub conditione, non eo animo, vt auctor dandæ libertatis hæres ipſe ſolus exiſteret, ſi hæres voluerit, libertas debebitur ſtatim, ut hęres annuerit. Cæterũ, ita relictum legatũ, ſi hæres uoluerit, nec ſi poſt annuerit hæres, debebitur: quoniam inutilis prorſus ea Scriptura eſt. Sub alia cõditione licet obſcure, ſi legatum in hæredis arbitrium conferatur, vt puta, ſi hæres Capitolium aſcenderit. Niſi hęres noluerit, vtilis ſcriptura eſt, l. 3. de leg. 2. l. fideicommiſſa, § ſic fideicommiſſum de leg. 3. At niſi fauore libertatis hęc verba, ſi volueris, ad hæredem relata per ſpeciem conditionis, nunquam certè defendemus.* Hactenus ille.

Sed vnum obſtare videtur huic ſententiæ, quod ſi ſpecialiter in libertatis legato conſtitutum eſt, ut ualeat ex nutu hæredis, nempe, ſub ea conditione: *ſi hęres uoluerit,* quæ liberum arbitrium ſignificat, cur poſtea ſequen-
C tibus verbis: id valere negat Vlpianus dicens: *Quod ſi ita ſcriptum ſit; ſi hæres voluerit, non valebit, ſed ita demum, ſi totum in voluntate fecit hæredis, ſi ei libuerit; Cęterum, ſi arbitrium illi, quaſi uiro bono dedit; non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Ego puto hanc eſſe ſententiam Iuriſconſulti, ut libertas ſub ea conditione relicta: *ſi hęres uoluerit,* valeat; & hoc libertatis fauore ſpecialiter ſit conſtitutum, quia licet verba ſignificare uideantur liberum, & plenum arbitrium hæredis, poſſunt tamen trahi etiam ad arbitrium boni viri, & licet in alijs legatis, & fideicommiſſis non ea interpretatio fieret, tamen libertatis fauore recipitur. Quod vero infra Vlpianus ſubdit: *Quod ſi ita ſcriptum ſit, ſi hęres uoluerit, non ualebit,* priori huic ſententiæ non aduerſari, propter verba ſequentia: *Sed ita demum, ſi totũ in uoluntate fecit hęredis.* Ex his enim uerbis duo indicat Vlpianus, primum illa uerba, *ſi hęres uoluerit,* in li-
D bertatis fideicommiſſo trahi poſſe ad arbitrium boni uiri, quia ſi trahi non poſſent, non erat opus, vt diceret: *Sed ita demum, ſi totum in uoluntate hęredis fecit.* Alterum eſt, ita demum non ualere libertatis legatum, ſi ex verbis manifeſtum erit, teſtatorem totum poſuiſſe in uoluntate libera hæredis, puta dicendo, *ſi libuerit.* Ergo poſterius reſponſum priori non aduerſatur; quia in priori dicitur ualere fideicommiſſum ſub ea conditione, *Si hæres uoluerit.* In poſteriori interpretatio ſit hoc modo, ut non ualeat, niſi totum legatum teſtator poſuerit in plena, & libera voluntate hæredis. quod vero ſubdit textus: *Cęterum ſi arbitrium illi quaſi uiro bono dedit, nõ dubitabimus, quin libertas debeatur,* id arguit hoc in caſu nullam eſſe difficultatem, quin legatum debeatur, quia deberetur etiam, ſi aliud ſit, quam libertas, l. ſi ſic, de leg. 1. Ergo multo magis libertas. Sed in priore caſu cum dixit, *Si hęres uoluerit,* dubitari poteſt ex eo, quod cætera legata non valent ita relicta. Veruntamen reſpondit ualere legatum libertatis, quia non ita accipienda ſint illa verba, vt ſigni-

ſignificent liberam hæredis voluntatem, ſed conditionem inducant, & arbitrium boni viri ſignificent: licet hæc interpretatio in alijs legatis non ita facilè reciperetur.

CAPVT LX.

Donare mortis cauſa poſſit ne mulier, quæ non poteſt contractum facere abſque conſenſu duorum propinquorum, ita diſponente Municipij lege.

HIc ſubijciam alias controuerſias in materia donationis cauſa mortis, quæ ſuperioribus cõmodius adiungi potuiſſent Prima eſt: Municipali lege cauetur, vt nullum contractum mulier facere poſſit abſq; conſenſu duorum propinquorum; Vtrum omiſſa hac ſolennitate, donare mortis cauſa poſſit? Affirmant Ludouicus Romanus ad l. 2. de leg. 1. Iaſon ibidem num. 13 alios duos, nempe, Alciatum, & Socinum citat Tiraquellus de legibus Connubialibus, Gloſ. 5. num. 74. ſed non fideliter: debuit enim eos citare in Commentarijs ad l. 2. ff de verbor. oblig. Citat præterea Socinum in aliquibus conſilijs, & alios, qui de hoc nihil dicunt. Eandem ſententiam ſecutus eſt Ruinus ad d l. nu. 43. de leg 1. Negant verò Ancharanus in conſil. 384. Dubium in iſta quæſtione. Alexand in l 2. col. vlt. de leg 1. & in l. 2. vbi etiam Aretinus, ff de verb. oblig. Ripa ad d. l 2. de legat. 1. num. 10. & ibid. Socinus, & alij, quos commemorat Tiraquellus loco proximè citato, nu. 78.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia donatio cauſa mortis naturam habet vltimæ voluntatis, non autem contractus inter viuos. l. vlt. C. de donat. cau. mort. ibi: *Omnes effectus ſortietur, quos vltimæ habent liberalitates, neque ex quacunque parte abſimilis eſſe intelligatur.* Secundò, quia certum eſt, mulierem poſſe teſtamentum facere abſque ſolennitate ſtatuti: neque enim de teſtamento loquitur, ſed de contractu, l. verba geſſerunt, ff de verbor. ſign. ergo multo magis donare poterit mortis cauſa: Et præſertim, quia eadem eſt ratio, ſicut enim teſtamentum reuocari poteſt, ita etiam donatio cauſa mortis, vt in Inſtit. de donat. Tertiò, quia minor adultus curatorem habens, non poteſt contractum facere, ſine curatoris autoritate, l. ſi curatorem habens, C. de in integ. reſtit. minor. & tamen poteſt teſtamentum facere, l. Aurelio, § Caius, ff. de liber. legat. Ergo multo magis etiam poterit mortis cauſa donare.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia donatio cauſa mortis, dum fit, & celebratur, videtur habere naturam contractus inter viuos, non autem vltimæ voluntatis. Nam requirit præſentiam eius, cui donatur. Item, traditionem, vel ſtipulationem, ſeu nudum pactum, vt docent Bartol. Alexand. Caſtrenſ. & alij, in d. l. 2. de leg. 1.

Sed mihi prior ſententia probabilior videtur: Pro cuius confirmatione conſidero, Statutum eſſe contrarium Iuri, quo mulier liberè poteſt abſque proximiorum præſentia, & conſenſu contractus facere, ideo locum habere debet in contractibus propriè ſumptis, non autem in donatione cauſa mortis, quæ re vera non eſt contractus. Secundò animaduerto, donationem ipſam cauſa mortis reuocari poſſe, l. vbi ita donatur, ff. de donatio. cauſa mortis. Conſequenter non viget in ea ratio Statuti, quæ viget in contractibus, illa nempe, ne mulier decipiatur, ne lædatur ex contractu. Poterit enim donationem reuocare, non ſic alium contractum, l. ſicut, C. de actio. & obligat.

Reſpondet Ripa, ſi donatio a traditione incipiat, mulierem lædi poſſe, ſaltem in fructibus, & dicit mori poſſe antequam ſe deceptam eſſe intelligat. (loquitur autem Ripa de minore, ſed eadem ratio eſt in muliere.) Ad primum argumentum reſpondet, donationem magis naturam contractus participare, quam vltimæ vo-

A luntatis, ſaltem quatenus fit, & in eſſe producitur. Ad ſecundum argumentum reſpondet, illud non valere, quia teſtamentum, & donatio mortis cauſa, differunt. Ad tertium, negat minorem adultum donare mortis cauſa poſſe.

Replicari poteſt ad ſingula. In primis, quod dicit de læſione circa fructus, illam allegari non poſſe, quia donatio ſtatim reuocari poteſt a donatore, antequam fructus percipiantur.

Quod vero dicit fieri poſſe, ut moriatur donans ante reuocationem, nihil eſt; quia ſatis eſt reuocari poſſe, quandocunque, ſi non reuocauerit donator, ſibi imputet. Nam fieri etiam poteſt, ut & contractus ſine propinquorum conſenſu factus, non irritetur, & tamen ſit damnoſus; & tamen huius rei ratio non habetur. Sufficit enim legi remedium proponere, non etiam ut quis eo uti uelit, ſolicita eſſe debet.

Dum autem inſtat atque contendit donationem cauſa mortis, quatenus in eſſe, vt ipſe loquitur, deducitur,
B participare naturam contractus, loquitur contra l. vlti. C. de donat. cauſ mort. ibi; *Neque ex quacunque parte abſimilis eſſe intelligatur.*

Denique quod negat, adultum donare mortis cauſa poſſe perperam negari oſtendimus capite ſequenti, ſicut & perperam negatur illa conſequentia; Teſtamentum facere poteſt, ergo & donare mortis cauſa poteſt: Probatur enim ex l cum hic ſtatus, §. ſi miles, ff de donatio. inter vir. & vxor. *Nam & mortis cauſa donare poterit*, inquit textus, *cui teſtari permiſſum eſt.*

CAPVT LXI.

Adultus minor 25. annis curatorem habens, poſſitne mortis cauſa donare abſq; eius conſenſu, & autoritate?

C QVæſtio igitur eſt controuerſa: Vtrum adultus curatorem habens donare poſſit mortis cauſa abſq; conſenſu & autoritate curatoris. Et donare poſſe affirmant Bald. in l. 1. ff. de Tute. & ratio. diſtrah. Alexan. in l. ſi curatorem habens, C. de in integ reſtitu. min. Iaſon in l. 2. de leg. 1. Alciatus in l. 2. num. 2. ff. de verb. oblig. & alij, quos refert, & ſequitur Tiraquellus ad l. ſi vnquam, in uerbo, donatione largitus, nu. 253. C. de reuoc. donat. quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum illud eſt ſolidum, quia citra omnem controuerſiam adultus teſtamentum facere poteſt ſine conſenſu curatoris: Tantum enim impuberibus prohibita eſt teſtamenti factio. Igitur, & donare mortis cauſa poterit. Hanc conſequentiam probat textus in l. cum hic ſtatus, § ſi miles, ff. de donat. inter uir. & uxor.. *Nam & mortis cauſa donare poterit* (inquit textus) *cui teſtari permiſſum eſt*. Et in l. Marcellus, ff eod. titu. & in l. filiusfam. ad ſi. ff. de donat.

D Pro contraria ſententia allegantur Baldus in cap. primo, § item ſacramenta, num. 16. de pace iuram. firmand. quatenus ibi dicit, iuramentum requiri in donatione ab adulto facta. Alexand. in l. ſecunda, nu. 15. de leg. primo, & ibid. Ripa, nume. 10 clarè hanc ſententiam amplexus eſt, licet non bene allegat Baldum in cap primo, de prohibita feudi alien. per Frider. Eandem ſententiam ſecutus eſt Aretinus, in l ſi curatorem habens, nume 3. C. de in integ reſtit min. Allegatur etiam Franciſcus Cremenſis, ſing. 118. Hæres minoris. ſed mihi uidetur potius contrariam ſententiam amplecti.

Fundamentum illud eſt; quoniam iure cautum non reperitur, adultum donare mortis cauſa poſſe ſine conſenſu curatoris. Nec obſtat, quod poſſit teſtari, quia ratio diuerſitatis eſt inter factionem teſtamenti, & donationem Primò, quia teſtamenti factio non poteſt ex alieno arbitrio pendere, l illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtit. at donatio cauſa mortis poteſt, quod patet: nam filiusfam.

donare

donare potest causa mortis patre consentiente, l. tam is, §. 1. ff. de donat. caus. mortis. Secundò, quia testamento hæres instituitur, & successor defuncti, quod est fauorabile valde, quæ ratio cessat in donatione mortis causa.

Addit Ripa aliam rationem ex l. filiusfamil §. Pari ratione, ff. de donat. quatenus ibi dicitur, eadem ratione, qua filiusfamil. inter viuos donare prohibetur, prohiberi etiam mortis causa donare. Sic enim argumentatur: Adultus inter viuos donare prohibetur sine consensu curatoris, l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. Ergo, & donare mortis causa.

Respondeo, quod attinet ad primum, satis cautum esse legibus nostris, adultum donare posse causa mortis, cum testari possit: & is, qui testari possit, etiam donare mortis causa valeat. Neque enim omnes iuris articuli sigillatim legibus comprehendi poterunt, l. non possunt, ff. de legibus.

Ad rationem diuersitatis inter testamentum, & donationem mortis causa, respondeo, licet in aliquibus differant, tamen regulam esse firmam, & argumentum regulariter sumi posse, vt qui testari possit, etiam mortis causa donare possit.

Ad rationem Ripæ respondeo, filiumfam. donare non posse inter viuos; quia permissa ei non est libera pecolij administratio: & eadem ratione nec donare mortis causa posse. Hæc est sententia Iurisconsulti in dict. l. filiumfamil. §. pari ratione, ff. de donat. Sed non inde generalis regula rectè sumitur. Qui donare inter viuos non potest, nec mortis causa donare poterit. Adde differentiæ rationem esse inter donationem inter viuos, & mortis causa, illa enim reuocari non potest, hæc autem potest, effectum habet, nisi morte donatoris secuta.

CAPVT LXII.

Vtrum vsurarius manifestus, qui testari prohibetur, etiam mortis causa donare prohibeatur, ante præstitam cautionem de restituendis vsuris?

VSurarius manifestus testamentum facere non potest ante præstitam cautionem de restituendis vsuris, cap. quanquam, de vsuris, lib. 6. Sed controuersia est, an donare mortis causa possit? Affirmant Bal. in l. executiorem, numer. 11. C. de execut. rei iudi. & in consil. 298. lib. 2. Castrensis in consil. 160. lib. 1. Imola in l. tam is, ff. de donation. caus. mortis. Decius in consil. 196. Probus in dict. cap. quanquam, num. 15. de vsuris, lib. 6. Eandem sententiam secutus est Couuar. in rubr. de testamen. in 3. parte, numero 11. Nisi donatio in fraudem fiat, quod præsumitur, quando est omnium bonorum. Item, nisi in testamento fiat, quia sicut testamentum non ualet, nec ualere potest mortis causa donatio in eo facta; quod tamen non procedit, quoties interponitur stipulatio: tunc enim videtur esse contractus: quanquam in hoc vltimo contrarium docuerit Ripa in l. 2. num. 9. de leg. 1.

Fundamentum huius sententiæ est, quia donatio causa mortis non est testamentum. Atqui Summus Pontifex in dicto cap quanquam, de testamento loquitur, ergo non prohibetur donatio causa mortis. Præterea, quia donatio causa mortis, videtur potius participare naturam contractus, quàm vltimæ voluntatis, dum fit, & celebratur iuxta communem distinctionem Doctorum in l. 2. de leg. 1. de qua per Couuar. in rubr. de Testamen. in 3. parte, & per Gomesium Variar. resolut. tit. de Contractib. cap. 3. nu. 16.

Sed contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam amplexi sunt Glos. in dict. cap. quanquam, quatenus dixit, eam constitutionem procedere in qualibet vltima voluntate. Constat enim donationem causa mortis, speciem esse vltimæ voluntatis, l. vlt. C. de donat. causa mort. Bald. in consi. 294. lib. 2. Lapus Allegatione 125. Laurent. de Rodulphis, de vsuris, quæst. 100. Ioannes de Anania in cap. quia in omnibus, colum. 16. de vsuris Philip. Francus ad Rubr. de testam. lib. 6. num. 34. Socinus ad l. secundam, nume. sexto, de legat. primo, & ibid. Ripa nu. 7. qui ambo non esse ab hac sententia recedendum, monent.

Fundamentum est primò, quia Pontificis Maximi Constitutio, fauorem animæ concernit, ideo facilè extendi potest, ac debet. Secũdo, quia si permissa esset mortis causa donatio, facile eluderetur ea Constitutio. Nam vsurarius donaret mortis causa omnia sua bona. Tertiò, quia si vsurarius manifestus testamentum facere non potest, sequitur, vt nec codicillos facere possit, l. Diui, § codicillos, ff. de iure codicillor. nec legata relinquere. Nam is legare potest, qui testamẽtum facere potest, l. 2. de leg. 1. Consequenter, nec donare mortis causa. quod enim iuris est in legatis, idem & in mortis causa donationibus accipiendum est, teste Iurisconsulto in l. illud, ff. de dona. causa mortis.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negari non posse, quin aliud sit testamentum, aliud donatio mortis causa, sed tamen per consequentiam quandam Summi Pontificis Constitutio, quæ de testamentis loquitur, trahi debet etiam ad mortis causa donationem vt dictum est.

Non obstat, quod dicitur, vbi fraus fit, donationem infirmari posse, quia consultius est fraudis occasionem euitare. Et cum hæc interpretatio fiat contra manifestos vsurarios, quamuis lata sit, iusta tamen videtur ad crimen vsurarum compescendum, quod summo studio in ea constitutione conatus est Pontifex Maximus efficere.

CAPVT LXIII.

Donatio mortis causa possitne reuocari ex pœnitentia donatoris absque hærede decedentis.

EXistimo reuocari posse. Hæc est enim natura donat. causa mor. ut pęnitentia donatoris reuocetur, l. vbi ita donatur, ff. de mortis caus. donat. §. 1. Instit. de donat. Nec contrarium eo in casu, quo donator absq; hærede decesserit, constitutum reperitur. Ita docent Iason ad l. qui Romæ, §. Flauius, nu. 31. ff. de verb obli. Decius ad l. non omnis, col. 3. ff. si cert. pet. Ripa in l. 2 de leg 1. Corn. in consi. 68. lib. 3. Couuar ad Rub. de testam. par 3. nu. 24.

Contrarium responderunt Angelus, Imola, Aretin & Alexan. nu. 10 in d §. Flauius. Socin. in l. non omnes, ff. si cert. pet. Marsil. Sing 63.

Fundamentum est in l. 1. ff. qui sine manumissione ad libert. perueniunt. Paulus: *Si seruus venditus est, vt intra certum tempus manumittatur, etiamsi sine hærede decessisset, & venditor & emptor, seruo libertas competit, & hoc Diuus Marcus Rescripsit. Sed etsi mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*

Respondeo, nullum uerbum hic de donatione causa mortis, sed de libertate agitur, cuius causa multa sunt contra Regulas Iuris constituta.

CAPVT LXIV.

Si filiusfam. testamentum faciat cum consensu patris adiecta clausula codicillari: Si non ualet iure testamenti, ualeat iure codicillorum, & cuiuscunq; ultimæ uoluntatis, utrum in uim donat. causa mortis ualere possit.

FIliumfamil. testamentum facere non posse, etiam cum consensu patris, certum est, l. qui in potestate, ff. de testamen. sed controuersia est, an si fiat patre consentiente, adiecta clausula codicillari; Si non ualet iure testamenti, ualeat iure codicillorum,

lorum,

A lorum,& cuiuscunque vltimæ voluntatis: Vtrum valere possit in vim donationis causa mortis? Constat enim filium fam. donare causa mortis posse patre consentiente, l. filiusfam.§ pari ratione,ff de donat.

Et quidem non valere,autores sunt Speculat.in tit.de fide Instrumentorum,§.compẽdiosè,vers. quid si filius, & multi alij, quos refert, & sequitur Socinus senior, in cons.112.num.7. vers. sed contrariam sententiam, lib.1. Fundamentum est; quia requiritur patris consensus expressus, vt in d.l.filiusfamil.§ pari ratione, ff de donat. Hac in specie autem expressus non videtur: Ergo non valet donatio.

Cæterum, contrariam sententiam, & veriorem, & cõmuniorem esse non dubito, quam amplexi sunt Paulus Castrensis in l.qui in potestate,num 6 ff de Testam. Alexand.in l Senium,num.8.C.qui Testam.facere poss. Clarus alios citans,§ donatio,quæstio.6.vers.sed quæro, B tu scis. Viglius in § qui alieno, nume. 10. in Institut. quibus non est permissum facere Testam. Roland. à Valle, consil.68.num.9.lib.4. Anton. Tessaurus decis. Pedem. 550.num.12.

Fundamentum est,quia certum est illa verba: *Et cuiuslibet alterius vltimæ voluntatis*, Quæ continentur in Clausula Codicillari non posse in alia specie vltimæ voluntatis verificari,præterquam in donatione causa mortis,quia testator dicit: *Si non valet iure Testamenti, valeat iure Codicillorum, & cuiuscunque vltimę voluntatis.* Præter Testamentum autem & Codicillum est donatio causa mortis, & sic de ea testator intellexit, argumen. l. 2. ff de lib. & postum.& l. fundus qui locatus, ff. de fundo instruc.

Quod autem patris cõsensus hic accedat, ex eo patet, quod nos præsupponere oportet filium patre præsente, aut certè consentiente Testam.facere, ideoque Clausulam illam Codicillarem adijcere. Non obstat id,quod di- C cebatur eiusmodi consensum debere esse expressum,& tacitum non sufficere, l. filiusfamil.§ pari ratione,ff. de donat.quia non est hęc sententia tex.in d §.pari ratione. Sed alia,nimirum,patris cõsensum generalem filio præstitum,vt donare possit,non sufficere; sed specialem requiri,vt mortis causa donare possit; quia scilicet consensus ita generalis, de donatione inter viuos erit accipiendus. Verba tex. hæc sunt: *Sed enim meminisse oportebit, & si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permissum,non posse mortis causa donare.*

CAPVT LXV.

Legato Castro cum pertinentijs, an etiam bona particularia & prædia contineantur.

CElebris est controuersia,legato Castro cum perti- D nentijs, an prædia, & similia bona particularia, quæ ibi possidentur à testatore, legato contineantur; Qua de re,atque in vniuersum,an concesso Castro, censeantur etiam prædia, & alia bona particularia concessa,multa extant Doctorum responsa, alijs affirmantibus,*alijs* verò negantibus. Vide Imolam, Alexand.& Aretinum,ad l.3 ff.de adquiren.possess.eundem Alexandrum in consil.22. in fine, libro 5. & in consil. 14.circa finem,libro septimo,Aretinum in consil. 15. Baldum & Afflict. & alios,in titu.de Capitaneo,qui curiam vendidit. Iasonem in l. vlt. ff. de constitu. Princip. & in l. quo minus, in 20. quæstio. ff. de Flumin. Ruinum in consil. 45.libro primo, Socin. iun. in consilio 160.numero 32. libro secundo,& in consil 106. num. 3. eodem lib Curt. iun.in consil.158.Alciatum in consil.33.num. 5.in 3.Tomo. Albam in cons.78.num 12.Nattam in cons.313. Beroum in consil 51.lib 2.Domin.meum Cephalũ in consil.3.nu.45.in cons.144 lib.1.& in cons.250.nu. 15.lib.2. Rolandum à Valle in cons.33.lib.4. Andream Siculum in cons.57.col.10.lib.4. Hippolytum Riminaldũ in cons. 19.lib.1.Cranettam in cons.480.nu.3 lib.3.cons 345.nu. 10.eod.lib & 895.nume.4.lib 5.Antonium Gabrielium com.concl.lib.6 tit.de verb.sig.conclu.10 Manticam de coniect.vltimar.volunt.lib.9.tit.2.nu.34. Simonem Pretum de interpret.vltimar.volunt.lib.4 dubitatione 7.numе 45.Menochium in cons. 140. lib. 2. & de Præsumpt. lib. 3.præsumpt.99.

Qui affirmatunt etiam prædia contineri, adducti in eam sententiam fuere; quoniam verbum, (pertinere) latissimam habet significationem, l. verbum illud pertinere,ff.de verb.sign.& ideo pertinentiarum nomine contineri videntur,quæ quoquo modo Castro accedunt, & ad illud spectant, qualia sunt prædia, molendina, & alia bona,quæ dominus castri habet in eodem loco.

Cæterum,negantes celebri illa, & communiter recepta Innocentij traditione nituntur, in c. cum ad sedem, de resti.spoliat.vbi docet,pertinentias eas dici,quę Lege vel statuto, vel consuetudine deputatæ sunt: castro autẽ nihil corporale deputatum esse,quod sit eius pertinens; sed tamen ab hominibus,& eorum statutis certum territorium assignari solitum, quod illi in iurisdictione, & dote debeat respondere.

Ego in duobus casibus existimauerim Castro legato, contineri etiam prædia, & alia id genus bona particularia. Primus est,quando vno eodemque tempore, titulo & precio simul cum Castro comparata fuere, argumẽto l.prædijs.§ qui domum, de leg. 3. vbi Papinianus scribit appellatione domus,insulam quoque iunctam domui videri legatam, *Si vno precio cum domo comparata fuisset.* Secundus casus est; quando constat patremfamil. visum fuisse prædijs tanquam pertinentibus ad ipsum Castrũ. Nostra enim destinatione & vsu pertinentiæ constitui dicuntur, argum. l. quod in rerum,§ si quis post, de lega. 1. l. prædijs,§ qui domum, de leg.3. l. Cains, § 1. de leg. 1. l. si cui ædes, de leg. 3. tradunt Tiraquellus de retractu cõsang.§.36.Glos.3.nu.4 Ruin.in cons.71.lib 2. D Cephalus in d.cons. 144.num.17 lib.1. Menochius d.cons. 140. nu.24.Bursatus in cons.2.nu. 49 lib.1. Sim. Pretus de interpretatione vltimar.volunt.lib.4.dubitatione 7.num. 39.Andreas Geyll,lib.2.Obseru.61.nu 4.

Extra duos hosce casus nullum video argumentum pro affirmante sententia. Nec me mouet verbum, Pertinere: quia latissima eius significatio in hoc consistit, quod refertur ad res, quæ dominij nostri sunt, & quæ iure aliquo possidemus, vel possidere possumus, aut acquirere. Sed non hoc pertinet ad quæstionem, an pertinentiæ Castri dicantur prædia, & similia. Vt enim ad testatorem maximè pertineant, non tamen efficitur eadem ad Castrum pertinere; sicut dicere solemus, alia esse instrumenta domus vel fundi, alia patrisfamilias, l. quæsitum,§ si domus, ff. de fundo instru. Paulus Castrensis in cons.377.num.1.lib.1.

CAPVT LXVI.

Fideicommissum in dubio, vtrum præsumatur relictum a filio impubere, an vero ab herede eius?

PAter filium impuberẽ hæredem instituit, & si in pupillari ætate decesserit, bona sua ad Titiũ peruenire iubet, alijsvè vtitur verbis impersonalibus, quibus neque impuberem filium rogat, neque eius hæredẽ legitimũ ab intestato venientem; sed tamen expresse constituit fideicommissum, quo bona sua Titio restituãtur. Controuersia est; vtrum in obscura voluntate testatoris ea adhibenda sit interpretatio, vt videatur ipse filius impubes rogatus restituere; an verò hęres legitimus ipsius filij impuberis. Quæ quidem inuestigatio non modici momẽti est; quoniam si filius rogatus esse intelligatur, tũc locus erit detractioni legitimę, quæ illa excipiẽda

est de restitutione, & detractione etiam Trebellianicæ: Cæterum, si hæres filij rogatus esse intelligatur, cessabit legitimæ detractio. Nam hæres non potest eam suo nomine detrahere; quoniam illi non debetur. Non filij no mine eam detrahere potest; quia is rogatus pet fideicõmissum restituere non intelligitur.

Fideicommissum ergo in dubio videri à filio ipso impubere relictum, Bar. respondit in l. cohæredi, §. quod si hæredem, ff. de vulg. num 2. *Secundò nota, inquit, & perpetuo tene menti, quod in dubio fideicommissum videtur re lictum ab ipso filio instituto impubere. licet relinquatur post mortem suam, vt hic dicit textus, ibi Vt ab impubere*, &c. Idem respondit Paulus Castrens. in consil. 341. num. 4. vers. Tertiò oppono, lib. 1. & in consil 67. in fine, libro 2. Curtius senior, in consil 42. num. 19. Socinus iunior in cons. 13. num. 76. lib. 1. Galiaula ad l. Centurio, nu. 188. ff. de vulg. Maresitanus Notabili 162 Ruinus in cons. 52. num. 1. & 96. num. 7. lib. 2. Rubeus in cons. 157. nu. 6. Socinus sen. conf. 140. nu. 4

Cæterum, contrariam sententiam, nempe, ab hærede filij relictum censeri, secuti sunt Imola in d l cohæredi, §. cum filiæ, num. 7. ff. de vulg. Fulgosius in l. ex tribus, nu. 3. C. de inoffic. testam. & ibid. Paulus Castrens. num. 4. 5. Alexand in d. §. cum filiæ, nu. 6. & in l. 1. §. vlt. nu 3. ff. eod. tit. & in cons. 12. nu. 24. lib. 3. Iason in l. precibus, nu. 15. C. de impub. & alij, quos refert, & sequitur Franciscus Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 8. tit. 3. post num. 5.

Cæterum, inter huius sententiæ autores Bart. etiam tanquam sibi contrarius recensetur, sed, vt mihi videtur, iniuria, in l. qui duos, ff. de vulg. verba eius hęc sunt: *Vltimò quæro, qualiter fuerunt concepta verba, quando legata fuerunt à substituto relicta. Dicit Glos. quod dicit, si talis intra pupillarem ætatem decesserit, lego tibi centum, quod tene menti, & sic non dicit lego à substituto, sed simpliciter dicit, lego tibi centum. & tamẽ Glos. dicit, quod ex istis uerbis uidetur relictum à substituto. Cõtra hoc uidetur textus supra, l. proxima, §. cum filia, uers. Quod si hęredem, Sol. Possumus dicere, quod ibi uerba fuerunt prolata ad ipsum impuberem; quoniam ipsum impuberem grauauit, sed hic simpliciter fuerunt prolata; Vnde cum referantur post mortẽ, uidentur relinqui à substituto, argum. l. Codicillis, in princip. de usufructu leg. Et hoc puto uerum in substitutione directa: In substitutione uerò fideicommissaria, an uideantur legata relicta ab hærede, uel fideicommissario, dic plenè, ut dixi in l. Marcellus, infra ad Trebell.* &c.

Hoc in loco Bartolus locutus est, quando filio impuberi pater dedit substitutum, & quæstio est; an legata uideantur relicta à substituto, an vero ab impubere. Et ideo dicit videri relicta à substituto. At supra in l. cohæredi, §. quod si hæredem, ff de vulg. locutus non est Bartolus de filio impubere, cui datus est substitutus; sed quæstionem posuit, vtrum à filio ipso impubere fideicommissum relictum uideatur, an verò ab hærede eius. Quæ species longè differt ab ea, de qua loquitur in d. l. qui duos.

Vnum tantum dixit, & verè Bartolus in d. l. qui duos, quod uidetur fundamentum tollere eius sententiæ, quã adnotauit in d. l. cohæredi, § quod si hæredem; Nam ex d. § quod si hæredem, notauit, fideicommissum in dubio relictum cẽseri à filio impubere. At in d. l. qui duos, obseruauit, textum in d § quod si hæredem, loqui eo in casu, quo verba fideicommissi diriguntur ad ipsum filium, & sic filius ipse rogatus est. Et verum est hoc, quia textus in d. §. quod si hæredem, ita loquitur. Sic enim ait: *Quod si hęredem filium pater rogauerit, si impubes diem suum obierit, Titio hęreditatem suã restituere*, &c.

Tertiam opinionem colligit Iacobus Menochius ex distinctione Aretini in l. 1. § vlt. nume 20. ff. de vulg. quam secutus est in consil. 144. num 25. versic. Quintus est casus, libro 2. & latius de præsumpt. libro 4. præsumptio. 72. nume. 14. Sed quoniam in primo casu Aretinus loquitur, quando filio impubere datus est substitutus, post cuius mortem hæreditas restituenda est, & tunc

A onus restitutionis dicit iniunctum esse substituto; Ideo hic casus ad rem nostram non pertinet: quia nos loquimur, quando dubitatur, vtrum ab impubere filio, an autem ab hærede eius relictum sit fideicommissum; non autem vtrum ab impubere, vel eius substituto, seu hæredibus ipsius substituti. Et consequenter distinctio illa tertiam opinionem constituere non debet.

Huius igitur sententiæ posteriores, quę docet fideicõmissum ab hærede filij impuberis relictum videri, illud est fundamentum, quod legata & fideicommissa ab hærede legitimo filij impuberis relinqui possint, l. si Titio, 95. §. 1. cum l. seq. de leg 1. *Sicuti conceditur*, inquit Iulianus, *vnicuique ab eo, ad quem legitima eius hæreditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissum dare: ita ab eo, ad quem impuberis filij legitima hæreditas, uel bonorum possessio peruentura est, fideicommissa rectè dabuntur.*

Cum igitur fideicommissa ita relinqui possint ab hærede filij impuberis, sicut ab ipso filio impubere, in dubio videtur ea præsumptio magis verisimilis, vt ab hære
B de relicta censeantur, ne filius grauatus esse præsumatur, sed potius hæres eius: præsertim, quia fideicommissum, sine restitutio post mortem filij conseritur. Et hæc præsumptio magis fauet voluntati testatoris, vt tota hæreditas restituatur absque detractione legitimæ.

Fundamentum verò prioris sententiæ, quæ à filio impubere docet relictum censeri fideicommissum, primò ponitur in d. l. cohæredi, §. cum filiæ, vers. Quod si hæredem, ff. de vulg ibi: *Vt ab impubere fideicommisso post mortem eius dato*, &c. Secundò, in c. si pater, de Testam. in 6. sumpto argumento à contrario sensu. Nam ibi pauperes post mortem filiorum fuerant substituti, & dicitur, legitimam & Trebellianicã detrahi non posse, quia illa substitutio censetur directa pupillaris: Ergò inquit à contrario sensu textus, si fideicommissaria esset, locum fore deductioni legitimæ.

Sed valde infirmum est hoc fundamentum. Nam quod
C attinet ad textum in d §. cum filiæ, vers. Quod si hæredem, verba testatoris in ea specie directa sunt ad filium, & ille rogatus est restituere. Quapropter, loquitur ibi Iurisconsultus in casu certo, non autem in dubio, vt nos loquimur. *Quod si hæredem filium pater rogauerit*, &c. inquit textus. Quòd verò attinet ad cap. si pater, nihil viget argumentum à contrario sensu: quia contrarius sensus in eo potest verificari, quod si fideicommissaria substitutio facta esset ipsis filijs, & sic grauati essent ipsi filij onere restitutionis, tunc locus esset detractioni legitimæ. Nulla enim necessitas nos cogit argumentum à contrario sensu sumere, quando non filij essent grauati, sed hæredes eorum; quia non loquitur Summus Pontifex, cum verba fideicommissi sine restitutionis sunt impersonalia, nec intelligi potest ad quem referantur. Ponit enim casum in directa substitutione facta, verbis illis; *Christi pauperes instituendo heredes*, &c.

Sed licet hoc fundamentum non sit solidum, hæc tamen sententia mihi probabilior videtur, hoc argumen-
D to: Nam ratio, cur legata & fideicommissa relinqui possint ab hærede impuberis filij, sicut relinqui possunt ab hærede ipsius testatoris, illa est; quia censentur tacitè vocati ab ipso testatore, dum pupillariter filio impuberi alios non substituit: Videtur enim velle, vt filius impubes intestatus decedat, & consequenter vocare tacitè ipsos hæredes legitimos ab intestato venientes, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillor quam ob rem & eos grauare potest legatis, & fideicommissis. Sed quando talis ex facto Proponitur facti species, in qua post impuberis mortem alteri restituenda sit hæreditas, certè non videtur esse probabilis coiectura, vt eos grauare testator vellet eradatur, quibus nihil reliquit, nec tacitè, nec expressè; siquidem, hæreditas tunc post mortem impuberis ad alios pertinet, ex voluntate testatoris expressa. Duæ igitur hoc in casu necessariæ sunt præsumptiones. Prima, quod testator tacitè voluerit impuberis hæreditatem ad

hæredes

hæredes eius legitimo peruenire, & huic præsumptioni aduersatur expressa aliorum vocatio, ac fideicommissaria substitutio. Secunda, quod hæredes legitimi ipsius im puberis videantur rogati restituere alteri hæreditatem. Et huic præsumptioni obstat illa ratio, quod ipsi nõ sunt vocati, nec sunt honorati: Et ideo nec onerari præsumendi sunt, Labeo, C. de fideicom cum similibus.

CAPVT LXVII.

Bonorum appellatione in legatis, vtrum venalia contineantur.

NEgari non potest, quin aliqua sit controuersia Doctorum hac in re, ex notatis a Pinello ad Rubr. C. de bonis maternis in 1. parte, num. 38. Menochio lib. 4 de præsumpt. cap. 137 nu 6. Sed tamen vera & recepta est distinctio, quam Bartolus indicauit in l. generali, § vxori, ff. de auro, & arg. legato. Aut aliquis legat omnia sua bona simpliciter sine alicuius loci adiectione, & tūc legato continentur etiam res venales; quia ipsa verborum significatio omnia includit, argum. l. Iulianus, de leg. 3. l. Pediculis, §. Labeo, ff. de auro, & arg. legato. Aut verò quis legat omnia sua bona cum adiectione loci, vt puta; lego omnia bona, quæ domi habeo, & tunc res venales legato non continentur, l. generali, § vxori, ff. de vsufr. leg. Scæuola: *Vxori vsumfructum domuum, & omnium rerum, quę in his domibus erant, excepto argento, legauerat.* Et paulo infra: *Respondi excepto argento, & his quæ mercis causa comparata sunt, cæterorum omnium vsumfructum habere legatarium.* Qua in re illud ominendum non est, iniuriam a Pinello factam videri Decio, quasi non bene hanc rem percepisset, nec illum textum, nec Bartolum rectè allegasset. Nam in l. 1. num. 24. de reg. iuris, ita scribit Decius: *Nam in legato generali eorum, quæ in domo sunt, non veniunt venalia, l. generali, §. idem quæsitum,* &c. Et alibi etiam semper allegauit Bartolum in § vxori. Sed facit aliquam difficultatem, quod etiam si nulla sit mentio adiecta loci, non videntur tamen legato generali venalia contineri, l. pediculis, §. item cum quæreretur, ff. de auro, & arg. leg. Paulus. Item cum quæreretur de tali legato. *Hoc amplius filia mea dulcissimæ e medio sumito, tibique habeto ornamentum omne meum muliebre cum auro, & si qua alia muliebria apparuerint Cum testatrix negotiatrix fuerit, an non solum argentum, quod in domo, vel intra horreum vsibus eius fuit, legato cedat: sed etiam quod in basilica fuit mulierbre: Respondi, si testatrix habuit proprium argentum ad vsum suum paratum, non videri id legatum, quod negociandi causa venale proponi soleret, nisi de eo quoque sensisse, is qui petit, probet.*

Idem probatur in l. seruos, de leg. 3. Vlpianus: *Enim, qui venalitiam vitam exerceat, puto non facilè contineri velle eiusmodi mancipia: nisi euidens voluntas fuerit etiam de his sentientis. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico distraheret, mercis magis loco, quàm suorum habuisse credendum est.*

Non probatur Ario Pinello solutio Accursij in d. §. Item cum quæreretur, in verbo, *non videri*, testatorem videri legatum restrinxisse, cum diceret *meum*, quia taci rè intelligitur illud verbum *meum*, nec enim exemplum aliquod legati rerum testatoris fingi potest sine ptonomine illo. Ideo respondet ipse. in dictis legibus, non agi de legato generali rerum vel bonorum; sed potius certæ cuiusdam speciei bonorum, vt patet. Sed non mihi probatur hæc solutio Pinelli. Primò, quia Doctores non di stinguunt inter legatum generale bonorum, vel legatū generale certorum bonorum. Secundò, quia nulla est ratio diuersitatis Tertiò, quia vera, & plana solutio colligitur ex circunstantia particulari, quam in dictis legibus considerant Iurisconsulti, nempe, personæ ipsius testatoria siue testatricis legantis; ex qua eius voluntas conijciunt. Nam Paulus loquitur de testatrice, quæ erat ne-

A gociatrix, & in eo fundat suam decisionem; *Cum testatrix fuerit negotiatrix*, inquit, &c. Rationem Vlpianus adfert, similiter supponens testatorem venalitiam artem exercuisse; *Enim qui venalitiam vitam exerceat*, inquit, *puto non facilè contineri velle eiusmodi mancipia Nā quos quis ideo comparauit, vt illico distraheret, mercis magis loco, quàm suorum habuisse credendum est.*

Cum igitur testator est mercator, & generaliter legat certa quædam bona sua, intelligitur ea legare, quibus ipse vtitur, non autem ea, quæ mercis causa habet. Hæc enim non videtur habere in numero suarum rerum; sed ea tantum, quæ habet, vt ipse vtatur, non vt distrahat. Non igitur verba legati restrictionem inducunt in casibus prædictis, sed voluntas testantis, quæ colligitur ex qualitate personæ.

CAPVT LXVIII.

B *De dictione (seu) in legatis apposita, utrum vim habeat ampliandi legati, ad interpret. l. si quis ita, ff. de auro, & argento leg.*

PAulus ita scribit: *Si quis ita legauerit, vxori meę mundum, ornamenta, seu quę eius causa parata sunt, do, lego, placet omnia deberi, sicut cum ita legatur: Titio vina, quę in vrbe habeo, seu in portu, do, lego: hoc enim verbum scilicet (seu) ampliandi legati gratia positum est,* l. si quis ita, ff. de auro, & arg leg.

Huius autoritate responsi Alexand. ab Alex dierum Genialium lib. 2. cap. 3. respondit, cum ita quidam legasset: Fundum suburbanum, seu ædes meas, quæ in via lata sunt Titio lego. vtrumque Titio deberi, atque ita iudicibus sententiam latam fuisse. Atque ita dictionem istam (*seu*) in legatis ampliandi gratia positam censeri, ipsumque legatum ampliare: docuerunt in expositione eius legis Bartolus, & Albericus, Antonius Cutrius, in cap. Inter cæteras, de Rescript. Cynus, Baldus, Castren-

C sis, & Ias. ad l. cum quidam, C. de verb. sig. Alex. in cons. 193. li. 2. Cremensis sing. 56 Alc. ad l. sæpè, ff. de verb. sig.

Sed contrarium, & melius docuerūt Baldus, Decius, Socinus & Ripa, num. 44. in d. c. inter cæteras, de Rescriptis, & quidam alij, quos refert, & sequitur Couuar. Variar. resolut lib. 2. cap 5. num. 10 nempe, dictionem (*seu*) etiam in legatis suam naturam obtinere; & sic disiunctiuè accipiendam esse, vt alias accipitur, l. 1. § sublata, ff. ad Trebell. generali, C. de Sacrosanct. Eccles. quandoquidem illud responsum Pauli nihil obstet. Nam illud, quod Paulus respondit, locum habet, cum dictio (*seu*) apposita est inter ea, quorum vnum sub altero continetur; tunc enim vim habet coniungendi, & ampliandi electa ea parte, quę vtrumque complectitur. Declaro. Testator dixit: *Vxori meæ lego mundum, ornamenta, seu, quæ eius causa parata.* Hic mundus, & ornamenta continentur sub ijs, quæ uxoris causa parata sunt. Nam hæc procul-

D dubio uxoris causa parari solent, l argumento, §. ornamenta, ff. de auro, & argento leg. Consequenter omnia debentur legatariæ: quia dictio (*seu*) est posita inter genus & speciem, ideo sub genere continetur species. Sic & cum testator legat vina, quæ in vrbe habet, *seu*) in portu, omnia debentur, quia sub nomine eorum, quæ sunt in vrbe, continentur etiam, quæ sunt in portu, l Cæsar, ff. de publican. ibi: *Respondit, tametsi portus quoque, qui in insula essent, omnes eius Insulæ esse ui derentur*, & c. Iuuat hanc sententiam quod latè scribit Felyn. in c. Rodulphus, nu 7. de Rescriptis. Ciuitatis appellatione etiam portum contineri, & mare illi adiacēs, quod ibi latè prosequitur.

CAPVT LXXI.

Si filius ſub conditione caſuali, vel mixta fuerit hæres inſtitutus, vtrum hodierno iure valeat teſtamentum, & in hoc correcta ſit l. ſi pater, C. de inſtitutio & ſubſtitutio.

ALexander Imperator: *Si pater filium, quem in poteſtate habebat, ſub conditione, quę in ipſius poteſtate non erat, hæredem ſcripſit, nec in defectum eius exhæredauit, iure teſtatus non videtur*, l. 4. C. de inſtitu. & ſubſtit.

Iam controuerſia eſt; ſitne idem reſpondendum nouiſſimo iure inſpecto. Negat enim Bartolus in Commētarijs dictæ legis, & cum eo alij multi, quos refert, & ſequitur Clarus in §. Teſtamentum, q 39. verſ Sed quęro. quibus adde Vaſquium de Succeſſionum creatione, libro 3. § 30. parte 2. lim. 34. nu. 111. Cæterum, affirmant multi alij, quos refert & ſequitur Socinus ſenior in conſil. 97. nu. 3. lib. 3.

Pro huius quæſtionis deciſione notandum eſt, Iuſtinianum multas edidiſſe Conſtitutiones in fauorem teſtamenti, ne ſcilicet actione mota de inofficioſo teſtamē to reſcinderetur. Et in primis ſtatuit, vt filio minus legitima portione relinqueretur, non ideo tamen reſcindi poſſet teſtamentum; ſed actio concederetur ad replendam ipſam legitimam portionem, vulgò dicimus ad ſupplementum legitimę, l. omnimodo, C de inoffic. teſtam. Sed quoniam euenire poterat, vt legitima quidem portio tota filio relinqueretur, ſed tamen adiectis aliquibus conditionibus, vel dilationibus, ſtatuit, vt purè, & abſque omni conditione, onere & grauamine relinquatur, & conditio ipſa, onus & grauamen pro non ſcriptis habeantur, l. quoniam in prioribus, C. eod. tit.

Tertiò & illud etiam proſpexit, ſi plus quàm legitima portio filio relinqueretur, puta tota hæreditas per fideicommiſſum ſub conditione, vt quantum ad legitimam portionem attinet, illam filius ſtatim & abſque omni dilatione, & mora conſequeretur; quantum verò ad reſiduum hæreditatis, illud reſtitueretur, quemadmodum teſtator diſpoſuiſſet, l. Scimus, §. cum autem, C. eod. tit. Verba ſunt iſta: *Cum autem quis extraneo herede inſtituto, filio ſuo hęreditatem ſuam reſtituere cum moriatur, diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem diſtulerit: quia noſtra Conſtitutio, quę antea compoſita eſt, omnem dilationem, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pura, & mox, filio reſtituatur: in huiuſmodi ſpecie quid faciendum ſit dubitatur. Sancimus itaque quartę quidem partis reſtitutionem iam nunc celebrari, non expectata nec morte hęredis, nec temporis interuallo, reliquum autem, quod poſt legitimam portionem reſtat, tunc reſtitui, quando teſtator diſpoſuit.*

Poſtremo, Nouella ſua Iuſtinianus ſtatuit, vt filius inſtitui deberet, vel ex iuſta cauſa exhæredari, & honorabili titulo inſtitutionis legitimam eſſe relinquendam, vt in Authen. Vt cum de appellatione cognoſc. §. aliud quoque capitulum.

Omnis ergò difficultas in hoc conſiſtit; an cum filius hæres inſtitutus eſt, ſub conditione caſuali, vel mixta, ſuſtineri poſſit teſtamentum, aliqua ratione ex dictis Iuſtiniani Conſtitutionibus.

Et quidem conſtat inter omnes, iuuari non poſſe ex l. omnimodò, quia illa loquitur, cum minus legitima portione relictum eſt. Bartolus igitur exiſtimauit iuuari poſſe ex d. l. quoniam in prioribus, & d. l. Scimus, §. cum autem, in hunc modum, vt quantum ad legitimam attinet portionem, filij inſtitutio facta intelligatur eſſe pura, & conditio pro non ſcripta habeatur. Si dicatur textum in § cum autem, locum non habere hodierno iure; quoniā filio legitima relinqui debet inſtitutionis titulo, reſpondit Bart. id non obſtare, quia licet in eo ſit correcta; in alijs tamen ſeruari debet.

Sed mihi certè hanc rem diligenter contemplanti, contraria ſententia verior videtur. Principiò enim ſatis conſtat, nullam eſſe Iuſtiniani legem aut Nouellam Cōſtitutionem, qua expreſsè derogatum ſit Conſtitutioni, quæ eſt in l. ſi pater, C. de inſtit. & ſubſtit. Deinde, ſatis durum videtur, cum hodierno iure neceſſariò ſit legitima filio relinquenda titulo inſtitutionis; antiquo autem iure ſufficeret eam relinquere quocunque titulo: antiquis legibus eſſe conſtitutum, vt teſtamentum iure non valeret, in quo filius ſub conditione caſuali, vel mixta inſtitutus eſſet, vt in d. l. ſi pater; iam verò contrarium ſit dicendum, hoc inquam tempore, quo filiorum inſtitutioni plus honoris tributum eſt, quàm olim.

Tertiò, non videtur ad hanc rem pertinere Conſtitutio d. l. quoniam in prioribus, nec Conſtitutio d. §. cum autem, illa enim loquitur in eo caſu, quo teſtamentum valet, ſed reſcindi poteſt per querelam, vt patet ex illis verbis: *Illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portione eis relictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, hoc repleatur*, &c. Item loquitur, quādo ſola legitima filio eſt relicta, adiecta conditione, vel grauamine. Id patet ex illis verbis: *Hoc in pręſenti addendum eſſe cenſemus, vt ſi conditionibus quibuſdam*, &c.

Conſtitutio verò de qua in § cum autem, loquitur in eo caſu, quo teſtamentum valet; quia extraneo inſtituto, filio aliquid relictum eſt, immò tota hæreditas per fideicommiſſum conditionale relicta eſt, qui caſus longè differt ab hoc noſtro. Nam ſublata conditione, quantum ad legitimam filij, reliquum hæreditatis manet apud extraneum hæredem inſtitutum, tunc præſtandum, quando teſtator diſpoſuit. Sed vbi filius ipſe ſolus hæres inſtitutus eſt, ſub tali conditione, non poteſt hoc modo legitima ſeparari à reliqua hæreditate Nam ſi illa ſeparetur, quantum ad reſiduum hæreditatis, impleri non poterit teſtatoris diſpoſitio: quoniam etiamſi cōditio defecerit, ſemper filius obtinebit etiam reliquum hæreditatis. Id probatur: Nam ſi conditio deficiat, nihilominus filio totum reſiduum accreſcet, quia eſt perinde, ac ſi purè in legitima inſtitutus eſſet: quo caſu cum nullus alius hęres inſtitutus ſit, tota ad eum ſpectat hæreditas, l. 1. § ſi hæres ex fundo, ff de hæred inſtit. Neque enim cætera pars hæreditatis conditione deficiente pertinere poteſt ad legitimos hæredes teſtatoris; quia ius noſtrum non patitur, út pro parte quis teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat. Ergò contra voluntatem teſtatoris totam hæreditatem filius obtineret, etiam conditione deficiente, quæ ratio non habet locum in ſpecie, de qua loquitur textus in d. § cum autem, quoniam ibi alius fuit hæres inſtitutus, ad quem deficiente conditione ſpectabat hæreditas.

CAPVT LXXII.

Cur Prætor hęredem facere non poſſit, ad interpretationem, §. quos autem, in Inſtit de bonor poſſeſſ.

IMperator ſic ait: *Quos autem ſolus vocat Prætor ad hęreditatem, hæredes quidem ipſo iure non fiunt: nam Prætor hęredem facere non poteſt. Per legem enim tantum vel ſimilem iuris Conſtitutionem hæredes fiunt, veluti per Senatuſconſulta, & Conſtitutiones Principales. Sed cū eis Prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hęredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores.*

Controuerſia eſt, cur Prætor hæredem facere non poſſit. Prima eſt ſententia Alberici, ad Rubr. C. qui admitti ad bonorum poſſeſſ. cauſam eſſe, quia iure ciuili alius iam factus erat hæres, ſcilicet fiſcus, deficientibus ſuis, & agnatis, quare, is non poterat deſinere hæres eſſe, l. etſi ſine, §. ſed quod Papinianus, in fine, ff. de minoribus.

Sed obſtat huic ſententiæ, quod licet ius ciuile deferat alijs hęreditatem, non tamen ij neceſſariò hæredes

efficiebantur, ideo potuisset Prætor alios interea hæredes facere. Huc accedat, quod per legem fieri potest, vt qui semel est hæres, desinat hæres esse, vt declarat Decius, in l. post aditam, post principium, C. de impub. & alijs substitut.

Secunda est sententia Pauli Castrensis in d. Rubr. C. qui admitti, causam esse, quia Prætor non habet potestatem legis condendę, licet eius edicta vim legis obtineant, §. Prætorum quoque, in Institut. de iure natur. gent. & ciuil.

Sed obstat secundum Decium, quod si Prætorum edicta vim legis obtinent, nulla ratio videtur prohibere, quo minus hæredem facere possint, sicut per legem constat fieri posse hæredem.

Tertia est sententia ipsius Decij, in eadem Rubr. Prętorem hærede facere posse, sed non solum: sic enim Iustinianus: *Quos autem solus vocat Prætor*, &c. Quare simul cum lege poterit Prætor hæredem facere.

Sed aduersatur huic sententiæ, quod non solum Imperator dicit, Prætorem hæredem facere non posse, sed nec etiam Prætorem absolutè facere posse hæredem. *Per legem enim tantum*, inquit, *vel similem iuris Constitutionem, hæredes fiunt*. Et si legis condendæ Prætor habuit potestatem, vt Decius existimat, nulla est ratio, cur & ipse hæredem facere etiam solus non potuerit.

Quarta est sententia Alciati, lib. 3. Parergon, cap. 3. Is dicit, Prætorem non habuisse potestatem legis condendæ, ex legibus 12. Tabular. Sic enim lex dicebat *Iuris disceptator, qui priuata iudicet, iudicarive iubeat, Prætor esto. Is Iuris Ciuilis custos esto*. Aut ergò, inquit Alciatus, Prætor concedit bonorum possessionē ei, quem Ius Ciuile agnoscit, ad quod filius sibi præsto, ac si lure quo que Ciuili hæres est factus, & tunc iste fit hæres ex lege, non autem ex edicto Prætoris. Aut Prætor concedit bonorum possessionem ei, quem Ius Ciuile non agnoscebat; & tunc, quia ius hæreditarium delatum erat alteri ex lege Ciuili, ipse hæredem facere non poterat; quoniā ius directum alteri, erat delatum à lege, ipse vero legis condendæ potestatem non habebat.

Sed hæc sententia non videtur tuta; quia Prætorem habuisse potestatem legis condendæ, colligi videtur ex Fenestella, de Magistratibus Romanorum, cap. 19 quem locum citat Zasius in Commentarijs ad tit. de off. Prætoris. Ioan. Sichard. in Rubr. qui admitti. & alia in eandem sententiam citat Cunradus Lancellotus de officio Prætoris, cap. 1.

Quinta est sententia Belloni, lib. 1. Supputationum iuris, cap. 10. Prætorem iuri dicendo præpositum fuisse, propter quod edicta proponebat ad id pertinentia, & se ad iudicia referebat, dicens: *Pacta seruabo, iudicium dabo*, &c. Quare, si v. g. filius emancipatus admitti se ad successionem patris defuncti cupiebat, Prætorem adire cogebatur, & ab eo bonorum possessionem accipere, quare id quod dicitur, Prætorem hæredem facere non posse, hunc sensum habet, eum, qui ex Prætoris edicto ad defuncti successionem vocatur, non posse *ipso iure*, id est, per se ipsum, hæredem fieri; sed Prætoris decretum requiritur: licet is, qui à lege ad hæreditatem vocatus est per se hęreditatem adire, & hæres fieri possit.

Sed repugnat huic sententiæ, quod ea admissa sequeretur, si Prętor aditus ab huiusmodi filio emancipato, & similibus voluisset eos hæredes facere, eum potuisse, atque id Bellonus fatetur: sed repugnat textus Iustiniani. *Prætor*, inquit, *hæredem facere potest*.

Sexta est sententia Iacobi Cuiacij in notis ad Instit. Prætorem hæredem facere non posse; quia nec dominū facere potest: hæres enim est dominus, & idem dixit VVesembecius in eundem locum, & latè eandem sententiam prosequitur Raynaldus Corsus, lib. 3. Indagationum iuris, cap. 4.

Sed oppono huic sententiæ textum in l. 2. ff. de bono. possess. ibi: *Dominus ergo fit bonorum possessor*.

Cogitabam dici posse hanc esse Iustiniani sentētiam, eos, quos Prætor uocat ad hereditatem, non fieri hære-

A des, *ipso iure* id est, iure ciuili, sicut in Instit. de perpetuis, & tempor. actio. §. non autem, ait idem Imperator, *omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso iure competunt, aut à Prætore dantur*, &c. Illa verba, *ipso iure*, intelliguntur, id est, iure ciuili. Non potest igitur Prætor hæredem facere in hunc modum, vt fiat iure ciuili hæres sit: quia per legem tantum vel similem iuris constitutionem hæredes fiunt iure ciuili. Sed loco hæredis erit, sic in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falso tutor. autor. dicit textus: *Tunc enim ualebit per Prætoris tuitionem, non ipso iure*. Ius enim Prætorium, adiuuandi, uel supplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia introductum est, l. ius autem ciuile, §. ius Prętorium, ff. de iust. & iure, & viua vox iuris ciuilis est, l. nam ipsum, ff. eo. sed non dicitur ius ciuile, ita, vt idem sit iure ciuili aliquid constitutum esse, vel iure Prętorio, siue per Prætorem. Differūt enim hæc, vt patet. Et ideo dicit Imperator, eos non ipso iure hæredes esse; quia Pręt̄or non potest facere; vt aliquis fit hæres ipso iure, scilicet ciuili: sed decreto tamen ipsius Prætoris pro hærede habebitur. Sed de Scholastica quæstione liberorum cu-
B que iudicium esto.

CAPVT LXXIIII.

Quæ sit edictalis, & decretalis bonorum possessio?

NOn est exploratum apud iuris autores, quę sit edictalis, & quæ decretalis bonorū possessio, quam ob rē inter nostros interpretes est controuersia.

Accursius in l. prima, §. decretalis, ff. de successor. edicto, & ibi 3. §. causa cognita, ff. de bonor. possess. & cum eo Bart. ibi, §. à municipibus. Decius in Rubr. C. qui admitti, numero 17. Sichard. ibid. nu. 14. & ante eos Aretinus, & alij, quorum sententia Zasius subscribit, in l. qui cum, nu. 6. ff. de except. docent edictalem esse, quæ datur ex edicto Prætoris mortui; Decretalem verò, quæ ex edicto Prætoris viui. Edictalis, respicit ius quærendum. Decretalis, ius quæsitum. Per edictalem ius consequi-
C mur petendi Decretalem. Per Decretalem acquirimus actionem, quæ uocatur bonorum possessoria hæreditatis petitio.

Sed obstat huic sententiæ, quòd ea admissa, nulla posset dari perfecta bonorū possessio sine iudicis decreto, siquidem edictalis indiget Decretali, & per eam peruenitur ad Decretalem. At contra hoc est textus in l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. *Dies*, ait Iurisconsultus, *bonorum possessionis utiles esse palam est, sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quæ de plano peti potuit, quod si ea, quę causę cognitionem desiderat, aut quæ decretum exposcit*, &c. Quibus verbis apparet, aliquam esse bonorum possessionem, quæ Decretum non requirit.

Alciatus ad l. delata, ff. de verbor. signif. existimat Decretales esse bonorum possessiones extraordinarias, quæ ius non tribuunt, ut est illa, quæ ex Carboniano edicto, quæ ventris nomine, & quæ litis agnoscendæ gratia da-
D tur. quoniam hæ potissimum à Decreto Prætoris pendent, ab eoque substantiam accipiunt. Edictales autem esse eas, quæ ordinariè dantur, & ius tribuunt, vt bonorum possessio Vnde liberi, Vnde legitimi, & similes.

Hęc sententia quatenus docet, edictales esse bonorū possessiones ordinarias, probatur ex l. filium, §. si quis cōtra, ff. de legatis præstand. quem textum citat Cuiacius in notis ad Instit. tit. de bonor. possess. Sed quatenus docet Decretales esse extraordinarias, quæ iusoō tribuūt, vera non videtur, arg. l. 1. §. Decretalis, ff. de successor. edicto, quem textum urget Cagnol. in Rubr. C. qui admitti, nume. 15. Nam ibi expressa fit mentio bonorum possessionis Decretalis, quam tamen extraordinariā non esse ex eo constat, quod in illo titulo semper agitur de ordinarijs bonorum possessionibus, quæ ius tribuunt, & nullum fit de extraordinarijs verbum, vt latè Cagnolus deducit.

Iacobus

Iacobus Menoch de adipiscenda possess. Rem. 1. nu. 16. dicit, Edictalem esse, quæ datur ex Prætoris edicto, competitque illis personis, quæ uerbis ipsius edicti comprehensæ sunt. Et ordinaria dicitur, causaque cognita aliquando datur, aliquãdo sine causę cognitione, l 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. Decretalem uero, quæ datur ei, qui uerbis quidem edicti non est comprehensus, sed Prætor æquitate motus eam concedit. Exemplum est in l. ex duob. § filius, ff. de bonor. possess. contra Tab in l. 1. §. nepos, ff. si quis a parente fuerit manumiss. Vel, si edicti verbis est comprehensus, res tamen eget declaratione, & decreto Iudicis, propter controuersiam illi ab aduersario motam, ut in l. 1 §. si ea, ff. de uentre in possess. mitt. Vel quando edictum moderatione indiget, ut in l. Saluius Aristo. ff. de leg. præstan. vel quando alterius nomine bonorum possessio petebatur, ut in l 1. ff. de bonor. possess. infant. furios. &c. in l. 1. § furioso, ff. de successor. edicto, in l. 2. §. si quis ex liber, ff. ad Tertyll. in l. penult. ff. de bonorum possess. in l. si infanti, C. de iure deliber.

Ego in tanta obscuritate, postremæ huic sententiæ calculum præbeo meum, quod enim uiro præstantissimo opponam, nihil habeo.

CAPVT LXXIV.

In obtinenda bonorum possessione situe, iure nouissimo inspecto, decretum Prætoris necessarium.

HVic controuersiæ causam attulit Alciat. lib. 2. Paradoxorum, c. 13. Nam cum aliorum sit communis sententia, decretum necessarium non esse, ex vlt C. qui admitti, ipse contrarium docet. Videamus, rectè, an perperam. Ait Cõstantinus in d. l. vlt. *Vt uerborum inanium excludimus captiones, ita hoc obseruari decernimus, vt apud quemlibet iudicem, vel etiam apud Duumuiros qualiscumque testatio complectendæ hæreditatis ostendatur: statutis prisco iure temporibus coarctanda,* &c.

Alciatus respondet, nullum verbum in ea lege de Decreto Iudicis, quod sit sublata eius necessitas, sed sublatas esse dicit inanes verborum captiones, scilicet petitionis bonorum possessionis. Quamobrem, & Iustinianus in l. vlt § nos itaque, C. de curat. furios. dicit, petitionem bonorum possessionis sublatam fuisse à Cõstantino, ibi: *Cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata sit.* Aliud est autem petitio, quàm Decretum, vt patet. Adde, quod Iustinianus in loco citato, æquiparat illam bonorum possessionem, ei, quæ furioso decerni solet; sed furioso non datur bonorum possesio absque Decreto: Igitur Decretum necessarium est.

Sed videamus an non ita sit. Nam si petitio solennis est sublata, & sufficit quælibet testatio voluntatis, quod scilicet amplecti quis velit hæreditatem; Ergo non est opus aliquo Decreto Iudicis. Non est necesse illud petere, ergo nec impetrare; quia non petenti non datur, argum. l. 4. §. Hoc autem iudicium, ff de damno infecto. Ad hæc, Constantinus vult eiusmodi attestationem amplectẽdæ hæreditatis apud quemlibet Iudicem sufficere. Constat autem non omnes Iudices Decretum interponere posse, l. ea quæ, §. Magistratibus, ff. ad municipalem.

Amplius, quid sibi volunt illa Iustiniani verba in dicta l. vlt § nos autem, C. de curator. furios. *Licentiam damus, eam bonorum possessionem agnoscere, quę antè ex Decreto dabatur;* Si etiam nunc necessarium esset Decretum, cur dixisset *antea ex Decreto dabatur?*

Non itaque hac in re Alciato assentior, sed potius eum refellenti Bellono lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 1.

CAPVT LXXV.

Vtrum filiusfamilias, cui bonorum possessio delata est, eam agnoscendo, & petendo, aliquid adquirat sibi ipsi?

SI filiofamilias delata sit bonorum possessio, vtrum eã petendo, & agnoscendo, sibi ipsi adquirat emolumentũ, controuersia est inter Doctores, si ad antiquas leges respiciamus, non autem, si ad posteriores. Vtrumque caput huius quæstionis ordine explicabimus.

Quod attinet ad leges veteres, filium familias sibi bonorum proprietatem acquirere Lancellotus Politus docuit, tract. de vulgari substit. nu 43. & Alciat. lib. 4. Paradoxorum, cap. 3. qui tamen de bonis maternis tantũ loquitur; sed satis est ad controuersiam inducendam, quoniam cæteri Doctores contrarium docuerunt, nempe, patri, non autem filio in potestate, acquiri proprietatem bonorum. Vide interpretes in l. 1. C. qui admitti ad bonorum poss. & Pinellum ad l. 1. C. de bonis maternis, in 1. parte.

Argumenta prioris sentẽtiæ sunt ista. Primum, ex l. 1. C. qui admitti, ibi: *Emolumentum etiam patri allatura.* Illa dictio, *etiam*, implicare dicitur, & arguere etiã filio aliquod emolumentum adquiri, nempe, proprietatem; Patri verò vsumfructum, quod significare videtur etiã ipsum verbũ, *Emolumentum* enim significat vtilitatem, quam sanè ex reb. afferre solet vsusfructus, vt notum est.

Secundum est, ex l. cum oportet, C. de bonis quæ lib. vbi text. ita dicit: *In veteris Iuris obseruatione, multas res esse animaduertimus, quæ extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, & minime patribus adquiruntur, quemadmodum maternis bonis.*

Hęc postrema verba indicant, bona materna patri non acquiri secundum leges veteres.

Tertium est, ex l. penultima, ff. ad Tertyll. vbi dicitur: *Sacratissimi Imperatoris nostri oratione cauetur, vt intestatæ matris, hęreditas ad filiumfamilias pertineat.*

Si ad filiumfamilias tũc matris pertinebat hęreditas; Ergò filio adquirebatur, & non patri. Pertinere enim ad nos id dicitur, quod nostram vtilitatem cõtinet. l. si quis ex argentarijs. § pertinere, ff. de edendo.

Quartum, ex l. filius, ff. de inoff. testam. vbi habetur, patrem posse filij nomine inofficiosum dicere matris testamentum, & si in eo iudicio vincat, commodum victoriæ filio suo parare.

Quibus argumentis nil morantibus, contrariam sententiam veriorem esse puto. Nam secundum leges veteres, quicquid filius acquirebat, patri acquirebatur, exceptis Castrensibus, & quasi, l. 1. ff. si quis à parente fuerit manumissus, vbi textus: *Quippe, si filiusfamilias esset, quodcunque sibi adquireret, eius emolumentum patri quæreret,* l adquiritur, ff de adquir. rer dom. ibi: *Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio. Cuiuscunque enim rei possessionem adepti fuerimus, id nos possidere videmur,* &c. l. 2 C. de patria potestate, vbi Antoninus: *Eius, quod in potestate patris agens habuisti, dominium ad patrem tuũ pertinuit, extra ea, quę non requiruntur.* Idem habetur in § 1. in Instit. per quas personas nobis adquiritur, vbi Iustinianus: *Igitur liberi nostri, quos in potestate habemus olim quidem, quicquid ad eos peruenerat, exceptis videlicet Castrensibus peculijs, hoc parentibus suis adquirebant sine vlla distinctione.*

Ad primum argumentum respondeo, dictionem, *Etiam*, in l 1. C qui admitti, non implicare in eum sensum, quasi videatur etiam filio emolumentum adquiri, sed in hunc modum implicare: Bonorum possessionem peti à filiofam. posse, ignorante patre, & etiam emolumentum allaturam esse patri, si ratum habuerit; quod magis placet, quàm quod scribit Bellonus, lib 1. Supputationum iuris, cap. 1.

Et verbum illud, (*Emolumentum*) significat totū, ac plenū dominium, l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inoffic. testam. l. bonorum, C. qui admitti.

A

Ad secundum, ex l. cum oporiet, respondet Bellonus lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 5. Iustinianum ibi appellare ius uetus, scilicet Constantini, l. 1. C. de bonis maternis.

Sed hæc responsio non est bona, quia Constantini lex non potest antiqua dici, sed potius noua, qua corrigitur ex parte ius antiquum.

Pinellus rectè illa uerba: *Quemadmodum in bonis maternis*, referenda esse ad ea, quæ sequuntur, non ad præcedentia, hoc modo: *Inuenimus autem in veteris iuris obseruatione multas esse res, quę extrinsecus ad filios familias venient, & minime patribus adquiruntur.* Hic est pūctum. Iam pergit Iustinianus: *Quemadmodum in maternis bonis, vel quę ex maritali lucro ad eos peruenerint, ita & in iis, quę ex aliis causis filijsfamilias adquiruntur, certam introducimus definitionem.*

B

Ex quo patet, non hunc sensum colligi ex ueteri iure, bona materna parentibus non adquiri; sed certam definitionem introductam fuisse, ut in maternis bonis, & in lucris nuptialibus, ita & in alijs rebus.

Ad tertium rectè etiam Pinellus, & clarius Bellonus lib. 4. Supputat. iuris, c. 5. non esse bonam consequentiā: Bona intestatæ matris ad filios pertinent; Ergo patri non adquiruntur. Succedit enim filius, sed patri adquirit eo iure.

Et verbum illud, (*pertinere*) latissimam habet significationem, l. verbum illud, de verb. sign. Ideo ad aliū pertinere dicuntur, propter spem probabilem, quam habet ea bona consequendi per mortem patris, vel emancipationem.

Alciatus replicat hanc interpretationem nō posse defendi; quia Senatusconsulto Orphitiano iam erat constitutum, vt filius intestatæ matri succederet, quare non rectè diceretur, oratione Sacratissimi Principis id fuisse introductum.

C

Respondeo, Sacratissimum illum Principem fuisse Diuum Marcum, cuius tempore factum est Orphitianum Senatuscōsultum, vt merito dici potuerit eius oratione id cautum esse, quod Senatusconsulto cauebatur, sicuti pluribus exemplis allatis docet Bellonus loco annotato, & Hieronymus Cagnol. ad l. 1. nume 58. C. qui admitti.

Ad quartum, ex l. filius, respondeo, victoriæ commodum parari filio, propter honorem eius, ne videretur matris hæreditate indignus. Nam commodum nostrum dicitur etiam id, quod ād nostram dignitatem pertinet, l. nepos Proculo, ff. de verb sign.

Dices, si omnia, quæ filius adquirebat, patri suo adquirebāntur, cur filiusfamilias proprio nomine agere potest actione, quod si vi, aut clam; item Depositi & Commodati, l. filiusfamilias, 8. ff. de act. & oblig.

D

Respondeo, esse difficilem quæstionem, ita, vt Bar. dixerit in d. l. filiusfamilias, se causam nescire. Si quid tamē hac in re, quod sit probabile, adferri potest, existimo id Alciatum attulisse, in l. cum filiofam. ff. si certū pet. Causam hanc esse, quoniam in deposito & commodato agitur de solius detentationis restitutione, quod patet: quia etiam fur, & prædo, agere possunt ex Deposito & Commodato, l. 1 § si prædo, ff depos. l. ita, ff commod. Huius autem detentationis filiusfam capax est; quia etiam seruus est capax, l. stipulatio ista, §. hæc quoque, ff de verborum oblig.

Dixi in principio capitis, iure nouissimo controuersiam non esse in proposita specie; quia patri bona adquiruntur quantum ad usumfructum; filijsfam. quoad dominium, l. 1. C. de bon. matern. Constantini, l. 2. C. eodē Arcadij, l. 1. C. de bonis, quæ lib. Theodosij, l cum oportet, C. de bonis, quæ lib. Iustiniani.

CAPVT LXXV.

Rursus de bonorum possessione filiofam. delata, si is absque consensu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit; an filio adquiratur, isq. creditoribus ac legatarijs satisfacere teneatur.

SEcundum leges veteres existimo, bonorum possessionem filiofamilias non adquiri, si eam agnouerit absque consensu patris, & pater agnitionem ratam nō habuerit, ex l. vlt. ff quis ordo in bonor. poss. seruet. Marcellus: *Quęri potest: si cum posset filius petere bonorum possessionem patre sua absente, ut certiorare eum non possit, vel etiam furente: petere neglexerit, an peti amplius non possit. Sed ut quid noceat non petitam bonorum possessionem, quę si petita esset, tamen non ante adquireretur, quam pater comprobasset?* Secundum leges nouas contrarium sentio, ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. vbi Iustinianus statuit, hæreditatem filiofam. adquiri patre recusante: *Sine contrario, inquit, patre recusante filius adire hęreditatem voluerit, nullam adquisitionem, nec vsumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit.*

Et in hoc ferè omnes conueniunt. Cæterum, controuersia est in specie, qua filiusfam. patre non ratificante bonorum possessionem agnouerit, vtrum legatarijs, & creditoribus hæreditarijs satisfacere teneatur. Nam filiusfam ex omnibus contractibus obligatur, l. filiusfam. ff. de act. & oblig. Agnoscendo autem bonorum possessionem, videtur quasi contrahere cum legatarijs, & creditoribus, argum. § hæres quoque, in Instit. de obl. quæ ex quasi contractu nascuntur.

Bart. ad l qui in aliena, ff. de adquir. hæred. respendit filiumfa. hoc in casu non obligari, sicut nec uoto obligatur, l. si quis rem, §. uoto, ff de pollicitat. Videtur enim bonorum possessio similis esse voto; quia illa, sicut votum, consistit in animo agnoscentis.

Sed reprehenditur hæc sententia a Castrensi, Alexandro, Aretino, & Iasone, in d. l. qui in aliena, quoniam bonorum possessio non est uoto similis. Nam olim Decretum Prætoris requirebat, & nunc saltem coram Iudice declarationem animi requirit, iuxta l. ult. C. qui admitti, quod votum non requirit.

Et licet Alciatus lib. 4. Paradoxorum, c. 2. conetur Bartolum tueri, quem Alciatum refert, & refellit Cagnolus, in l. 1. num. 26. C. qui admitti, fatetur tamen, similitudinem voti non esse aptam, & omnes contractus ab animo pendere demonstrat.

Secunda est solutio Alexandri, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari hoc in casu creditoribus, & legatarijs, quia nec emolumentum adquirit bonorum possessionis, l. secundum naturam, ff. de reg. iur.

Sed hęc sententia non probatur Dec. in dict. l. 1. C qui admitti, nec Alciat. loco supra citato, quia filiusfam obligatur ex contractibus, quos ipse facit, dict. l filiusfamil. ff. de actio. & oblig. cum tamen contractus commodum patri acquiratur, l. Ieruus uetante, ff. de verborum oblig. qui teneatur, quatenus est in peculio; l 3. §. si filio, ff. commod.

Tertia est solutio Aretini, in d l. qui in aliena, filiumfam. non obligari agnoscendo bonorum possessionem; quia ius eam agnoscendi non competit filio, sed patri, licet filius de facto agnoscat, l adquiritur, §. 1. ff. de adquir. rer. domin.

Sed hanc sententiem refellit optimè Decius, in d. l. 1. C. qui admitti, nume. 34. & Alciatus lib 4. Paradox. c. 2. quia ius agnoscendi uerè competit filio, non patri, sed patri iubenti, uel ratificanti emolumentum adquiritur. Et ideo dicit tex. in d. l. adquiritur, §. 1. *Et si iubentibus nobis adierit, hæreditas nobis adquiritur, perinde, ac si nos ipsi*

hæredes inſtituti eſſemus. Non autem dicit, ius adeundi A adquiri patri.

Quarta eſt ſolutio Iaſonis, in l. 1. C. qui admitti, hæreditatem eſſe indiuiduam, l. pen. ff de adquir. hæred. & cõſequēter etiam bonorum poſſeſſionem; ac proinde cum eius commoda filius non conſequatur, nec ad eum etiá incommoda pertinere.

Refellitur a Decio & Alciato, locis annotatis, eam ob cauſam, quod etiam contractus ſunt indiuidui, l. ſi quis aliam, ff de ſolut. & tamen filiusfam. contrahendo obligatur, & patri emolumentum quæritur.

Quinta ſolutio eſt Decij, in d. l. prima, C. qui admitti, filiumfam. agnoſcentem bonorum poſſeſſionem, animum habere adquirendi patri; & conſequenter, etiam obligandi ipſum patrem; proinde filium nequaquam obligari, ne actus eius contra intentionem operetur. Poſtea idem Decius videtur ab hac ſolutione recedere, & in ea eſſe ſententia, vt filius obligetur, & etiam ſibi commodum adquirat bonorum poſſeſſionis, aliter explicans l. vlt. ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione ſeruet. B Sed vtrumque malè: Nam quod ait de filij agnoſcentis animo, Alciatus loco ſuperius annotato refutat: *Verum te appello Deci* (inquit Alciatus) *cur non & in contractibus idem præſumimus, cum eorum commoditas ad patrem deuoluatur?*

Quod autem ſecundo dicit, repugnat l. vlt. Nam ſi patre non ratificante, filio commodum adquireretur, poſſet ab eo peti bonorum poſſeſſio patre abſente, & furente. Tunc enim pater certiorati non poſſet: Et tamen contrarium docet tex. in d. l. vlt.

Sexta eſt ſolutio Alciati, loco ſuperius allegato filium bonorum poſſeſſionem agnoſcentem creditoribus non obligari; quia nullum in eo agnitionis actu creditorum factum interuenit. Cęterum, in alijs contractibus filium obligari; quia aliquod factum creditorum intercedit: Factum enim, in quo quis verſatur, longè eſt efficacius, quàm id, quod per alium nil agenti quæritur.

Refellitur a Bellono lib. 3. Supputationum iuris, ca. 2. C Nam is, cuius negotia geruntur, actionem habet, vt in § 1. & ſeq. in Inſtit. de oblig quæ ex quaſi contractu, &c. & tamen eius factum nullum interuenit.

Septima eſt ſolutio Belloni loco ſupra citato, quæ eadem eſt cum ſolutione Iaſonis. Eam vero confirmat, quia in hæreditate, & bonorum poſſeſſione commoda non ſeparantur ab incommodis, immò tranſeunt in bonorum poſſeſſorem, l. prima, ff. de bonorum poſſeſſ. At in contractibus, quandoque commoda ab incommodis ſeparantur: nam pupillus contrahendo non obligatur, & tamen alios obligat, §. primo, in Inſtitut. de autoritate tutorum.

Sed reſponderi poteſt, ita ſpecialiter in pupillo conſtitutum eſſe, verum in alijs æqualem eſſe contrahentium conditionem.

Ego cogitabam, dici poſſe, filiumfamil. non obligari, quia nullius eſt momenti bonorum poſſeſſio agnita ſine iuſſu vel ratificatione patris; quod enim nullum eſt, nul- D lum operatur iuris effectum, l. 4. § condemnatum, ff. de re iudic. cap. non præſtat, de reg. iur. lib. 6. l. 2. ff. de excuſ. tutor. l. vlt. C. arbit. tutelæ. Quod autem nulla ſit agnitio facta à filiofam. probatur ex d. l. vlt ff. quis ordo in bonorum poſſeſſ. ſeru. Nam, ſi valeret, & efficax eſſet agnitio à filiofam. facta ſine conſenſu patris, ratificari a patre poſſet, etiam poſt tempus, intra quod actus expediri poterat, ex doctrina Bartoli, in dict. l. 1. C. qui admitti, & Decij ibidem, num 83. Cagnoli, num. 107.

Non poſſe autem ratificari, niſi intra tempus, quo poteſt agnoſci, probat text. in d. l. vlt. ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. ibi: *Prœteritis autem centum diebus fruſtra ratum habebit.*

CAPVT LXXVII.

Explicatur collationis materia, controuerſiæq́; ad eam pertinentes diſcutiuntur.

SEptem capitibus collationis materiam, propoſitis aliquot concluſionibus, explicabo, & controuerſias ad eam pertinentes expediam, quibus expediendis nõ parum lucis concluſiones adferent.

Prima concluſio; filius emancipatus, omnia bona exceptis caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus, conferre tenetur filio in poteſtate, mortis tempore exiſtenti, ut inter eos diuidantur una cum bonis patri defuncti, pro portionibus hæreditarijs.

Probatur ex l. ſi emancipati, C. de collatio. ex l. 1. iuncto, § nec caſtrenſe, ff. de collat. bonor. eamque omnes admittunt, & nulla eſt controuerſia.

Secunda Concluſio. Collationi, de qua proximè dictum eſt, locus eſt, ſiue ſuus, & emancipatus eodem iure ſuccedant, ſiue diuerſo iure, puta, ſi alter ex teſtamento ſuccederet, alter contra teſtamentum. Ita poſt Bartolum, Caſtrenſem, Alexandrum, & Iaſonem, Cagnolus docet, in d. l. ſi emancipati, nu. 138. C. de collat. Vitalis in tract. de collationib. quæſt. 38. & probatur ex l. ſi filius, ff. de collat. bonor. & ex alijs, quas Iſti adferunt.

Tertia Concluſio. Filia in poteſtate exiſtens, tenetur emancipato dotem conferre, l. 1. ff. de collat. dot. l. filię dotem, C. de collation.

Quarta Concluſio. Liberi omnes, tam emancipati, quam in poteſtate exiſtentes, conferre inuicem tenentur dotem, & donationem propter nuptias, quas habuerunt à patre, vel matre, auo, vel auia, proauo, vel proauia paterno, uel materno, paterna, uel materna, quoties de ſucceſſione eius agitur, qui illis dotem dedit, uel donationem propter nuptias.

Probatur ex l. ut liberis, C. de collat. & quoniam Imperator Leo ibi dicit, emancipatos conferre debere pro tenore præcedentium legum, ea, quæ à parentibus emancipationis tempore, vel poſt emancipationē conſequuntur, controuerſia oritur, quomodo id accipiendum ſit. Vtrum ſcilicet emancipati ea, quæ à patre conſequuntur tempore emancipationis, vel poſt emancipationem conferre teneantur, tam ſuis, quàm emancipatis, an uerò ſuis tantum.

Etenim, Bart. Alexand. & multi alij, ut per Cagnolũ, in d. l. ſi emancipati, nu. 157. C. de collatio. Vitalis, de collationibus, c. 2. nu. 4. exiſtimatunt, textum eſſe generaliter accipiendum, vt ſcilicet emancipati conferre debeant tam ſuis, quàm emancipatis.

Sed contrarium reſponderunt Paulus Caſtrenſ. Aretin. Roman. Corn. & Dec. in d. l. ſi emancipati, & idem Dec. in conſ. 59 quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex d. l. ut liberis, C. de collat. ubi Imperator Leo dicit: *Emancipatis pro tenore pręcedentium legum collaturis*. Tenor autem præcedentium legum eſt, vt emancipati conferant ſuis, non autē emancipatis, d. l. ſi emancipati, C. de collation.

Non obſtat, ſi dicatur ex hoc ſequi, Leonem nihil noui ſtatuiſſe in d. l. ut liberis. Quia reſpondeo, in hac parte eum noluiſſe aliquid noui ſtatuere, cum ſe ad antiquas leges referat. Cæterùm, in alijs vtilis eſt eius conſtitutio, quoad dotem ſcilicet, & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat, ex eo, quod dos, & donatio propter nuptias, conferri debent tam à ſuis, quàm ab emancipatis, & tam ſuis, quàm emancipatis, an idem eſſet de alijs bonis, quæ à patre donantur emancipatis, ut ſimiliter conferenda eſſent tam ſuis, quàm emancipatis, ait Leo eiuſmodi bona ab emancipatis eſſe conferenda, iuxta tenorem legum præcedentium, & conſequenter non emancipatis, ſed ſuis: ſic enim leges præcedentes ſtatuunt, vt dictum eſt.

CA-

CAPVT LXXVIII.

De eadem materia Collationis.

QVinta Conclusio. Quod ante emancipationem filio donatum est a patre, conferendum est, quasi donatum videatur emãcipationis tempore: quo-nlam donatio ante emancipationem non valet, & emancipatione secuta confirmatur. Ita Aretin. docet in d. l. si emancipati, C. de collat. Vitalis, tracta. de collationibus, cap. 2. num. 4.

Sexta conclusio. Dos, & donatio propter nuptias, conferri à nepotibus debet, dum succedunt vna cum suis patruis, dos, inquam, & donatio data eorum patri, vel matri, l. illam, C. de collat. Dos antem neptibus ipsis data ab auo, an, & quando conferenda sit, declarant Bartol. & Castr. in d. l. si emancipati, Alex. Ias. & Dec. in d. l. illam. Vitalis, d. tract. quæst. 23. & pendet ex l. 1. § si sit nepos, B ff. de collat. dotis.

Septima conclusio. Conferre debent etiam ij, qui nec sui sunt, nec emancipati, vt sunt nepotes ex filio emãcipato, l. si nepotes, ff. de collat. bonor. Item filij adoptiui, qui patri naturali succedunt, l. 1. §. is quoque, ff. eo. Bar. in l. pater filium, nu 4 ff. de collat. dotis. Et idem quando patri adoptiuo succedunt, vt declarat Corneus, in d. l. si emancipati, nu. 89. C. de collat.

Octaua conclusio. Conferre etiam tenentur, qui patria potestate liberati sunt per oblationem precum, vel Principis Rescriptum, ad similitudinẽ emancipatorum, l. libetos, C. de collat.

Nona conclusio. Liberatus patria potestate propter patritiatus honorem, iuxta l. vlt. C. de decurion. lib. decimo, conferre non tenetur. Ita docet Vitalis de collatio. quæst. 21. quæ sententia mihi non probatur. Nam tales C filij non dicuntur sui, cum sint liberati patria potestate, §. intestatorum, & §. emancipati. in Institut. de hæredib. quæ ab intest. & consequenter in eis locum habet eadem ratio, quæ in emancipatis, l. 1. §. toties, ff. de collat. bonor. Et cum ij, qui per oblationem Curiæ, vel Rescriptũ Principis liberati sunt patria potestate, cõferre teneantur, nulla esse videtur ratio, cur & isti non teneantur, qui non sunt illis absimiles.

Decima conclusio. Collatio fieri debet, licet dolo, vel errore facta diuisione hæreditatis, fuerit omissa, l. si soror, C. de collat.

Vndecima conclusio. Collatio locum habet, etiam testamento condito, tex. in Nouella, de Triente, & Semisse, §. illud, ex quo sumpta est Authen. ex testamento, C. de collationibus.

Hic oritur controuersia. Si pater vni ex filijs minorem hæreditatis portionem relinquat, vtrum is conferre teneatur. Alexander in l. si emancipati, nume. 12. C. de collation post Romanum, & Fulgosium quos citat, in D hac videtur esse sententia, vt si quidem pater dixerit in testamento, se idcirco filiæ, verbi gratia, minorem portionem dedisse; quia dotem illi dederat, dos non sit conferenda, ex l. ex parte, § intestato, ff. fam. hercisc. Si verò hoc non dixerit, tunc conferenda sit, & filiæ imputandum, quod dote contenta non abstinuerit ab hæreditate. Idem responderunt Corneus, in d. l. si emancipati, nu. 64 Cagn. ibid. num. 200. Dec. in Auth ex testamento, nu. 9. C. eod. ti & in cons. 59. col. 2. D. meus Cephalus, in consi. 486. in fi. lib. 4.

Contrarium autem Aretinus docuit, in d. l. si emancipati, col. 2. nempe absolutè locum non esse collationi hoc in casu, cuius sententiam satis æquam esse dicit Vitalis, de collationibus, q 33.

Et huic sententiæ magis est, vt assentiat. Moneor primo ex l. ex parte, §. intestato, ff. famil. hercisc. Scæuola: *Intestato moriens, Codicillis prædia sua omnia, & patrimonium inter liberos diuisit, ita, vt longè amplius filio, quam filia reliquerit. Quæsitum est, an soror fratri dotem confer-* A *re deberet? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, si nihil indiuisum reliquisset, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.*

Secundo moueor ex § illud, in vers. *æqualitatem*. in Authen. de Triente, & Semisse, vbi patet, pręcipuam causæ collationis inducendæ, esse rationem ęqualitatis inter liberos seruandæ: At in proposita specie, ex collatione oritur inæqualitas; igitur collatio cessare debet, l. vlt. C. commu. vtriusque iudic.

Fundamentum contrariæ sententiæ est in d. § illud, in Auth. de Triente & Semisse, quatenus ibi dicitur, testamento condito, collationi locum esse, nisi pater eam expresse prohibuerit. Sed iusta mihi sanè videtur hæc interpretatio, vt id locum habeat regulariter, scilicet, quando ex collatione oritur æqualitas, non si inæqualitas oriretur; tunc enim uoluntatis est coniectura prohibitam collationem uideri, argum. d. l. ex parte, §. intestato, ff. famil. hercisc. Et ad collationem impediendam coniecturam sufficere voluntatis defuncti, rectè ex eo textu do- B cuere Bald. & Albericus ibi, quos citat, & sequitur Dec. in d. cons 59 Idem scribit Crauetta, in cons. 85. & in consil. 125. Alc. in cons. 584 num. 1. Io Petrus Surdus, in consil. 143. num. 18. & 19.

CAPVT LXXIX.

Alia controuersia de eadem collationis materia.

ESt, & alia controuersia, si testamentum pro parte valeat, & pro parte sit ruptum, vt in ea specie, de qua loquitur l. pater filium, ff. de collat. dot. an inter filios collationi sit locum, quorum alter ex testamento hæ- C reditatem petit, alter verò contra testamentum. Pugnantes sunt Doctorum sententię, ut uidere licet ex Aretino, & Alexan. nu. 9. Corn. nu. 26. Cagnol. nu. 148 & 143. in l. si emancipati, C. de collat. Vitalis, dict. Tract. de collatio. c. 1. nu. 9. & nu. 13. & q. 32.

Mihi verior eorum sententia uidetur, qui collationi locum esse affirmant, hoc argumento. Nam aut collatio cessare debet in ea specie, quia filij diuerso iure succedũt; aut quia ex testamento defertur successio: Prior ratio impedire non potest collationem, l. si filius, ff. de collat. bon. Posterior nouo iure non impedit, §. illud, Nouella, de Triente & Semisse.

Si dicatur hunc casum esse mixtum; quia partim ex testamento succeditur, partim contra testamentum; & ideo non contineri sub simplicibus, vt Doctores dicunt. Respondeo, ex mente legum posteriorum, etiam hunc casum decidi posse: quia ratio cessat propter quam fuerat statutum, in d. l. pater filium, cessante enim ratione legis, cessat lex, l 1. ff. de legitim. tutoribus, l. adigere, §. D quamuis, ff. de iure patronatus, cum similibus.

Rursus, si dicatur in l. si filius, ff. de collat. bonorum rationem esse positam in iniuria, quam emancipatus facit suo, & propterea Scęuola respondit, collationem fieri inter eos, qui diuerso iure succedunt: Ergo cessante iniuria, cessare debet collatio. Respondeo, hanc rationem iniuriæ nouo iure non esse attendendam, quia tam suus emancipato confert, quàm emancipatus emancipato, inter quos ratio iniuriæ cessat, l. ut liberis, C. de colla. Inspicitur enim magis æqualitatis ratio, ut ibi habetur, & in d. § illud, in Authen. de Triente, & Semisse, & in l. vlt. C. commu. utriusque iud.

Quæritur etiam an in specie l. filio, §. uideamus, ff. de bonorum possessio. contra tab. locus sit collationi? & Iacobus Butrigarius dicebat, locũm esse, nouissimo iure inspecto, quem Alexander referens in d. l. si emancipati, colum. 2. C. de collation. dicebat se mirari, & neminem hoc dixisse. Veruntamen Butrigarium sequitur Vitalis, de collatio. cap. 2. num. 9. Et hæc sententia mihi placet;

placet; quia deciſio textus in d §. videamus, fundatur in ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio iam non tam attendi debet, quàm ratio æqualitatis, vt dixi. Vide Corneum, in d. l. ſi emancipati, nu. 32. & 46.

CAPVT LXXX.

Proponuntur alia concluſiones in materia collationis, & controuerſia diſcutitur; an donatio ſimplex, filio facta in poteſtate, ſit conferenda.

DVodecima concluſio. Collationi locus eſt etiam factis codicillis, l. a patre, l. filiā, C. de codicillis.

Decimatertia. Ius collationis ad hæredes tranſit actiue, & paſſiue, l. 1. §. ibidem, ff. de collat. bonor. l. ſi maritus, C. de collat.

Decimaquarta. Is qui conferre tenetur, ſi non conferat, vel de conferendo non caueat, partem hæreditatis conſequi non poteſt. l. ſi maritus, C. de collat. l. 1. § iubet autem Prætor, verſ. ſi frater, ff. de collat. bonor. Et ideo bona deponuntur penes curatorem, qui ea detineat, donec conferat, vel de conferendo caueat, l. nonnunquam, ff. eodem tit.

Decimaquinta. Collatio ceſſat in bonis caſtrenſibus vel quaſi, l. 1. § nec Caſtrenſe, ff eod.

Decimaſexta. Collatio hodie locum non habet in bonis aduentitijs, l. vlt. C de collat.

Sed hic oritur controuerſia de ſimplici donatione à patre filio exiſtenti in poteſtate facta, ſitne conferenda. Nam antiqui Gloſſatores non conueniunt, aliquibus affirmantibus conferendam, aliquibus id negantibus. Núc eorum ſententia magis communiter recepta eſt, qui negant conferendam. Ita Bar. in d l 1 § nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonor. Alex. & Iaſ. in Auth. ex teſtamento, C. de collat. & ibi etiam Dec. Cagn. ad d l. ſi emancipati, num. 197. C. eod. ti. Vitalis, de collat. q. t. Saporta in tractatu ſimili, de collat. c. 5. nu. 93.

Probatur hæc ſententia ex l. illud, C. de collat. In illis verbis: *Ex eo quod ſimplex donatio non aliter confertur, niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſua indulgentia impoſuerit.* t. x. e. s l. filiæ, C. famil. herciſc.

Niſi inæqualitas inter filios oriatur ex eo, quod alter filius dotem haberet, vel donationem propter nuptias, quas conferre deberet: tunc enim etiam alter donationem ſimplicem conferre debet, vt ibi dicitur.

Huc accedit ratio manifeſta. Nam donatio patris filio in poteſtate collata, non valet, ſed morte donatoris confirmatur, l. donationes quas, C. de donat. inter vir. & vxor. Conſequenter is, cui donatur, videtur bona donata conſequi poſt mortem patris. Conſtat autem acquiſita poſt mortem patris, non conferri, l. nec emancipati, C. de collationib.

Et licet Decius in d. l. illud, nu. 6 C. de collat. hanc rationem impugnet, eius tamen argumentis ſatisfacit Berous in conſ. 54. num. 27. lib. 1.

Opponitur huic ſententiæ tex. in l ſi donatione, C. de collat. *Si donatione*, inquit tex *tibi poſt mortem patris fundum quæſiſti, ſoror tua portionē eius vindicare non poteſt; nam ſi is filiafamilias conſtitutæ tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas*. Et huic legi aduerſatur l filiæ, C. famil. herciſ.

Quid Iac. Cuiacius dixerit, non ignoro, lib. 3. Obſeru. c 30. *Equidem ſic accipio l ſi donatione, vt ab inteſtato ſui donationem ſimplicem conferat*, &c. *Legem vero Filiæ, vt ex teſtamento inſtituti donata præcipua retineant.* Sic ille; Sed non mihi placet; nam vt maximè vera ſit interpretatio Cuiacij, quantum attinet ad l filiæ, C. famil. herciſc. quæ lex loquitur in eo caſu, quo teſtamentum e.t cōditum, & conſequenter collatio ceſſabat eo tempore; tamen non pōt illud admitti, quod ſimplex donatio con-

A feratur in ſpecie d l ſi donatione, licet ab inteſtato patri filiæ ſuccedant, quia id repugnat l illud, C. de collat. Re-uera abſtruſior paulò res eſt, vt Cuiacius inquit. Miror tamen eundem excellentem Criticum, non admonuiſſe manum ad emendandam l ſi donatione, adiecta negatione, hoc modo: *Nam ſi is filiꝗfam. non conſtitutę tibi à patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas* Ita ſi legatur, nihil obſtabit, quia emancipatus donationem ſimplicē tenetur conferre, l. 1. ff. de collat. bonorum. Nec obſtabit l. illud, C. de collat. quia intelligitur de donatione ſimplici filiofam. collata, qui eſt in poteſtate.

CAPVT LXXXI.

Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda.

B

SEd alia eſt controuerſia, quid ſi donatio à parentibus in filium collata, qui eſt in poteſtate, ab initio valeat; Nam aliquibus in caſibus valere poſſe receptum eſt, vt per Iaſonem, ad l. frater à fratre, ff. de condictio. indeb vtrum conferenda ſit? Et conferendam reſpondit Bartolus, in l. prima, §. nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonorum. Alexander, & Iaſon in Authen. ex teſtamento, C. de collat. Socinus ſenior in conſi 91 lib primo, Rodus à Valle, in conſi. 44. & in conſi 70. lib. quarto, Natta, in conſil. 106.

Contrarium docuerunt Decius, in l. illud, nume. 6. C. de collation. Cagnolus in l. ſi emancipati, numero 190. C. eodem, & antea eos Corneus in dicta Authen. ex teſtamento, col. 1. C. eod. Ioan. Petrus Surdus, in cōſil. 143. num. 54.

C Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior. Nam hæc eſt ſimplex donatio, quæ regulariter non confertur, vt in d l illud, circa finem, C. de collationibus. De dote tantum & donatione propter nuptias cautum eſt, vt conferantur à filijs, qui in poteſtate ſunt, l. vt libertis, C. eodem tit.

Argumenta contrariæ ſententiæ non obſtant. Primū eſt, quia quando donatio valet ab initio, tunc ceſſat illa ratio, de qua in præcedenti capite diximus, quod videlicet filius videtur acquiſiuiſſe poſt patris mortem, quo caſu collationi locus non eſt.

Reſpondeo, illam quidem rationem aptam eſſe ad impediendam collationem, ſed non ſi illa ceſſet, ſtatim erit collationi locus: quoniam collatio principaliter inſtituta eſt propter filium emancipatum, l. 1. ff. de collat. bonor. Et licet etiam ad filios, qui ſunt in poteſtate, fuerit porrecta, tamen non fuit porrecta ad ſimplicem donationē, ſed ad dotem & donationem propter nuptias, niſi quo-
D ties oritur inæqualitas inter liberos, ut in dicta l. illud, C. de collat.

Secundum argumentum eſt ex §. illud, in Authen. de Triente & Semiſſe, in illis verbis: *In dotem fortè, vel alio modo datas*. Sed nihil obſtat; quia hęc eſt Imperatoris ſententia, olim facto teſtamento à patre, locum collationi non fuiſſe, nec quoad dotem, nec quoad res alio modo datas. Ex hoc autem non rectè inferri poteſt hodierno iure, quo locus eſt collationi etiam teſtamento facto, conferendam eſſe non ſolum dotem, ſed etiam res alio modo datas: Sic enim quocunque modo data conferenda eſſent, quod eſt falſum.

Tertium argumentum eſt huiuſmodi: emancipati cōferre debent donationem ſimplicem, l. vt libertis, C. de collat. non alia ratione, niſi, quia donatio ſtatim valet: ergo idem eſt iuris in donatione ſimplici facta filio in poteſtate, quando ſtatim valet.

Reſpondeo, cauſam ob quam emancipatus conferre debet, aliam eſſe, nempe, iniuriam quam inferebat ſuo, id eſt, filio in poteſtate, l. 1. ff. de collat. bonor. quod autē

ſuus

suus conferre debeat emancipato, inductum est ex legibus posterioribus, quæ cum non de simplici donatione, sed tantum de dote,& donatione propter nuptias loquatur, consequens est, in donatione simplici collationem cessare: Excipio semper casum illum, quo inæqualitas oriretur inter filios, si collatio cessaret, vt in d.l.illud, C. de collationibus.

CAPVT LXXXII.

Proponuntur aliæ conclusiones in materia collationis, & excutitur alia controuersia de donatione facta filio ob causam matrimonij, an sit conferenda.

Decimaseptima conclusio. Donatio collata in filiū a patre, propter eius benemerita, non confertur, quia videtur aduentitia, non profectitia, Barto. in l.1.§.nec Castrense, num. 11. ff. de colla. bonorum. Corneus, in authen. ex testamento, num. 12. C. de coll. & Alexander ibid. num. 6. Iason, in l. filiæ, num. 2. C. eod. Vitalis, de collationibus, quæst. 1.

Sed controuersia est, si pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere aliqua nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, vtrum conferri debeat? Negant Crauetta, in consi. 85. & Ioan. Petrus Surdus, in consi. 143. & huic sententiæ fauent tradita p Burfatum, in consi. 188. num. 11 lib. 2. Affirmant Franciscus Becius, in consi. 20. & Rolandus a Valle, in consi. 44. & 70. lib. 4.

Priori sententiæ, quam amplector, illud est fundamentum, quod nulla lege cautum est, id genus donationis collationis regulis obnoxium esse. Esse autem ita permissum argumentari, ostendit l. illam, C. de collationibus.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ illud est præcipuum, quod donatio, de qua agitur, nō sit simplex, sed ob causam, nempe, contrahendi matrimonij, ac proinde conferenda sit, sicut dos,& donatio propter nuptias qui videtur similes esse,& id genus aliæ donationes, quæ valent ab initio, quia non habet in illis locum ratio, quæ in donatione simplici, quæ non confertur.

Respondeo, dotem, & donationem propter nuptias collationi subiacere, hanc verò nec donationem propter nuptias esse, nec ei similem, quia donatio propter nuptias, est necessaria, tenetur enim pater eam pro filio constituere, l.vlt. C. de dotis promissio. sed ad huiusmodi donationem, vt filius vxorem inueniat nobiliorem, vel ditiorem, non est obligatus pater, quare vt maximè non dicatur hæc donatio simplex, non tamen dici potest ob causam necessariam, ad similitudinem dotis, & donationis propter nuptias, vt proinde conferenda sit, sicut dos,& donatio propter nuptias conferri debet.

CAPVT LXXXIII.

Proponuntur omnes aliæ conclusiones, & quomodo accipienda sit l.vlt. C. de collation. explicatur.

Decimaoctaua conclusio. Quæ pater donauit causa studiorum alteri ex filijs, conferenda non sunt l.quæ pater, l. prima, ff. famil. hercisc. notant Barto. in l. prima, §. nec Castrense, num. 8. de collat. bonorū Alexander, ad l. si donatione, in fine, C. eodem titu Vitalis, de collat. quæstio. 18. Nisi filius pecuniam malè consumpserit, Authen. Quod locum, & ibi notat Bar. C. eo. & ibidem Decius, num 7. Item, nisi pater declarauerit se uelle, vt conferantur. Vide Crauettam, in consi. 125. Itē, nisi habeat pater bona propria ipsius filij, argum. l. vlt. ff. de petitio. hæred. Vide de his omnibus Hartmannum Pistorium, lib. 1. Quæst. iuris, cap. 19.

A Decimanona. Quod filius industria, & labore suo quæsiuit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum est, pro altera dimidia non est conferendum; quia partim aduentitium iudicatur, partim profectitium, ex traditis per Glo. in l. 1. C. pro socio. Vide Bar in l. 1. § nec Castrense, ff. de collat. bonor. Decium, in l illud, num. 10. C. eod. Crauet. in consil. 215. num. 10. Vitalem, de collat. q. 10. & q. 17.

Sed quæritur, quo modo accipiendum sit, quod in l. vlt. C. eodem constitutum est: *Vt nemini de cætero,* inquit Iustinianus, *super collatione dubietas oriatur: necessarium duximus Constitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Vt enim Castrense peculium in commune conferri in hæreditate diuidenda, & ex prisci iuris autoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quę minime parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.*

Respondet Saporta tract. de collation cap 5 accipiendum id esse de filijs in potestate existentibus. Sed B communior est sententia, tam de suis, quam de emancipatis accipiendum, ut notant Alexander, Iason,& Decius, in commentarijs illius legis, argumento sumpto ex l. cum duobus, 52. §. idem Papinianus, ff pro socio, ubi Iurisconsultus, emancipatos filios ea ratione bona castrensia, uel quasi, non conferre deducit, quia ea non acquirerentur patri, licet in eius essent potestate. Igitur & nobis ita licebit argumentari, quia parentibus non acquirerentur aduētitia bona filij emancipati, licet in eorum essent potestate: ideo talia bona non esse conferenda.

Quod autem ex d. l. vlt. constitutū est, aduentitia non esse conferenda, intelligendum est, quando parenti ipsi succeditur: Tunc enim filius, qui uel a matre, uel aliunde bona acquisiuit, ea non tenetur conferre; Cæterum, si de matris ipsius, uel alterius ex ascendentibus agatur successione, dubitandum non est, quin dos, & donatio propter nuptias, ab eis data, conferenda sint, ut in l. ut liberis, C. de collatio. & ibi Iason notat, & declarat C optimè.

Alia de materia collationis notatu digna legi poterunt apud Beroum, consil. 54. lib. 1. Alcianum, in consil 663. Surdum, d. consil 143. Iacopinum Riminaldum, in consi. 218. lib. 2. Hieronymum Gabr. in consi. 96. Ruinum, in consi. 161. num. 11. lib. 2. D. meum Cephalum, in consil. 184. num. 20. lib. 2.

Illud non probo, quod Surdus d consi 143. docet, collationem cessare, quoties hæres inuentarium confecit. Nulla enim lege id probari potest. Nec id inter inuentarij commoda a Iustiniano recensetur, uel ab alijs, & quoniam collationis onus est annexum ipsi hæreditati & successioni, ut dicebat Iacopinus Riminald. in dict. consil. 218. lib. 2. propterea inuentarij confectio hæredem non liberat ab eo.

D

CAPVT LXXXIV.

Controuersia aliqua, an hæreditas pacto dari possit. Et prima, quid si non tota hæreditas sed pars bonorum ex pacto detur, an valeat.

Certi iuris est, hæreditatem pacto dari non posse, l. hæreditas, C. de pactis cōuentis, l. ex eo, C. de inut. stip. Sed controuersiæ sunt nonnullæ ex uarijs causarum circumstantijs. Et prima est, quid iuris, si non hæreditas tota, sed pars bonorum in pactum deducatur an ualeat pactum? Et respondit Bald. valere, in l. vlt. C de pact. Sequitur Alex. in consi. 29 lib. 5. nu. 10. Dec. in consi. 578. nu. 9. & alios in eandem sententiam refert, & sequitur Menoch. in consi. 1. num. 161. lib. 1.

Contrarium multos respondisse testatur Tiraquellos, eos

eos citans, de iure primogeniorum, q.6.nu 14. Sed revera loquuntur ab eo citati, de pacto, quod fit de parte hæreditatis, non autem bonorum. In quibus tamen terminis multi ex antiquis valere putabant pactū, existimātes permissum eē de parte hæreditatis paciſci, licet nō de tota.

Sed quod ad pactum patris bonorum attinet. Alciatus in conſ.114.nu.3. existimat illud non valere, quoties obuentionem bonorum contineat, quod accidit, quando paciſcentes non ſe obligant ad quicquam dandum, vel faciendum, ſed verba referuntad bonorum peruentionem: tunc enim, ſiue de certa parte bonorum agatur, ſiue de tota ſucceſſione, reſpondit pactum non valere.

Franciſcus Burſatus hanc rem copioſè adductis autoritatibus tractans, in conſ.136. nu.37.38.& ſequent.lib.2.in ea videtur eſſe ſententia, vt valeat huiuſmodi pactum partis bonorum, ſi de certis bonis intelligatur, puta partis bonorum immobilium, vel feudalium, vel huiuſmodi. Cæterum aliter dicendum, ſi pactum ſit de parte bonorum omnium.

B Fundamentum prioris ſententiæ, quæ videtur magis communiter recepta, illud eſt; quia tale pactum non impedit liberam teſtandi facultatem, cum paciſcens de reliquis bonis teſtari poſſit. Et cum non contineat huiuſmodi pactum hæreditatem ac ſucceſſionem, nihil obſtat ei lex, quæ vetat pactis hæreditatem dari.

Fundamentum Alciati eſt, quoniam pactum, quo cōtinetur obuentio bonorum, non valet præterquam inter milites, l.licet, C.de pactis.

Ego puto huiuſmodi pacta non valere; Primò, quia nulla lex proferri poteſt, quæ illa tueatur. Secūdò, quia nulla iuris ratione confirmantur. Tertiò, quia non leuis coniectura ſuppetit legibus noſtris ea non probari. Nullam extare legem pactiones iſtas iuuantem, manifeſtum eſt: Nam donatio quidem mortis cauſa legibus probatur, nec non aliæ vltimæ voluntates & contractus, per quos hæredes noſtri aliquid dandum vel faciendum obligantur, quamuis obligatio ab ipſis hæredibus incipiat, l.vni.C.vt actio.ab hæredibus & contra hæredes incip. Sed nos loquimur iam de pactis iſtis nudis, non autem in aliquem ſpecialem contractum tranſeuntibus, vel in donationem mortis cauſa.

Nullam iuris rationem ſuppetere, quia iuuari poſſint, ex eo perſpicuum videtur; quoniam cum certi ſint modi iure introducti ſolennes, ex quibus bona poſt mortem conſerantur, nempè teſtamentum, Codicillus, Donatio mortis cauſa, Legatum, fideicommiſſum, & ſimilia iuris ratio poſtulat, vt non alios nobis propria autoritate fingamus, cum ſatis multi ac ſolemnes à iure ſuppeditentur.

Denique non leuem eſſe coniecturā, eas pactiones legibus improbari, facilè colligitur ex l. licet, C.de pact.ex l.hæreditas, C.de pactis conuentis, & alijs ſimilibus.

Nec quenquam mouere debet illud argumētum, quo dicitur, ideo pacta iſta improbari, quia uidentur auferre liberam teſtādi facultatem: & ideo quoties non de tota hæreditate, ſed de parte tantum, vel bonorum, vel hæreditatis diſponunt, ſeruanda eſſe; quoniam ratio, cur ea pacta improbentur, illa eſt præcipua: quia hæreditas pacto non datur, l.hæreditas, C.de pact. conuent. & alij ſunt modi ſolennes conſtituti, quibus de bonis ſuis quis poſt mortem rectè diſponat; quos ſequi proinde nos oportet, non aūt nouos, & autoribus legum ignotos excogitare.

CAPVT LXXXV.

Secunda controuerſia, quid ſi pactum fundetur in perſona promittentis, non autem bona, ſiue bonorum obuentionem reſpiciat, an valeat?

Communiter recepta eſt diſtinctio in hac materia pacti de futura ſucceſſione nuncupati; vt ſiquidē fundetur in perſona paciſcentis, valeat, ſi verò bonorum obuentionem contineat, non valeat. Exemplum

A prioris capitis. Promitto tibi omnia bona mea præſentia poſt mortem meam valet eiuſmodi pactum. Poſterioris autem exemplum: Promitto tibi, quod poſt mortem meam bona mea ad te peruenient. Ita Bartolus, in l ſtipulatio hoc modo concepta ff. de verbor. oblīgat in l.vltima, numero vndecimo, C de pactis & in conſilio 201. Promitto tibi, & tu mihi. Oldradus, in conſilio 139. Curtius iunior, in conſilio decimoquinto, Decius, in conſilio 225.236.613. Cacheranus, deciſione Pedemont.100.numero vigeſimoquinto, Berous, conſilio 30. numero 28. libro tertio, Celſus Vgo, in conſilio 100. Hieronymus Gabrielius, in conſilio 137. numero 16. Burſatus, in conſilio 136. num.ſeptimo, Purpuratus in conſilio 538. numero ſecundo, libro ſecundo, Simon Petrus conſilio 123 numero decimo.

Fundamentum eſt, quod attinet ad primum caput; quia iure cautum eſt, obligationes incipere poſſe ex perſona hæredis, l.prima, C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes incipiant. Cum ergo quis ita promittit bona ſua, vt in eius perſona fundetur promiſſio, tunc obligatio incipit eo mortuo, aduerſus hæredem, & is bona promiſſa reſtituere tenetur, niſi in pactum deducta eſſent tam bona præſentia, quam futura; tunc enim videretur pacto hæreditas dari; & ideo non valeret, & diceretur eſſe contra bonos mores, quia per illud pactum auferretur libera teſtandi facultas, ſi paciſcens nihil ſibi, de quo teſtari poſſet, reſeruaret. Cæterum, quando non in perſona paciſcentis fundatur pactum, ſed ad bona refertur, videtur ex eo hæreditas ac ſucceſſio dari, ac proinde pactum non valet, l.hæreditas, C. de pactis.

Sed, vt liberè dicam id, quod ſentio, non puto veram eſſe hanc doctrinam; ac proinde controuerſiam ipſe moueo hac in re, licet nemo forſan huc uſque mouerit. Exiſtimo enim neutro caſu pactum valere. Et quoniam omnis difficultas eſt in primo capite diſtinctionis, eo dirigam argumentum meum, vt fundamentum doctrinæ communis euertam. Aiunt Doctores, ideo pa-

C ctum valere: quia obligatio tunc incipit ab hærede promiſſoris, ex quo apparet promiſſorem non voluiſſe hæreditatem pacto dare, ſed ſuum hæredem obligare ad bona promiſſa tradenda, quod permiſſum eſſe indicat l.1. C.vt actio.ab hæred.

Sed contra oſtendam legibus improbari etiam illud pactum: quo non immediatè hęreditas datur, ſed hæres promiſſoris incipit ex pacto obligari. Oſtendam hoc ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis: Ait textus: *Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur adfirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata: intelligis nulla te actione poſſe conuenire heredes, ſeu ſucceſſione eius, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*

Hic perpendunt Doctores illa verba, *vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent.* Et quia ad bona, ſiue ad bonorum peruentionem referuntur, ideo putant pactum non valere. Ego contra perpendo ex hoc tex. illa

D verba, ac totum reſponſum Diocletiani, euertere eorum traditionem: quod ita planum facio. Si pactum valeret eo caſu, quo bona quis promittit poſt mortem ſuam, ita vt promiſſio fundetur in perſona eius, obligatio autem, ſiue actio contra hæredes incipiat, deberet etiam valere in ea ſpecie, de qua loquitur Diocletianus: quia etiam in ea ſpecie obligatio & actio incepit contra hæredes. Id patet ex illis verbis textus: *Intelligis nulla te actione poſſe conuenire heredes, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.* His enim verbis perſpicuum eſt, paciſcentem voluiſſe quidem ſuum hæredem obligare in ea ſpecie, & tamē pactum non valet. Si enim noluiſſet paciſcens ſuum hæredem obligare, ſed immediatè ſua bona ad eum pertinere, cui promiſerat, non erat, cur dubium eſſet, an hæres promiſſoris conueniri poſſet. Sed quia hæc erat vis pactionis, vt etiam hæredem obligaret, ideo quæſitum eſt, an hæres conueniri poſſet: & negat poſſe conueniri: quia

quæ promissa sunt, non debeniut, ratio est; quia pactum A non valet.

Et certè, si verum amamus, nullum videtur esse discrimen quoad rei substantiam; vtrum quis dicat, promitto tibi bona mea post mortem; vel promitto, quod bona mea post mortem meam ad te pertinebunt, vel peruenient. Vtroque enim in casu promissor videtur obligasse suum hæredem ad bona stipulatori tradenda. Sed non valet eiusmodi pactum; quia effectu inspecto, nihil aliud in eo continetur, quàm successio & hæreditas: Et notū est omnibus, leges verbis impositas non esse, sed rebus, l. 2. C commu. de leg.

Tertiò inspiciamus diligenter fundamentum communis sententiæ. Sic ait Iustinianus in l. vnica, C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes incip. *Cum stipulationes & legata, & alios contractus post mortem compositos, antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi omnium vtilitate recepimus: cōsentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas vtebatur, more humano emendare. Ab hæredibus enim incipere actionem, vel contra hæredes, veteres non concedebant, contemplatione stipulationū cæterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitij materiam relinquamus, & ipsam regulam de medio tollere: vt liceat & ab hæredibus, et contra hæredes incipere actiones, & obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum, voluntates contrahentium impediantur.*

Hac lege non hoc statuit Iustinianus, vt generaliter & absolutè valeat, & seruandum sit ab hærede promissoris omne pactum, & præsertim illud, de quo nostra est disputatio; sed hoc voluit, vt licet nulla actio, nec contra hæredem, nec ab hærede incipere posset, quia stipulationes & obligationes, & contractus post mortem compositos antiqui respuebant, nunc actio incipere ab hærede, & contra hæredem possit; quia tales contractus & obligationes recepti sunt.

Post mortem suam nemo dari sibi stipulari poterat, non magis, quàm post eius mortem, a quo stipulabatur, inquit C Imperator in §. post mortem, in Instit. de inutil. stipul. Hoc ergo ius antiquum est emendatum, quamobrē nūc licet stipulari sibi dari post mortē suam, & quis promittere potest se daturum post mortem suam, & tunc actio incipiet ab hærede, & contra hæredem; Ergo non inficior cuilibet liceret, ita se obligare stipulando, contrahendo, legando, sed nego licere extra contractus causam, vel donationis causa mortis, vel legati aliamvè similem receptam causam, bona sua in pactum deducere, vt scilicet post mortem promissoris ea quis obtineat. Est enim hoc pactum futuræ successionis, pactum, quo hæreditas datur, si non quis ad verborum corticem attendat, sed rem ipsam penitus contempletur.

At inquiunt, in primo casu, cum quis prōmittit bona sua post mortem, refert suam promissionem post mortē & tunc incipit obligatio & actio aduersus hæredem, quod est permissum. Sed contra idem accidit, & in posteriori casu, & tamen pactum non valet, dicta l. hæredi- D tas, cum enim sic dico: Promitto tibi, quod bona, mea peruenient ad te post mortem meam; nonnè obligo me ipsum ad hoc, vt bona, consequaris post mortem meam? Consequenter nonnè & meum hæredem obligo, vt hoc ipsum adimpleat? Hęres enim obstrictus est omnibus obligationibus, quibus defunctus tenetur, l. 1 C si certū pet. l. ex qua persona, de reg. iur. pro hæreditarijs, C. de hæred. act.

Illam igitur distinctionem valere iubeo, & germanam solidamque traditionem amplector, eiusmodi pactiones non valere, Eruditorumque Iurisconsultorum iudicium ac sententiam expecto.

CAPVT LXXXVI.

Pactum de futura successione reciprocum, an valeat.

Sequitur tertia controuersia de pacto futuræ successionis an valeat, si reciprocum sit. Etenim multis placuit illud valere. ita Marsilius singulari 333. citans in hanc sententiam Oldradum in consil. 139 Ioan. And. ad Specular. titu de instrument editione. § Partiò, col. vlt. Alexand. in l. licet, C. de pact. Angelum in consil. 179. Iasonem in l. si pater puellæ, C. de inoffic testam. Eādem sententiam sequitur Mynsingerus Centur. 2. Obserua. 33. Viuius commu. opin. in verb. Pactum, 1. nn. 12. alios refert Tiraquell de iure primogenior. q. 6. num 5.

Sed contrarium docuerunt Bartol. in dicta l. licet, C. de pactis & in consil. 212. Alexand in consil. 28 libro 3. Decius in cons. 225. num. 3. Iason consil. 87 num. 3. libro B 1. Parisius in consil. 24. num. 77. lib. 2. Curtius iunior in consil. 15. Tiraquell. de iure primogenitorum, quæst. 6. num. 24. Ofaschus decisio, Pedemont 100. num. 22. Burfatus in consi 136 num. 13. Hieronymus Gabriel. in consil 137 non procul ab initio. Petrus Pechius de Testamētis coniugum, lib. 1. cap. 7.

Eandem sententiam sequi uidetur Andreas Gcyll, lib. 2. Obser. 120. sic enim ait: *Distinguendum esse, ne impingamus in hoc difficili articulo, vtrum fiat promissio mutua de succedendo causa donationis inter viuos, an verò simplex promissio per pactum de successione reciproca. Primò casu valet promissio; quia non est pactum futuræ successionis: sed obligatio descendens ex contractu de præsenti inter viuos celebrato, licet effectum post mortem sortiatur, ideoq; valet, & tenet irreuocabiliter. Secundo casu promissio non valet, puta, si duo plures vè paciscantur inuicem, ve alter alteri deficientibus liberis succedat.* Hactenus ille.

Idem latè concludit Simon Petrus in consil. 123.

Ego posteriorem hanc sententiam absque omni hæsitatione amplector, si quæstio sit inter priuatos; secus, si inter milites, autoritate l. licet, C. de pactis, vbi Diocletianus: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is, qui superuixerit, alterius rebus potiatur, nec donationē quidem mortis causa gestę efficaciter speciem ostendat: tamen cum voluītas militum, qua super vltimo vitę spiritu, deque res familiaris decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicij obtineat, proponasq; te ac fratrem tuum ad discrimen prelij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitę attulisset, pertinerent, existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, (quod Principalium Constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius cōfendum ad te delatum esse.*

Hac lege uidetur mihi apertè decisa hæc controuersia, ualere quidem eam conuentionem inter milites; inter priuatos autem non ualere.

Huc accedat ratio legis; pacto videlicet hæreditatem dari non posse, l. hæreditas, C. de pactis conuentis, locū enim habet etiam, vbi pactum est reciprocum.

Nec difficile est ad argumentum Marsilij respondere, qui autoritate multorum abutitur in hoc articulo: Illud etiam in eo positum est, ꝗ vicissitudo illa multa operari soleat, & ideo licet donatio inter vtrum & vxor. regulariter non valeat, tamen ualet, si sit reciproca, ut tradit Iason in l si pater puellæ, C. de inoffi. testam.

Item licet donatio excedens quingentos aureos non valeat absque insinuatione, tamen valet, si sit reciproca. Angelus in cons. 179. & alij.

Sed omnibus istis exemplis uno verbo respondetur, datu, quod uera sint, longè esse dissimilia, nec ad hāc speciem rectè applicari, in qua & legis autoritas, & eius ratio apertè aduersantur, perspicuumq; est vicissitudinem nihil prorsus operari.

CA-

CAPVT LXXXVII.

Pactum de futura successione in contractu matrimoniali adiectum an valeat.

CONuentiones de futura successione pactis matrimonialibus adiectas, ut puta, quod solus primogenitus ex eo matrimonio succedat, valere, autores sunt plurimi. Guido Papæ, q. 167. & 505. & alij, quos refert & sequitur Menoch. in cons. 1. nu. 162. lib. 1. Et prætermissis leuib argumentis adducti in hanc sententiam sunt ex l. Diui Constantini, C. de naturalibus liber. in illis verbis: *Pactis, quæ matrimonij tempore super dotibus, vel ante nuptias donationis rebus, subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus: ut una cum fratribus suis postea ex eisdem parentibus forte progenitis, aut soli (si nullus alius sit procreatus) dotis & ante nuptias donationis pro tenore, legum, nec minus pactorum emolumenta percipiant.* Idem ferè probat l. si inter, ff. de pactis dotalibus.

Sed istis ego non assentior, imò contrariam sententiam amplector, quam defendit post alios, quos adducit latè Tiraquellus, de iure primogenitorum, q. 6.

Et moueor ex claris legibus, quæ disertè declarant, non valere huiusmodi pacta, etiam in contractu matrimoniali, nempe, ex l. pactum, 25. C. de pactis. *Pactum*, inquit textus, *quod dotali instrumento comprehensum est, ut si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre heres patri suo esset: neque vllam obligationem contrahere; neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Et ex l. Hæreditas, C. de pactis conuentis. Diocletianus: *Hæreditas extraneis testamento datur. Cum igitur affirmes dotali instrumento pactum interpositum esse uice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent: quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse conuenire hæredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quę nullo modo debentur.*

His legibus, quę tamen satis perspicuæ sunt, & ad rem maximè pertinent, nullum à quoquam ex contrariæ sententiæ autoribus allatum responsum legi. Contra vero ad leges contrariæ sententiæ plana est responsio, eas loqui de pactis circa dotem, & donationem propter nuptias, vt patet ex ipsis verbis dictarum legum. Nemo autem negat ea pacta valere: sed nostra quæstio est, an valeant extra dotis & donationis propter nuptias causam. Et ideo non sine causa Diocletianus in d. l. Hæreditas, C. de pactis conuentis, addidit illa verba: *quę dotis titulo tibi non sunt obligata.* Sciebat enim pacta eiusmodi circa dotem & donationem propter nuptias inter coniuges valere, & seruanda esse.

CAPVT LXXXVIII.

Excommunicatus an possit testari.

VEtus est controuersia de excommunicato, an possit testamentum facere; & licet non dubium sit, quin communior sententia potestatem illi hanc faciat, excepto tamen hæretico & læsæ maiestatis reo, vt in c. excommunicamus, §. credentes, de Hæreticis, in c. fęlicis, de pœnis, lib. 6. sicuti testatus est olim Fridericus Senensis in consil. 74. & non ita pridem Antonius Gabrielius, lib. 4. commun. concl. tit. de testamentis, concl. 1. Couuar. ad Rubr. de testamentis, in 2. par. nu. 18. Clarus in §. testamentum, q. 24. tamen mihi videtur iuris rationi magis consentanea contraria sententia, quam Glos. sequitur in c. decernimus, de sentent. excommu. lib. 6. Hostiensis in cap. pia, de except. in 6. Et quidam alij, qui citantur in locis annotatis. Nam si liceret excommunicato facere testamentum, liceret eidem etiam cum alijs communionem habere, & actus legitimos exercere. Ne-

A que enim testamentum quis facere potest, nisi testes adhibeat, & coram eis suam voluntatem enunciet. Adhiberi solet etiam Notarius, qui de testamento instrumentum conficiat, ut notum est. Sed quin hæc excommunicato interdicta sint, dubium non est. ideo excommunicatus neque agere, neque patrocinari, neque testificari potest, dicto cap. decernimus, de senten. excommu. lib. 6. Ergo nec testari: Est enim par ferè ratio. Et iam constat testamenti factionem in superioribus casibus expressè interdictam, scilicet hæretico, & læsæ maiestatis reo, qui sunt excommunicati.

Nec difficile est ad argumenta communioris sententiæ respondere; Illa enim diligenter à Friderico Senensi commemorantur. Primum est; quia testamenti factio non est prohibita excommunicato, ergo intelligitur permissa, ut notat Glos. in l. si quæramus, ff de testamen. Respondeo, etsi nominatim prohibita non sit, tacitè tamen prohibitam censeri, ex eo, quod excommunicatus
B ab omni fidelium communione exclusus est, & præterea nominatim esse prohibitam in duobus casibus, vt suprà.

Secundum argumentum est: quia excommunicatus tenet dominium bonorum suorum; ergo de illis ad libitum suum disponere potest. Respondeo, non esse bonam consequentiam, nisi eatenus disponat, vt non cum fidelibus communionem habeat: hoc enim est ille beneficio priuatus; Et ideo testari non potest, quia sic communicaret cum alijs.

Tertium argumentum est; quia si dicamus valere testamentum, est maior fauor eorum, ad quos bona excōmunicati peruenient, quàm ipsius excommunicati, ergo propter vtilitatem nostram, debemus dicere testamentum valere. Respondeo, negando consequentiam; quia immò si testari excommunicatus non possit, nihilominus bona eius ab intestato ad legitimos transeunt
C hæredes. Nec propter bona temporalia debemus concedere, vt excommunicato liceat cum alijs communicare, sed tantum id licet propter salutem animæ suæ, vt in capitulo cum voluntatem, de sentent. excommunicat.

Quartum argumentum: quia sunt quidam speciales casus, in quibus excommunicatus testari non potest, nempe, propter hæresim, & crimen læsæ maiestatis, vt dictum est; ergo in alijs casibus licebit excommunicato testari. Respondeo, non esse casus speciales illos. Neque enim dicitur specialiter tantum in illis casibus testamenti factionem denegari excommunicato, in d. c. Felicis, de pœnis, in 6. & in cap. excommunicamus, § credentes, de hæreticis.

Quintum argumentum est, quia sequeretur absurdum. Nam si iniusta esset excommunicatio, nihilominus testari non posset excommunicatus; Ergo si absolutus esset, quo casu debent omnia ei iura restitui, capit. qua de causa, secunda quæst. quinta, tamen si decessisset,
D non valeret testamentum: & sic ei testamenti factio nō restitueretur. Respondeo, si excommunicatus absoluatur eidem restitui quoque factionem testamenti, & ideo licet primum testamentum non valeat, quod fecit cum esset excommunicatus; valebit tamen aliud, quod facere poterit cum erit absolutus: quod si non fecerit, erit illi imputandum.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum Clericus de fructibus bonorum ecclesiasticorum testari possit.

HAec est antiqua, celebris, & non parui momenti controuersia. Vtrum Clerici, & alij Ecclesiastici viri de fructibus beneficiorum & præbendarum Ecclesiasticarum testari, tanquam veri eorum domini possint. Variæ ac diuersæ fuere

A olim, & inter recentiores etiam Doctorum tum canonistarum, tum Theologorum sententiæ, vt videlicet ex interpretibus post Glos. ibi, in cap. præsenti, in verbo, *reservari*, de offic. ordin. in 6 in cap. vlt. de peculio cleric. in cap. cum in officijs, vbi latè Couuar de testament. Claro in §. testamentum, quæst. 27. vers. Quarto videndum est, Martino Nauarro in tractatu & Apologia de reditibus ecclesiasticis. Francisco Sarmenio in libris de reditibus ecclesiasticis, vbi triginta commemorat opiniones, nouissimè ex Reuerend. P. Gregorio de Valentia, Theologiæ hic professore celeberrimo, quē omnes propter singularem eius doctrinam, sanctitatem, & prudentiam cum primis veneramur. Tomo 3. comment. Theologicorum. disputatione decima, quæstio. 3. de statu Episcoporum.

Ego breuiter sententiam meam aperiam, eamque cōfirmabo, tum ad argumenta contrariæ sententiæ respondebo, qui plura hac de re scire cupiet, supra dictos in locis annotatis consulere poterit.

B Existimo clericos & alios ecclesiasticos viros, testari posse de fructibus beneficiorum ecclesiasticorum, quæ illis supersunt vltra necessitatem eorum, & moueor hoc argumento: De quacunque re testari quis potest, cuius dominus est, si nulla lege testari prohibeatur: Sed clerici & alij ecclesiastici viri domini sunt huiusmodi fructuum, & nulla lege testari prohibentur, ergo testari possunt.

Maior propositio probatur, quia testamentum nihil aliud est, quam iusta voluntatis nostræ sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, l. 1. ff. de testam. Nemo autem disponere potest, quid fieri velit nisi de eo, cuius est dominus, vt patet. quod autem de rebus suis quilibet testari possit, probatur, quia testādi facultas omnibus est concessa, exceptis ijs, quib. prohibita est. *Nihil est enim, quod magis hominibus debeatur, quàm vt supremæ* C *voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* l. prima, C. de SS. eccles. Et ideo rectè docet Accursius in l. si quæramus, ff de testament. quemlibet habere testandi facultatem nisi expresse prohibeatur, argument. l. ab ea, ff. de probat. & omnes Doctores communiter idem passim docent, nullaque est difficultas.

Minor autem propositio duas habet partes. Prima, clericos esse dominos eiusmodi fructuum. Altera, nulla lege expresse de his prohibitos esse testari. Quod ad primam partem attinet, probatur multis argumentis.

Primum est ex cap. vni de clericis non residentibus, libro 6. in illis verbis; *Qui vero aliter de distributionibus ipsis quicquam receperit (illis quos infirmitas, seu iusta & rationabilis corporalis necessitas, aut euidens Ecclesiæ vtilitas excusaret) rerum sic receptarum dominium non acquirat, nec faciat eas suas*, &c.

His verbis Summus Pontifex dicit, clericos non resi- D dentes, non acquirere dominiū, nec sua facere, quæ percipiunt ex distributionibus, quæ uocantur quotidianæ, quæ sine dubio nihil aliud sunt, quam fructus: aut certè nulla est ratio differentiæ inter eas, & alios fructus beneficiorum ecclesiasticorum. Ergò si clerici resideant, faciunt fructus suos, & eorum dominium acquirunt.

Et de fructibus ipsarum præbendarum idem constitutum est in Concilio Tridentino, Sess. 23. cap primo, de reformatione, vt nimirum ecclesiastici habentes curam animarum, qui non resident, *non faciant fructus suos.* Ex quo similiter argumentari licet, si resideant, eos facere fructus suos; & per consequens eorum dominium acquirere.

Secundum argumentum est ex c. peruenit, de fideiussor. in illis verbis; *Alioqui de reditibus eorum præscripta debita facias exolui & damna eorū, quę propter hoc pertulit, resarciri, aut prędictos reditus sibi assignetis iam diu sine molestia detinendos, donec ipsa damna resarcita, fuerint, & debita sine diminutione soluta.*

Hoc mandat Summus Pontifex, vt creditoribus clerici satisfaciat ex fructibus & reditibus beneficiorū: quod argumento est, clericum dominium habere ipsorum fructuum. Neque enim ex rebus alienis iustum esset satisfieri creditoribus.

Tertium argumentum est ex ratione, qua vtitur R. P. Gregorius. Nam ministri ecclesiastici non debent esse peioris conditionis, quam alij Reipubl. ministri: At alij Reipubl ministri domini efficiuntur stipendiorum, quæ eis dantur; ergo eodem modo ecclesiastici ministri fiūt domini fructuum suarum præbendarum.

Quartum argumentum ego sic adscro. Aut viri ecclesiastici sunt vsufructuarij, & tunc fructus faciunt suos aut non sunt, sed administratores tantum, & tunc eos restituere tenentur; & consequenter rationem administrationis reddere cogendi sunt: sed hoc nullo iure cauetur, vt reddere compellantur administrationis rationem, & loquor i foro hoc externo; Ergo fructus sine dubio suos faciunt, alioqui cauendum erat aliqua lege, vt rationes reddere tenerentur.

Postremum argumentum est ex consuetudine. Nam optima est legum interpres consuetudo l. si de interpretatione, ff. de legibus Consuetudine autem receptum esse in Hispania, in Gallia, & in Italia, vt clerici pro dominis existimentur fructuum istorū, ac proinde de eis liberè disponant, testantur Couuar. & Sarmientus locis supra annotatis. Sarmientus inquam parte 4. de reditibus eccles. cap. 1 nu. 8.

Altera verò pars minoris propositionis, nulla lege ꝓhibitum esse viris ecclesiasticis de fructibus beneficiorum suorum testari, probatur; quia nullus ex iure canonico locus adferri potest, vbi cōtineatur huiusmodi prohibitio. Notandū est enim nos loqui de fructibus præbēdarū & beneficiorum, non autem de bonis mobilibus, vel immobilibus ex fructibus, vel aliunde per ecclesiam acquisitis. Constat enim non licere clericis de eis testari ex cap relatum, in 2. ex cap. cum in officijs, & ex capit. ad hæc, de testamentis. licet nonnulli res acquisitas ex fructibus, & fructus ipsos confundētes, existimauerint memoratis in locis prohiberi etiam de ipsis fructibus testandi facultatem: sed Decretales prædictæ non loquuntur de fructibus, sed de bonis acquisitis per ecclesiā. *Sic* enim ait textus in d. cap. Relatum: *Licet autem mobilia per ecclesiam acquisita de iure in alios pro morientis arbitrio transferri non possint*, &c. Et in c. cum in officijs: *Quidam clerici cum ab ecclesijs suis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquisita in alios transferre præsumunt*, &c. Et clarius in d. c ad hæc *Prçsentibus innotescat. quod clerici de mobilibus, quę per ecclesiam sunt adepti, de iure testari non possunt.*

Quamobrem Iulius Clarus loco superius annotato, rectè bona quæsita ex fructibus ecclesiæ distinxit ab ipsis fructibus; Et nos etiam distinguenda esse putamus. Ratio autem diuersitatis illa potest adferri, quod licet clerici etiam huiusmodi bonorum acquisitorum ex fructibus sint domini, & ideo videantur posse de eis pro eorum arbitrio disponere, tamen cum per ecclesiam ea acquisiuerint, charitatis & gratitudinis ratio postulat, vt ea potius relinquant ecclesię, quam alijs. Et hoc est quod dicit textus in d. c cum in officijs *Cum in officijs charitatis, primo loco illis teneamur obnoxij, a quibus beneficium nos cognoscimus recepisse; contra quidam clerici cum ab Ecclesijs suis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquisita in alios transferre prçsumunt. Hoc igitur quia antiquis Canonibus constat inhibitum, nos indemnitati ecclesiarum prouidere volentes, siue intestati decesserint, siue alijs cōferre voluerint, penes ecclesias eadem bona prçcipimus remanere.*

Hæc ratio Charitatis non ita viget in ipsis fructibus, quoniam fructus sunt ex rebus, quæ vsu consumuntur, & sicut ab ipso clerico, vtpote eorum domino consumi possunt, ita etiam ei licere debet eos testando in alios transferre, nec enim vt conseruētur pro ipsa ecclesia, iratam suppetit, vt in alijs bonis mobilibus uel immobilibus, quæ iam sunt acquisita, puta si vasa sint aurea

rea

rea vel argentea, ſuppellex, & ſimilia, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, neque tam facilè vſu conſumuntur. A

Argumenta vero contrariæ ſententiæ, quæ clericos dominos non eſſe contendit, ad hæc omnia reuocantur, quod eccleſiaſtica bona dicuntur Domino Deo donata, cap. qui Chriſti, 12. quæſtio. 2. cap. res eccleſię, 12. quęſt. 2. quod ad pauperes pertineant, c. Pręcipimus, & cap. ex his, 12. q. 1 quod clerici ſint diſpenſatores, c. decimę, 16. q. 1. c. quod autem, 13. q. 7. cap. 2. de donat. Sed iſtis & ſimilibus, quæ in eandem ſententiam latè adferri poſſunt & a Nauarro & Sarmiento adferuntur, optimè reſpondet Reuer. P. Gregorius loco annotato, bona eccleſiaſtica Deo data eſſe, hoc eſt, propter Deum, & eius cultum data eccleſiaſticis. Ad pauperes pertinere, quia eleemoſinæ ex reditibus eccleſiaſticis impertiendæ ſunt. Clericos eſſe diſpenſatores, & non dominos ſcilicet bonorum ipſorum eccleſiaſticorum, mobilium vel immobilium; non autem fructuum, qui ex præbendis percipiuntur.

Ad probandum autem clericos non poſſe teſtari de huiuſmodi fructibus beneficiorum & præbendarum, ad- B feruntur a Nauarro hæc iuris Canonici loca, cap. Epiſcopi, & c. ſint manifeſtæ, 12 q. 1. cap. 1. c. quia Ioannes, cap. fixum, 12. q. 5. c. 1. c. ad hæc, c. quia nos, c. cum in officijs, c. relatum, in 2. de teſtam. Et præterea Auth. Licentiam, C. de epiſcop. & cler.

Reſpondeo, omnia hæc loca loqui & accipienda eſſe de bonis acquiſitis per eccleſiam, vel ex rebus & fructibus eccleſiæ, non autem de ipſis fructibus Percurramus ſingula.

Adfertur primò c. epiſcopi, 12. q. 1. *Epiſcopi*, inquit, *de rebus proprijs, vel acquiſitis, vel quicquid de proprio habent hęredibus ſuis; ſi voluerint, derelinquant: quicquid vero de promiſſione ſua eccleſiæ fuerit, ſiue de agris, ſiue de fructibus ſiue de obligationibus; omnia in iure eccleſiæ reſeruare cenſuimus.*

Reſpondeo, textum loqui de bonis, quæ conſtituta ſunt pro eccleſiæ prouiſione: nam ſiue agri ſint, ſiue fructus annui, ſiue oblationes, illa omnia Epiſcopus in iu- C re Eccleſiæ reſeruare tenetur, nō autem relinquere ſuis hæredibus poteſt, ſicut bona propria: Itaque non loquitur textus de fructibus perceptis ab ipſo Epiſcopo pro ſuo vſu ipſius ſed de fructibus, & alijs, quæ pertinent ad prouiſionem ipſius eccleſię; quæ merito reſeruanda ſunt eccleſiæ, non ad hæredes transferenda: ſed quo minus fructus iam perceptos, & quorum dominus eſt Epiſcopus factus, hæredibus relinquere poſſit, non rectè inferri poteſt.

Adfertur 2. tex. in cap. ſint manifeſtæ, eadem cauſa, & quæſt. qui loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus præbendarum, & beneficiorum: *Sint manifeſtæ*, inquit, *res proprię epiſcopi, ſi tamen habeat res proprias, & manifeſtę dominica, vt poteſtatem habeat de proprijs rebus epiſcopus moriens, ſicut voluerit, & quibus voluerit derelinquere, ne ſub occaſione eccleſiaſticarum rerum, quæ Epiſcopi eſſe probantur, interdicantur*

Tertiò, adfertur text. in c. 1. 12 q. 5. qui loquitur de re- D bus mobilibus eccleſiæ, vt patet illis verbis: *Itaque fraternitatem tuam, tempore quo ad nos fuit, conqueſtam eſſe recolimus, quod quadam mobilia, quæ Conſtantinus deceſſor veſter teſtamentis ſeu legatis titulo dereliquit, deuenisſeq; nos, vt ſi hoc conſtaret, nullum ex his eccleſia veſtra præiudicium pateretur*, &c.

Quartò, tex. eadem cauſa, & quæſt. in c. quia Ioannes Sed loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus vt patet ibi: *Huius igitur Monaſterij, & collectarum illic rerum, quia teſtamento, quod condidit, feciſſe noſcitur mentionem, ſciendum vobis eſt, non nos ideo ea confirmaſſe, quoniā eius ſupremam ſequitur voluntatem*, &c.

Quintò, textus eadem cauſa, & quæſt. in c. fixum. Sed loquitur de rebus acquiſitis: Id patet ibi: *Poſtquam autē Epiſcopus factus eſt, quaſcūq. res de facultatib. eccleſię, aut ſuo, aut alterius nomine cōparauerit, decernimus, vt non in propinquorū ſuorum, ſed eccleſię, cui præeſt, iura deueniant.*

A Sextò, adferuntur cap. 1. c. ad hæc, c. cum in officijs; c. quia nos, c. relatum in 2. de teſtam. quæ omnia loquuntur de rebus acquiſitis per eccleſiam nullum verbum de fructibus eccleſiæ. Tria ex his ſupra retulimus: reſtant duo, nempe cap. 1 & c. quia nos, In c. 1. ſic dicitur: *Quicquid vero eccleſię, ante ipſius conſecrationem eſſe cognouerit vel in Epiſcopatus ordine prædictum Epiſcopum acquiſiuiſſe, in eiuſdem eccleſiæ dominio conſeruetur.*

In c. quia nos ſic habetur; *De ijs tamen, quę conſideratione eccleſię perceperunt, nullum de iure poſſunt facere teſtamentum* Loquitur ibi Summus Pontifex de clericis, qui aliquid acquiſiuerunt occaſione eccleſiæ, quia ſcilicet eccleſiæ contemplatione eis datum fuit.

Denique textus in Auth. Licentiam, C. de epiſcop. & clericis, ſimiliter de rebus requiſitis loquitur, vt patet ex illis verbis: *Cęteris rebus acquiſitis ab eo, dominio eccleſię reſeruatis*, &c.

B CAPVT XC.

Teſtamentum an valeat, quod confectum eſt non adhibitis iuris ſolennibus, ſed ſtatutis eo in loco vigentis, vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator oriundus non eſt?

VEtus controuerſia eſt. Teſtamentum condidit aduena, exempli cauſa Venetijs, ſecundum conſuetudinem, quæ ibi viget, coram duobus vel tribus teſtibus, vtrum etiam vbique vires obtinere debeat? Oldradus in conſil. 148. Pręſuppoſita conſuetudine reſpondit non valere, & eiuſdem ſententię dicitur olim fuiſſe Iacobus de Arena. Sed contrarium docuit Bartolus in l. prima, C. de ſumma Trinit num. 24. quem cæteri magis communiter ſequuti ſunt, vt uidere licet ex Iaſone ibid. num. 40. & in l. 2. lect. num. 82. vide Gabrielum libro 4. commun. concluſ. tit. de teſtamentis. concluſ. 4. & C Andream Geyll, lib. 2 Obſeru. 123.

Argumenta Oldradi hęc ſunt: Primum ex l ſed ſi accepto, ff. de iure fiſci Martianus; *Sed ſi accepto vſu togæ Romanę* (obſides) *vt ciues Romani ſemp. egerint; Diui fratres procuratoribus hęreditatem reſcripſerunt, ſine dubitatione ius eorum ab obſidis conditione ſeparatum eſſe beneficio Principali. Ideoq. idem ius eis ſeruandum, quod haberēt ſi a legitimis ciuibus Romanis hæredes inſtituti fuiſſēt.*

Sed hoc ad rem, qua de agitur, non pertinet. Etſi enim id Martianus a contrario ſenſu velit, obſides, qui vſu togę Romanę non accepto, Romę fuerint, eodem iure non frui in bonis, quę eis relinquuntur, quo cęteri fruuntur, qui a ciuibus Romanis hæredes inſtituti ſunt non tamen ex hoc quicquam inferri poteſt ad rem noſtram. Eſt res planè diuerſa, diſſimilis, aliena prorſus. Noſtra enim diſputatio eſt, an peregrinus & aduena teſtamentum faciens adhibitis ſolennibus ex conſuetudine loci; in quo teſtamentum fit, rectè id fecerit, vt proinde D etiam alibi valeat, quæ res cum Martiani reſponſo nihil habet commune.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi non ſpeciali, C. de teſtamen. Diocletianus: *Si non ſpeciali priuilegio patrię tuę iuris obſeruatio relaxata eſt, & teſtes non in conſpectu teſtatoris teſtimoniorum officio functi ſunt, nullo iure teſtamentum uales.*

Sed nihil vrget hoc argumentum. Nam textus loquitur de eo, qui teſtamentum fecit in patria ſua non ſeruatis ſolennibus, & ideo dicit illud non valere, niſi priuilegio ſpeciali patriæ ſuę iuris ſolennitas relaxata ſit. Nos vero loquimur de aduena & peregrino, qui eo in loco teſtamentum facit, vbi iuris ſolennitas relaxata eſt.

Tertium eſt ex l vlt. C. de teſta. ubi conſuetudo teſtandi non adhibitis ſolennibus iuris approbatur duntaxat in locis ruſticorum, in quibus literatorum copia non eſt; Ergo in alijs locis adhibenda ſunt iuris ſolennia.

Sed nihil prorſus facit; quia noſtra quæſtio iā ſupponit

relaxatam esse iuris solennitatem in loco, in quo testamentum conficitur, sed in eo tantum est difficultas, an & peregrinus eodem iure potiatur in testamento ibi cõdendo, qua de re nihil in d. l. vlt.

Quartum argumentum est ex l. nummis, de legatis tertio, in illis verbis: *Si neque ex consuetudine patrisfamilias, neque in regione, unde fuerit, neque ex contextu testamenti possit apparere.*

Nihil valet: quia hoc Iurisconsultus dicit: *Nummis indistinctè legatis hoc receptum esse, ut exiguiores relicti censeantur*, si neque ex consuetudine patrisfamilias, &c. quæ res longissimo distat a quæstione hac nostra interuallo, vt patet.

Argumenta verò Bartoli hæc sunt; Primum est ex l. 2. C. quemadmo. testam. aper. Valerianus: *Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, vt in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, vt secundum leges moresque locorum insinuentur.*

Hoc argumentum nihil probat. Nihil enim aliud dicit Valerianus Imperator, nisi testamenta secundum mores & leges locorum publicanda & aperienda esse. Sed nostra disputatio est, an leges moresque locorum locum habeant in peregrinis, & aduenis; vsque adeò, vt testamentum quod ibi fit secundum leges, & mores loci a peregrinis & forensibus, alibi quoq; valere debeat, qua de re nihil respondit Imperator.

Secundum argumentum est ex l. 1. C. de emancipat. liberor. Diocletianus: *Si lex municipij, in quo te pater emãcipauit, potestatem Duumuiris dedit, vt etiam alienigena liberos suos emancipare possint: id quod a patre factum est, suam obtinet firmitatem.*

Nihil probat, primò; quia non loquitur de solennitate actus; sed de potestate faciendi. secundò, quia requirit nominatim, datam esse potestatem Duumuiris, quæ etiã ad alienigenas extendatur.

Tertium argumentum ex l. vlt. ff de milit. testamen. Vlpianus: *Rescripta Principum ostendunt, omnes omninò, qui eius sunt gradus, vt iure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, & illic decedant: quomodo velint, & quomodo possint testari: siue Præses sit prouinciæ, siue quis alius, qui iure militari testari non potest.*

Nihil probat: quia hoc Vlpianus dicit, eos qui in loco hostili deprehenduntur, si illic decedant, testari posse, quomodo velint iure militari: Est hoc speciale priuilegium, quod illis est concessum ex quo non rectè quis argumentari potest, valere testamentum in omnibus locis a peregrino factum secundum loci consuetudinem.

Postremum argumentum est ex l. si fundus, ff de euic. Caius: *Si fundus venierit: ex consuetudine eius regionis, in qua negocium gestum est, caueri oportet.* Ergo idem dicendum in testamentis, vt scilicet regionis, in qua celebrantur, seruanda sit consuetudo.

Non multum vrget. Primò, quia non loquitur de consuetudine regionis circa solennitates actus, qui celebratur. Secundò, quia non loquitur de peregrino & forense Tertiò, quia non loquitur, quando consuetudo iuri repugnat certas solennitates requirenti, quas consuetudo regionis non requirat. Quartò, quia inter contrahentes inspicitur semper quod actum est, quod si non appareat, inspici debet, quod ex moribus regionis frequentatur, l. semper in stipulationibus, ff de regul iuris: *Ea enim, quæ sunt moris & consuetudinis, in bona fidei iudicijs debent venire*, l. quod si nolit, § quia assidua. ff. de ædilitio edicto.

Cum igitur nec argumenta Oldradi, nec argumenta Bartoli sufficiant ad controuersiam istam decidendã aliundè petenda est ratio eam decidendi. Et sanè, vt mihi uidetur, ex eo potissimum loco, quo in quæstionẽ uocati solet, vtrum forenses gaudeant beneficijs Statutorum: Nam si gaudere debent etiam forensis & peregrini beneficijs statutorum loci, sequitur, vt etiam in testamentis & alijs eiusmodi actibus eis perfruentes, testamenta facere possint, eodem modo, quo & alij ciues &

A municipes; Si verò non eis gaudere debeant, respondendum est, non posse etiam testando eis perfrui. Hæc autem quæstio longè est facillima & clarissima. Nam si forenses munera Ciuitatis non subeant, neque municipum loco habendi sunt, l. prima, ff. ad municipalem, ac proinde, sicut onera Ciuitatis non sentiunt, ita nec commodis frui debent, l. secundum naturam, de regulis iuris. Bartolus in tractatu represaliarum in quarta quæstione, proinde, nec statutis ligantur alienæ Ciuitatis, nec eis perfruuntur. Decius in consilio 114. & 550. ad finem. Castrensis in l. omnes populi, ad finem, ff. de iust. & iure. Ruinus in consil. 150 nu. 7. lib. 5. Hippolytus Riminaldus in cons 11. nu. 27 lib 1.

Quare ex his concludo, in præsenti disputatione, veriorem mihi Oldradi sententiam uideri, nisi talis sit peregrinus, qui onera Ciuitatis subire sit solitus, ac proinde iure participare debeat commoda Ciuitatis & statutorum eius.

B

CAAPVT XCI.

Testamentum a forense conditum seruatis solennibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat quantum ad bona alibi sita.

EX his, quæ in præcedenti capite conclusa sunt, non est difficile intelligere, testamentum a peregrino conditum adhibitis non iuris, sed statuti solennitatibus eius loci, in quo conditum est, non posse executioni mandari, quoad bona alibi sita, vbi non est tale statutum. Conclusum est enim non valere eiusmodi testamẽtum; quia statuti beneficia municipibus, nõ autem alienigenis concedi debent, vt in præcedenti capite, quæ sententia fuit olim Iacobi Rauennatis teste Bartolo in l. prima, num. 36 C. de Summa Trinit. Sed quoniam Bartolus in eo loco, quem cæteri postea secuti sunt, ut patet ex
C Gabrielio libro quarto, commun. conclus. tit. de testamentis, concl 4 & ex Andræa Geyll, libro secundo. Obseruat. 123. existimauit, & testamentum valere, & effectum habere, etiam quoad bona alibi sita, faciendum esse putaui, vt argumentis, quibus ille, & alij sectatores eius nituntur, breuiter responderem. Respondeo autem præcipuis tantum, non leuibus.

Primum argumentum est ex l. omnium, C. de testam. Theodosius: *Omnium testamentorum solennitatem superare uideatur, quod insertũ mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunq; iudicis, aut municipum*, &c. *Postremum publicauit iudicium*, &c.

Nihil probat, quia hoc est ius commune, & generaliter constitutum, vt testamentum valeat etiam sine solennitatibus alias requisitis, quoties, vel Imperatori, vel actis iudicis, aut municipum insinuatur: qua de re nostra non est disputatio.

D Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de testam. vbi testamentum ruri conditum absque solennitatibus iuris vbique validum est.

Nihil probat: primò, quia id ita iure communi constitutum est. Secundò, quia textus dicit validum esse testamentum rusticorum, de aliorum autem testamentis rusticorum non loquitur. Verba hæc sunt: *Quod igitur quisque rusticorum, sicut prædictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.*

Tertium argumentum est ex eo, quod cum agitur de solennitate actus, inspicitur locus, in quo actus celebrari debet, & eius loci consuetudo, l. 1. in fine, ff. de uentre inspiciendo. Respondeo nihil obstare: non enim loquitur lex de peregrino & aduena; Nec de actu qui ab eius solius voluntate pendeat, prout est testamentum.

Quartum argumentum est ex l. in hac, & ex l. lata, C. de donat. quas Iason attulit. Respondeo, ad rem non pertine-

pertinere; quia non loquuntur de aliquo ſpeciali Statuto Ciuitatis, aut Municipij; quod etiam peregrinum iuuet, & obliget, vt in quæſtione noſtra; ſed ius generale continent, vt donationes actis inſinuatæ valeant, etiam ſi res donatæ alibi ſint poſitæ.

Poſtremum argumentum eſt ex eo, quòd actio in vno iudicio facta probent etiam in alio iudicio inter eaſdem partes, & actio competens pro rebus alibi etiam intentari poteſt, vbi res non ſunt, l. vltima C. de præſcript longi temporis.

Nihil probat; quia quæſtio ſupponit ualere teſtamentum, & eo tendit, ut probet etiam ad res alibi ſitas extendi, & exequendum eſſe; ſed præterquam, quod quæ adferuntur, diſſimilia ſunt, illud fundamentum non eſt ſatis firmum, videlicet teſtamentum ipſum valere: Contrarium enim iuri magis conſonum videtur.

CAPVT XCII.

Vtrum valeat teſtamentum coram quinque teſtibus tempore peſtis.

Magna fuit & olim, & nunc controuerſia inter Doctores; Vtrum teſtamentum tempore peſtis cōditum coram minori numero teſtium, quàm requiratur aliàs regulariter, puta coram quinq; tantum teſtibus, valeat, vt videre licet ex Iulio Claro in §. teſtamēntum, q. 56. & Rolando a Valle in conſil. 81. lib. 1. Anton. Teſſauro deciſ. Pedemon. 180. Maſcardo lib. 3. de probationib concl. 1354. nu. 18. Ego ſanè reſpondendum puto non valere, autoritate textus in l 8 C. de teſtamentis, vbi Diocletianus ita dicit: *Caſus maioris ac noui contingentis ratione aduerſus timorem contagionis, quæ teſtes deterret: licet aliquid de iure laxatum eſt: non tamen prorſus reliqua teſtamentorum ſolennitas perempta eſt. Teſtes enim huiuſmodi morbo oppreſſo eo tempore iungi, atque ſociari remiſſum eſt: non etiam conueniendi numeri eorum obſeruatio ſublata eſt.*

Sententia legis eſt ſatis perſpicua: Tempore peſtis aliquid de ſolennitatibus relaxatum eſſe in teſtamentis. Relaxatum autem hoc eſſe, vt non conueniant ſimul teſtes ad audiendum vnico contextu teſtamentum: ſed nō eſſe ſublatam hanc ſolennitatem, quę pertinet ad teſtium numerum, atque adeo permiſſum, ut minor numerus eorū adhibeatur. Et ideo non puto legendum in d. l. 8. *Conueniendi numeri*, ſed potius *conuenientis numeri*, quanquā & ſi legatur *conueniendi numeri*, ſenſus eſt; ſublatam non eſſe ſolennitatem numeri teſtium cōueniendi; idest, inueniendi numerū teſtium, ſcilicet legitimum. Septem ergo teſtes requiruntur; ſed nō eſt opus, vt omnes ſimul ſocientur, & iungantur, ut coram eis teſtamentum publicetur, ſine inſinuetur, & ab eis vel ſubſcribatur ſimul, vel audiatur; ſed ſufficiet, ſi ſeparatim teſtes ſinguli adhibiti ſint, quod ſanè & ad exequendum, & ad intelligendum in promptu eſſe videtur. Non ergo minor numerus, puta quinque teſtium, ſufficere poterit in teſtamento tempore peſtis condito ex hac lege Diocletiani.

Ad contrariæ ſententiæ argumenta ita reſpondeo. Primum eſt huiuſmodi: Tempus belli, & tempus peſtis æquiparantur. Sed in bello ualet teſtamentum minus ſolenne: ergo & peſtis tempore valebit. Reſpondeo, negando illam abſolutam comparationem belli, & peſtis. Nam conſtat, omnem ſolennitatem militibus relaxatam eſſe in teſtamentis condendis, in Inſtit. de militari teſtamen. At peſtis tempore aliquid tantum de iure relaxatū eſſe, non omnem ſolennitatem relaxatam, vt in d. l. caſus, C. de teſtamen.

Secundum argumentum eſt ex l. vlt C. de teſtam. vbi in teſtamentis ruſticorum minor numerus teſtium ſufficit; quia ſcilicet maior haberi non poteſt. Idem igitur iuris erit peſtis tempore: quia nec tunc maior numerus teſtium facile habetur. Reſpondeo, negando extēſionem, quæ fit de teſtamentis ruſticorum ad teſtamentum in Ciuitate conditum, in qua ſit peſtis: licet enim propter contagionem non tam facile teſtes iungi, & ſociari poſſint, tamen ſeorſim adhiberi poſſunt: Quod ſi nec tam facile haberi poſſint, etiam ſeorſim ſeptem teſtes, ita tamen uiſum eſt Imperatori, vt non valeat: quandoquidem nihil ex numero teſtium remiſit. Et ratio illa adferri poteſt, quoniam circa teſtamenta verſatur maxima falſitatis ſuſpicio, & periculum, reſq; eſt magni momenti. Et poteſt quiſpiam Codicillos facere, vel donationem cauſa mortis, legataq; & fideicommiſſa relinquere, adhibitis quinque teſtibus: Et ſic aliquo modo de rebus ſuis ultimam uoluntatem, licet non ſit teſtamentum, ordinare poteſt, ſi ſeptem teſtium copiam habere non poſſit.

Tertium argumentum ex neceſſitate, & impedimento eius; quia uidelicet tot teſtes peſte ſæuiente haberi non poſſunt, ſumitur, & multis exemplis confirmatur, neceſſitatem, & legitima, ac neceſſaria impedimenta eum excuſare, qui non facit, quod ex lege tenetur: Sed durum eſt contra ſtimulum calcitrare, lege noua opus eſſet, quæ à Principe conderetur. Nam ſi legi iam conditæ parendum eſt, argumentum nihil mouet; quoniam etiam Diocletianus non ignorauit hæc impedimenta, & has neceſſitates, & difficultates, & tamē aperte ſanxit, nihil de numero teſtium conueniendorum ſublatum eſſe. Eat nunc aliquis, & contendat neceſſitatem immunem eſſe ab hac lege; quia teſtes tot haberi non poſſunt, quot à iure requiruntur. Quid enim, ſi nec duo haberi poſſint, nunquid ualebit teſtamentum coram uno teſte? Et tamen argumentum ex neceſſitate probat, etiam in uno tantum adhibito teſte ualere, immo nullo etiam teſte adhibito, ſi haberi non poſſit, valebit teſtamentum eadem patrocinante neceſſitate. Exemplum eſto: ad confutandum ex neceſſitate petitum argumentum. Concedit Imperator, vt valeat teſtamentum a ruſticanis conditum etiā quinq; teſtibus ſolum adhibitis, ſi in eo loco plures haberi non poſſint: Iam fac nec quinque haberi poſſe: Dices valere neceſſitatis huius prætextu, & tamen non valet. Audi Iuſtinianum in l. vlt. C. de teſtam. *Sin autem in loco illo minimè inuenti fuerint ſeptem teſtes: uſque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus: minus autem nulle modo concedimus.*

CAPVT XCIII.

Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius inciſum, & reuocatum ſit a teſtatore?

Scribit Papinianus in hæc verba in l. penult. §. teſtamento, ff. de bonor, poſſ. ſecundum tabulas: *Teſtamento falſo Titius arrogandum ſe prębuit, ac poſtea ſui iuris effectus inita deceſſit. Scriptus hęres, ſi poſſeſſionem petat, exceptione doli mali ſubmouebitur: quia dando ſe ad rogandū ut teſtator cum capite fortunas quoq; ſuas in familiam, & domum alienam transferat. Plane, ſi ſui iuris effectus, Codicillis, aut alijs litteris eodem teſtamento ſe mori uelle declarauerit: voluntas quę defecerat, iudicio recenti rediuiſſe intelligitur: non ſecus, ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas inciſiſſet, ut priores ſupremas relinqueret. Nec putauerit quiſquam nuda uoluntate conſtitui teſtamentum. Non enim de iure teſtamenti maximè quæritur, ſed de uiribus exceptionis, quę in hoc iudicio, quanquam actori opponatur, ex perſona tamen eius, qui opponit, æſtimatur.*

Ex hoc Papiniani reſponſo rectè colligitur; Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum eſt, reuiuiſcere, ſi teſtator poſterius inciderit aut reuocauerit. Sed controuerſum eſt, quo modo id accipiendum ſit: Vtrum primum teſtamentum uſque adeo reuiuiſcat, ut etiam actio competat hęredi, qui in eo eſt inſtitutus, per quam hæreditatem

ditatem petere, & vindicare possit: an verò exceptio tantum ei competat, per quam agentem ex testamento posteriori repellere possit. Quod magis succinctè, & scholasticè idem valet, ac si quæratur, ac reuiuiscat iure actionis, vel exceptionis. Ex Accursio ac Bartolo in Commentarijs d. §. testam. & l. sancimus, C. de testamen. visum est exceptionis, non autem actionis iure reuiuiscere. Idem placuit Alberico, Salyceto, & Castrensi, in l. sancimus, C. de testamen. necnon Iasoni, & Baldo ibidem. Quanquam Baldus, & Castrensis dicant, iure ciuili ita reuiuiscere, quam postremam sententiam secuti sunt Menochius in consi. 176. num. 7. & 8. & Marcus Anton. Eugenius in consi. 59. num. 19.

Fundamentum existimantium prius testamentum iure exceptionis reuiuiscere, non autem iure actionis, illud est; quia crediderunt hanc esse Papiniani sententiam in loco citato, propter illa verba: *Non enim de iure testamenti maximè quæritur; sed de viribus exceptionis. Exceptionis*, inquit Glos. *scilicet opponendæ ex primo, contra agentem ex secundo.* Sed longè alius est sensus verborum Papiniani. Nam illa verba referri debent ad quæstionem initio propositam: *Testamento facto Titius arrogandum se prabuit: scriptus hæres, si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur: quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transferat.*

Hęc est illa exceptio, de cuius viribus est quęrendum. Nam hæres institutus ex priore testamento petit bonorum possessionem. Exceptio est, testamentum ruptum esse propter capitis diminutionem. Iam exceptio ista infirmatur & nullas habet vires, *Si sui iuris effectus testator Codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori velle declarauerit; voluntas enim* (hoc est primum testamētum) *quæ defecerat, iudicio reteuti rediisse intelligitur*: quia scilicet sui iuris effectus declarauit, se mori velle cum illo testamento. Exemplum adfert Papinianus, si quis aliud, hoc est, primum testamentum fecisset, deinde posterius; & posterius hoc incidisset, vt prius valeret, tunc enim prius testamentum valeret, ac prorsus reuiuisceret, sublato iam posteriore ad hunc finem, vt primum valeret. Nec ex his obijcere quis potest, inferri posse, testamentum nuda uoluntate constitui in ea specie, quæ de arrogato proponitur; neque enim nuda uoluntas testamentum constituit, sed hoc operatur ipsius adrogati, qui postea sui iuris effectus est, uoluntas, quâ declarauit se decedere velle cum primo testamento, vt non amplius hæredi instituto in ipso testamento obsit illa exceptio, quod propter capitis minutionem ruptum esset, sicuti nec hæredi agenti ex primo testamento obstaret exceptio, quod posteriore ruptum esset, si posterius incisum esset à testatore ea mente, vt prius, quod condiderat, testamentum valeret. Hæc est vera, & plana huius responsi interpretatio, quam nullo modo suffragari eorum sententiæ, qui exceptionis iure testamentum prius conualescere, non etiam actionis existimarunt; sed potius contrariæ, quæ scilicet actionem etiam tribuit ex primo testamento, ex dictis satis, ut arbitror, perspicuum est.

CAPVT XCIV.

Filiusfamilias an testari possit de his rebus, quarum vsusfructus parenti non acquiritur.

EXplodamus semel in disputatione cōtrouersiarum iuris, quam in manibus habemus, (licet antea locus erat opportunior) eorum sententiam, qui dixerunt, filiumfamilias testamentum facere posse de bonis aduentitijs, quæ patri non acquiruntur, etiam quantum ad vsumfructum. Nam non deesse, qui etiam tueantur, perspicuè apparet ex Decio ad l. Senium, num. 13. & ad l. penul. C. qui testamentum facere possunt. & ex Anton. Tessauro decis. Pedemont. 150. Prosternamus eorum

A argumenta. Fundamentum prius figentes communis, & veræ sententiæ ex l. penult. C. qui testament. facere possunt. *Nemo ex lege*, (sunt Iustiniani verba) *quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus adquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum: & permissum fuisse filijsfamiliarum cuiuscunque gradus, vel sexus testamenta facere: siue sine patris consensu bona possideant secundum nostræ legis distinctionem, siue cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus: sed antiqua lex per omnia conseruetur, quæ filiisfamiliarum, nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit; & in his personis, quæ huiusmodi facultatem habere iam concessa sunt.*

Non posset esse clarior sententia ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. existimari poterat Iustinianum testandi facultatem filijsfamil. permisisse in ijs rebus, quarum usufructus patri non acquiritur. Sic enim ille loquitur *Filijs autem familiarum in ijs duntaxat casibus, in quibus usufructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuūt,*
B *nec de ijsdem rebus testari permittimus.* Ex quibus uerbis rectè inferri poterat, permissum eis id esse in ijs casibus, in quibus usufructus apud parentes constitutus non est: Et ideo Iustinianus id præcauens, aliam legem edidit, & declarauit neminem ex hac sua lege existimare debere, in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, aliquid esse innouandum, & permissum esse filijsfam. testamenta facere.

Ex quo primum argumentum eorum, qui existimant filiosfamil. & in ija casibus, permissum esse testari, euidenter confutatur ab ipso Iustiniano. Sumitur enim ex d. l. vlt. §. filijs, ac proinde nullius est planè momenti.

Secundum argumentum est ex Nouella. Vt liceat matri & auiæ, &c. in illis verbis: *Res autem ita relictas siue donatas positis sub potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo uoluerint*
C *modo disponere*, &c.

Respondeo, generalia illa uerba, *quouis modo disponere*, accipienda esse cum temperamento, scilicet, quatenus iure permissum est. Neque enim credibile est illis uerbis, Iustinianum uoluisse legem suam immutare, qua testamenti factio personis huiusmodi sub potestate constitutis inhibita est. Etsanè, nullum est infirmius argumentum, quàm quod ex uerbis generalibus desumitur ad legem particularem corrigendam, & tollēdam; Cum nemini obscurum sit, qui in iure uersatus est, & in text. legendis, maximè eam esse Iustiniani consuetudinem, vt suas vel antiquiores leges, non nisi præfatione aliqua, aut certè clara mentis significatione abrogare, & tollere soleat.

Tertium argumentum est, quia huiusmodi aduentitia bona, in quibus pater nullum habet usumfructum, castrensi peculio comparantur, l. Imperator, ff. ad Treb. Constat autem filiumfamil. de castrēsi peculio testari posse. Respondeo, quantum ad hoc, comparata esse, quo filio actio competat. Sic loquitur textus in d. l. Imperator,
D ibi. *Post decreti autem autoritatem in ea hæreditate filio ius litis comparari debuit, si res à possessoribus peti, uel etiā cum debitoribus agi oporteret.* Non ergo, si in aliquibus mihi in his bonis filiusfamilias comparatur a lege, in omnibus comparandus erit à nobis.

Quartum argumentum est ex eo, quod filiusfam. testari potest in quibusdam alijs casibus, in quibus usufructus bonorum parenti non acquiritur. Nam ex pluribus casibus particularibus rectè confirmi uidetur regula generalis. Casus uero particulares sunt, ut in l. cum multa, C. de bonis, quæ liber. in Auth. Presbyteros. & in l. sacro sanctæ, C. de episcop. & cleric.

Respondeo, generali regulæ obstare Iustinianum in dict. l. penul. C. qui testam. facere possunt. & ideo in claris non est opus coniecturis? Scio ad l. penult. uarias accommodari responsiones: sed piget eas referre, quoniam ineptæ sunt, & friuolæ nimis.

CA-

CAPVT XCV.

Quanta ſit legitimæ filiorum portio, cùm de bonis patris, quæ propter delictum ad fiſcum peruenerunt, detrahi debet in caſibus, in quibus ex Statuto, vel conſuetudine confiſcationi locus eſt.

VT nihil fere circa filiorum legitimam, quod in cõtrouerſiam vocari ſoleat, omittamus, Placet adhuc aliqua ſubijcere, & in primis illud, cum Statuto ſeu conſuetudine inducta eſt bonorum patris confiſcatio ob delictum eius, etiam filijs exiſtentibus contra Authen. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum. (illa conſuetudo paſſim viget in Italia) filiorum legitimam detrahendam eſſe, illamque dimidiam partem bonorum patris eſſe, ſi vnus ſit filius, vel duo: Cæterùm, ſi plures ſint, totum Aſſem continere; atque adeo confiſcationem tunc euaneſcere. Quamobrem repudiata ſententia Clari, in §. fin q 78. veri videndum eſt etiam, communiorem amplector, quam latè tuetur Rolandus à Valle, in conſil. 97. lib. 2. & poſt eum Anton. Teſſaurus decil. Pedemont. 104. & latè Peregrinus, de iure fiſci, lib. 5. tit. 1. num. 38. Ecce fundamentum. Olim bona confiſcabantur ob delictum patris, & tamen filiorum portio reſeruanda erat: & illa erat dimidia: Ergo & nunc eadem vigente confiſcationis lege, eadem erit adhibenda mode ratio, vt ſua filijs portio aſſignetur. Calliſtratus: *Etiam ij qui ante concepti, & poſt damnationem nati ſunt, portionem ex bonis patrum damnatorum accipiunt: liberis autẽ ita demum portio tribuitur, ſi iuſtis nuptijs nati ſint* l. 1. ff. de bonis damnator. Paulus: *Cùm ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita liberis parentũ hæreditatem adijciat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, propter quod & in iure Ciuili ſuorum hæredum nomen eis indutum eſt*, &c. *Aequiſſimum exiſtimatum eſt eo quoque caſu, quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum*, &c. *Vt qui ad vniuerſitatem venturi erant iure ſucceſſionis, ex ea portiones conceſſas haberent* l. cum ratio, ff eodem titulo.

Theodoſius: *Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam, deportationemve ſuſtineat: ſiquidem ſine liberis mortuus ſit, bona eius ad fiſcum perueniant: ſi verò filij, vel filia, vel nepotes ex defunctis filijs relicti erunt: dimidia parte ærario vindicata, alia eis reſeruetur.* l. vlt. C. de bonis damnatorum.

Quod dixi; quando plures ſunt liberi; omnia bona eis eſſe reſeruanda, proboe x d. l. cum ratio, vbi paulò infra Paulus ita ſubdit: *Si plures liberos damnatus habeat, ferũtur exempla, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati conceſſa ſunt. Sed & D. Adrianus in hanc ſententiam reſcripſit. Fauorabilem apud me cauſam liberorum Albini ſiliorum numerus facit: cùm ampliari imperium hominum adiectione potius, quàm pecuniarum copia malim.*

Auſim dicere, ſi duo ſint tantum liberi, omnia eis bona damnati patris cõcedenda eſſe propter verba illa Pauli: *Si plures liberos damnatus habeat.* Nam pluralis ea locutio duorum numero contẽta eſt. l. vbi numerus, ff. de teſtib. c pluralis, de reg. iur Bartolus ad l. ſi gemina, ff. arborum furtim cæſarum. Angelus Aretin. de maleficijs, in verbo, plurib. & plurib.

Sed quoniam recepta eſt interpretatio, vt plures accipiantur liberi, cùm ſunt tres, vel quatuor, id quod etiam indicant verba ſequentia Adriani: *Fauorabilem apud me cauſam filiorum numerus facit* Ideo ſubſiſto, præſertim, cùm neminem habeam huius interpretationis autorem.

A

CAPVT XCVI.

Sitne aliquis modus iuri conſentaneus, quo reſtitutioni legitima filiorum ſubijci queat.

REſtat vna tractanda nobis cõtrouerſia circa Legitimam: Sitne iuri cõſentaneus aliquis modus Legitimam oneri fideicommiſſi ſubijciendi. Et placet eum eſſe quem Doctores attulerunt: Si pater filio hærede inſtituto vniuerſali, eundem ſub conditione (ſi abſque liberis moriatur) rogauerit totam hæreditatẽ reſtituere, etiam comprehenſa ipſius filij legitima, ea tamen adiecta Clauſula, vt ſi filius non acquieſcat voluntati paternę, reſtitutioni etiam legitimam ſubijcienti, in ſola legitima purè inſtitutus ſit hæres. Ita docuit Ioannes Dilectus de arte teſtandi, titu. 5. cap. 31. nu. 6. adducens Decium in conſil 687. quod reſponſum Decij proba-
B runt Socinus iunior in conſil 121. lib. 1. Curtius iunior in conſil 159. Alciatus in conſil. 497. Marzarius de fideicommiſſis, quæſt. 50. Sed Decius & alij loquuntur in ea ſpecie, quia filius patris voluntatem approbauit; maiorem autem difficultatem eſſe Marzarius ſcribit in ea ſpecie, qua fili⁹ ſimpliciter ſe paternæ hæreditati immiſcuiſſet, ſed & in filio, qui patris voluntatem approbauerit, contrarium reſpondit Ruinus in conſil. 149. nume. 53. libro 3.

Ego verò ita rem hanc planam eſſe exiſtimo, ut nihil prorſus adſerri poſſe credam, quod vel probabilem dubitationem inijcere debeat. Principio enim pater in propoſita ſpecie filium hæredem inſtituit in vniuerſa hæreditate; Hic nullus eſt querelæ locus: Deinde rogat eum per fideicommiſſum hæreditatem reſtituere: hucuſque nulla fit Iniuria; quia conditio adijcitur, & ſuo iure pater vtitur. Tertio, legitimam quoque oneri obligat reſtitutionis. Hic incipit eſſe cauſa querelæ; quia legitima
C nullum recipit onus, l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtamen. Et quia legitimi excipi debet de reſtitutione, vt in Nouella de reſtit & in ea, quæ parit, &c. § quãobrem. Sed occurritur huic querelæ ea Clauſula, vt ſi filius non conſentiat, legitimam purè conſequatur abſque omni onere & cõditione, ſcilicer inſtitutionis iure. Si filius in legitima ſola hęres inſtitutus eſſet purè, & abſque conditione, ſine dubio teſtamentum patris impugnare non poſſet: ita enim cautum eſt Nouella. Vt cum, de appell. cognoſ. § aliud. Ergo nec in caſu propoſito illud impugnare poterit; quia in legitima eſt inſtitutus, & poteſt eam conſequi ab omni onere liberam, & immunem, ſi nolit conſentire fideicommiſſo.

Huc accedat, quod conſtitutum eſt in l. quoniam in prioribus, C de inoffic. teſtamen. vt legitima nullum recipiat grauamen, intelligendum eſſe, quando querela de inofficioſo aliàs teſtamentum reſcindi poteſt tunc enim ne reſcindatur, cautum eſt, vt onus & conditio legitimę
D adiecta non valeat, & pro non ſcripta habeatur, ut aliàs clarè demonſtraui.

Sed teſtamentum reſcindi per querelam in propoſita ſpecie non poteſt. Nam filius inſtitutus eſt hæres vtroque caſu, ſiue acquieſcat patris volũtati, ſiue non acquieſcat. Primo quidem caſu in vniuerſa hæreditate. Secundo autem caſu in legitima.

Quare Marzarij ſcrupulus in eo caſu, quo filius patris voluntatem nõ approbauerit, ſed ſimpliciter immiſcuit ſe hæreditati, non me offendit; Et multo minus argumẽtum Ruini ex l. Seius, & Augerius, ff. ad legem Falcidiã, Scæuola: *Seius & Augerius, ſi intra diem triceſimum mortis meę Reipublicę noſtrę cauerint, contentos ſe futuros tot aureis legis Falcidię beneficio omiſſo: hęredes mihi ſunto; quos inuicem ſubſtituo quod ſi voluntati meę non cõſenſerint, exhęredes ſunto Quęſitum eſt, an hęredes inſtituti hęreditatem adire poſſint ſi conditioni parere nolunt, cùm habeant ſubſtitutos eadem conditione pręſcripta? Reſpondit, Seium, & Augerium primo loco inſtitutos perinde adire poſſe, ac ſi ea conditio, quę fraudis cauſa adſcripta non eſſet.*

Reſpondeo,

Reſpondeo, in ſpecie noſtra non dixiſſe teſtatorem, ſi filius meus voluntati meæ non paruerit, exhæres eſto: ſed hæres eſto in legitima portione. Sunt igitur hæc diſſimilia, ibi fraus meritò damnatur, hic nulla fraudis ſuſpicio oritur. Debita enim filio portio honorabili titulo hic relinquitur, ibi autem adimitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum auus hæredem inſtituere poſſit nepotem ex filio ſpurio?

VVlgata eſt apud veteres, ac recentiores iuris interpretes controuerſia; Vtrum auus nepotem ex filio ſpurio hæredem inſtituere poſſit. Tres autem ſunt Doctorum ſententię; Vna inſtitui non poſſe. Ita Cynus olim docuiſſe fertur in l. vltima, C. de naturalibus liberis, & Baldus docet in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liberis & poſthumis, & multi alij, quos commemorat. Antonius Gabrielius lib. 4. communium concluſionum, titulo de hæred. inſtit. concluſ. 3. nu. 10. verſ. Contrarium. Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe, vtrum nepos ſit poteſtate patris ſui, an verò ſui iuris eſſe ... Priore caſu inſtitui non poſſe: poſteriori autem poſſe, ita Speculator, titulo de ſucceſſionibus ab inteſtato, § verſic. quid ſi habens Spurium, & ita intelligit Angelus, Paulus Caſtrenſis in l. Gallus, §. quid ſi is, ante num. 7. ff. de liberis & poſthumis.

Tertia eſt opinio Bartoli in d. l. Gallus, §. quid ſi is, diſtinguendum eſſe hoc modo. Aut conſtat auum inſtituiſſe nepotem filij contemplatione, vt illi acquiratur hęreditas, & tunc non poteſt; Aut certum eſt auum hæredem inſtituiſſe nepotem, non contemplatione patris; quia noluit patri eius aliquid acquiri, & tunc valet inſtitutio: Aut res eſt in obſcuro; quia videlicet non conſtat, an contemplatione filij auus nepotē inſtituerit nec ne, & tunc inſtitutio valet; nulla ſcilicet legitima ſobole exiſtente. Hanc ſententiam cæteri magis communiter ſecuti ſunt, vt patet ex Gabrielio dicta concluſ 3. titulo de teſtamentis, & eandem ſecutus eſt Illuſtriſſimus, & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus in Cōmentarijs de nothis & ſpurijs, cap. 53. & nouiſſime Andreas Geyll, qui teſtatur in Spirenſi Auditorio recepta, lib. 2. Obſeruation. 115. num 5.

Prioris ſententiæ, quæ negat inſtitutionem valere, fundamentum eſt, primo, quia eiuſmodi nepotis originem habent ex radice infecta, hoc eſt, ex filio ſpurio, cui pater nihil poteſt relinquere, §. vltimo, in Authent. quibus modis natur. eff. ſui. Secundo, quoniam filio ſpurio nil relinqui a patre poteſt, nec recta via, nec per mediam perſonam l. 1. C. de naturalib. lib. Ergo nec inſtitui nepos ex eo poteſt; quia pater eius vſumfructum acquireret, iuxta l. cum oportet. C. de bonis quæ lib. Tertio, quia filij ſpurij ideo hæredes inſtitui prohibentur, vt facilius paterna libido reprimatur. Commune enim parentum votum eſt ad filios ſuos facultates tranſmittere, l. ſcripto, ff. vnde lib., quæ ratio in nepotibus æque viget. Quarto, quia quicquid nepoti relinquitur, id filij contemplatione relictum videtur, l. dotem dedit, ff. de collat. bonor. Quinto, quoniam abſurdum videtur, nepotem melioris eſſe conditionis, quàm filius ſit, argum. l. ſi viua, § in nepotibus. C. de bonis matern.

Secundæ autem opinionis fundamentum eſt in l. quę ritur, ff. de bonis libertor. Terentius Clemens: *Quæritur, an filio exhæredato etiam nepotes ex eo à bonorum poſſeſſione liberti excludantur, quod vtique ſic dirimendum eſt, ut viuo filio donec in poteſtate eius liberi manent, nō ad mittantur ad bonorum poſſeſſionem: ne qui ſuo nomine a bonorum poſſeſſione ſubmouentur, per alios eam conſequantur. Si autem emancip ati a patre fuerint, vel alio modo ſui iuris effecti; ſine aliquo impedimento ad bonorum poſſeſsionem admittantur.*

A Sic igitur, & in propoſita ſpecie reſpondendum uidetur, ne filius ſpurius, in cuius poteſtate nepos eſt, acquirat hæreditatem, ſaltem quoad uſumfructum, iuxta leges poſteriores, nepotem inſtitui non poſſe.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in l. vlt. C. de natura. lib. in illis verbis: *Liceat eis* (ſcilicet nepotibus) *quantum voluerint ſuæ ſubſtantiæ meos conferre, ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente. Filiis enim naturalibus relinqui conſtitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimauerant. In nepotibus autem non eadem obſeruatio in præfatis ſpeciebus cuſtodienda eſt, vbi legitima ſoboles minime facit impedimentum.*

Huic legi accedit alia ratio. Nam patris vitium, & calamitas non nocet filio in ijs, quæ aliunde, quàm ab ipſo proficiſcuntur, l. 3. ff. de interd. & relegat. l. 1. §. vlt. l. 3. § ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. ſi necem, § ſi deportatus, ff. de bonis libert. l. cognouimus, cum Authen. ſequenti. C. de hæreticis.

B Ego, & his argumentis, quæ fortiſſima ſunt, & autoritate tantorum patrum hanc ſententiam Bartoli amplector. Etſi enim Iuſtinianus in d. l. vlt. non loquatur de nepotibus ex filijs ſpurijs, ſed ex filijs naturalibus; Eadem tamen eſt ratio in nepotibus ex filijs ſpurijs, & cùm nulla lege prohibeantur inſtitui hæredes ab auo, illique nati ſint ex legitimo matrimonio, & nullam prorſus culpam admiſerint, certè contra rationem iuris uidetur eos excludere ab aui hæreditate relicta, vbi nulla ſubeſt auo legitima proles, ſicut loquitur ipſe Iuſtinianus.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſententia: reſpondetur enim ad primum poteſt, negando conſequentiam illam: Oriuntur nepotes ex radice infecta, hoc eſt, ex eo, qui hæres inſtitui non poteſt: ergo nec ipſi poſſunt hæredes inſtitui. Deſtruit hanc conſequentiam Iuſtinianus in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. ibi: *Filiis enim*, &c ubi rationem adfert, cur filijs relinqui non poſſit, nepotibus autem poſſit.

C Ad ſecundum reſpondeo, patri hoc in caſu uſumfructum non acquiri, licet nepos in eius poteſtate ſit. Nam non acquiritur uſuſfructus bonorum relictorum parenti, inuito eo, qui filium eius hæredem inſtituit, ut in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hoc autem in caſu auus præſumitur nolle vſumfructum parenti acquiri; quia non poteſt. Nemo enim id noluiſſe præſumitur, quod legi repugnat, & ideo reddit ſuam diſpoſitionem, argum. l. 3. ff. de militari teſtamen. Ad tertium argumentum, nego eandem rationem urgere in nepotibus unà cum Iuſtiniano, in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. in uerſic. *Filijs enim*.

Ad quartum, nego filij contemplatione relictum uideri, quia nemo præſumitur elegiſſe uiam, ex qua teſtamentum ſuum impugnetur, d. l. 3. ff de militari teſtamen. Et ſi ratio hæc ualeret, illa ualeret etiam contra d. l. ult. C. de naturalib. lib. quod tamen nemo dixerit. Ad ultimum, nego abſurdum eſſe, ſi filius ſit incapax hæreditatis, nepotem eſſe capacem. Id enim iuri conſentaneum

D eſt: nec contrarium probat lex adducta, quia de hac ſpecie illa non loquitur.

Ad argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, textum, qui adfertur, locum habere potuiſſe ſecundum leges ueteres, cum uidelicet, quicquid filius acquirebat, parenti acquireret. Hodierno iure non acquiritur etiam quantum ad vſumfructum inuito eo, qui relinquit, ut in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hac autem in ſpecie meritò præſumimus, auum nil acquiri uoluiſſe filio ſuo: quia ſciebat acquiri non poſſe, leges id prohibere, nullam eo in caſu futuram eius diſpoſitionem. Nemo enim præſumitur id uelle, quod iure aduerſatur, l. meritò, ff. pro ſocio. quod ualet ad impugnandam eius diſpoſitionem, l. 3. ff. de militari teſtamen. quod in fraudem legis tendit, l. ultima, ff. de his, quibus vt indignis.

CA-

CAPVT XCVIII.

Vtrum nepotes ex filio nato ex incestu, hæredes institui possint ab eo.

SEd alia oritur controuersia, si filius ex incestu natus sit, an auus instituere possit hæredem natum ex eo nepotem. Respondit Baldus non posse, in l. si quis incesti, C. de incestis nup. At Iason posse, in d. l. Gallus, §. quid si is, num. 25 ff. de lib. & postum. Baldi autem sententia communiter recepta est, vt patet ex allegatis a Gabrielio lib. 4 commun. conclus. tit. de hæred instit. conclus. 3. nu. 2. quibus adde Illustrissimum Paleotum de nothis, & spurijs, cap. 53. nu. 9. quibus & ipse assentior.

Fundamentum Baldi satis firmum mihi videtur in d. l. si quis incesti, C. de incestis nupt. illis verbis: *Testamento suo extraneis nihil relinquat, sed siue testato, siue intestato legibus ei, & iure succedant, si qui forte ex iusto, & legitimo matrimonio editi fuerint: hoc est, de descendentibus, filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis; de ascendentibus autē pater, mater, auus, auia: de latere, frater, soror, patruus, amita.*

His verbis lex Arcadij, & Honorij prohibet ei, qui incestas contraxerit nuptias, testamento quidquam relinquere extraneis, & potestatem concedit relinquendi certis dumtaxat personis ibi expressis, nempe, descendentibus ex iusto, & legitimo matrimonio: ascendētibus, &c.

Sed nepos ex filio nato ex incestu, non est ex illis, ut patet: Neque enim est ex descendentibus ex legitimo matrimonio; quia parens eius ex incestis nuptijs est procreatus, ergo ei nihil ab auo relinqui potest, reputaturq; extraneus, & ideo exclusus ab omni successione, siue testati, siue intestati aui.

Sed argumenta Iasonis sunt dissoluenda. Primum est ex Authen. ex complexu C. de incestis nupt. dum dicit: *Ex complexu incesto nati*, illa dictio, *ex*, denotat causam immediatam; & sic ad filium ipsum natum ex incesto referenda est, non autem ad nepotem. Respondeo, illum textum non obstare: neque enim aliud dicit, quàm filios ex complexu nefario, & incesto natos, paternæ substantiæ indignos esse.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de naturalib. lib. vbi ratio legis est generalis; quæ proinde extendi potest etiam ad nepotes ex filio nato ex incestu: illa nempe, quod vitium paternum refrenandum fuit, &c. Respondeo, maius esse delictum, & maiorem pœnam eius, qui incestas nuptias contraxit, ut patet ex d. l. si quis incesti. Et ideo à minori ad maius argumentum ita sumptum non ualere.

Tertium argumentum est ex rationibus, quas adfert Bartolus in quæstione de nepote nato ex filio spurio: Sed respondeo non rectè illas huc applicari, vbi maius est crimen, maiorq; pœna constituta.

Postremum argumentum est: quia odium est irrationabile in hac specie contra nepotem, qui nihil peccauit: sed durum est contra legem calcitrare, quæ non ipsum nepotem odio prosequitur, sed eum, qui crimen incestus admisit, quem ita puniendum existimauit, ut nec liberè posset de suis bonis testari, ac proinde intelligeret prolē ex nuptijs turpibus susceptam, & natos natorum, & eos, qui nascentur ab illis, omni solatio destitutos fore, quod ex successione, & hæreditate percipitur, egenos perpetuò futuros, quæ maxima parenti procul dubio pœna & afflictio erit. arg § vlt. Nouella, quib. modis nat. effic. legit. ac proinde causa eiusmodi libidines coercendi, ad quod respexit probus legislator.

A

CAPVT XCIX.

De facultate testandi à Summo Pontifice concessa personis Ecclesiasticis, an ad vnum duntaxat testamentum coarctanda sit.

TEstandi facultatem personis Ecclesiasticis concessam a Pontifice Maximo, ad unum duntaxat testamentum coarctandam esse, iuris interpretatione, autores sunt Dec. in consil. 512. Socinus iunior in consil. 89. lib. 1. Curt. iunior in consi. 178. nu. 27 Couuar. in c. cum in officijs, num. 8. de testamentis, Tiraquellus ad leg Boues, §. hoc sermone, nu. 128. de verb. signif. Bursatus in consil. 30 num. 56. lib. 1.

Fundamentum est in d. l. boues, §. hoc sermone, ff. de uerbor. signific. *Hoc sermone dum nupta erit, primæ nuptiæ significantur.* Ex quibus uerbis regula quædam generalis sumitur; quamlibet dispositionem accipiendam esse de primo actu. Secundo in textu cap. non potest, de præbendis, lib. 6. *Illud autem Apostolicæ Sedis indultum, ut quis duo beneficia curam animarum habentia, si aliàs Canonicè conferantur eidem, possit recipere; ac simul licitè retinere, intelligitur de duobus primis beneficijs, quæ cum cura post dictum indultum obtinere contingit eundem.* Ex quibus uerbis illa infertur generalis propositio ac regula: Indultum, siue priuilegium, & concessionem odiosam, & contra Iuris Regulas pugnantem, restringendam esse ad primum actum. Est autem hæc testandi facultas de bonis Ecclesiasticis contra Iuris Regulas, quibus constitutum est, Prælatos, & Ecclesiasticos uiros, testari non posse de bonis Ecclesiasticis, cap. relatum, cap. ad hæc, de testament. cum similibus.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, eam testandi facultatem non esse restringendam ad primum testamentum: immo uerò eum, cui talis est concessa facultas, testari posse, & rursus aliud testamentum facere primo reuocato, & toties testamentum mutare, quoties ei libuerit. Hanc sententiam secuti sunt Franciscus Sarmientus, de redditibus Ecclesiasticis, par. 4. c. 4 nu. 3. Martinus Nauarrus de redditibus Ecclesiasticis, quæst. 3 in noua impressione, § nono moneo, & multi alij, quos refert, & sequitur Rota Romana in decisionibus nouissimis, par. 1. decis. 47. vbi hanc sententiam latè defendit.

Et sanè, hæc sententia firmissimum habet fundamentum. Nititur enim Lege, & Ratione. Lege enim constitutum est, ut quoties testamentum a Principe confirmatur, & approbatur, id de postremo intelligatur testamento, ex quo sequitur primi testamenti, quod posteriore reuocatum est, nec rationem habendam esse, & præsupponi post primum conditum testamentum aliud condi posse, & testamentum id uerè dici in hoc proposito, quod est postremum, l. omnium, C. de testamen. ibi: *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum uideatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demùm firmum sit, si ultimum comprobetur.* Huc accedat textus in l. 2. § testamentum, ff. quemadmod. testamen. aperian. ibi: *Testamentum autem illud propriè dicitur, quod iure perfectum est, & quod continet supremam uoluntatem.*

Rursus Lege constitutum est, ut cum quis habet a Principe liberam testandi facultatem, intelligatur habere legitimam, & consuetam testandi facultatem, l. si quando, C. de inoffic. testamen. Hæc est autem legitima, & consueta testandi facultas, ut testamentum factum reuocari possit, mutari, & tolli posteriore testamento.

Ratio autem illa est perspicua, quoniā quælibet dispositio debet intelligi secundum subiectam materiam, l. si uno, ff. locati, l. insulam, ff. de præscript. uerb. cum similibus.

libus. Subiecta verò materia hoc exigit, vt mutari possit testamentum vsque ad supremum vitæ exitum; Ergo eodem modo accipi, & interpretari debet testandi facultas a Principe concessa.

Non obstant argumenta. Nam ad primum nego rectè sumi generalem illam Regulam, præsertim vbi natura rei aliud suadet, veluti testamentum, quod sua natura tolli potest, & mutari alio testamento. Aliud est enim, si conditio aliqua adijciatur: *Dum nupta erit*; quia illa rectè in primis nuptijs verificatur. Sunt enim primæ nuptiæ veræ, validæ, efficaces, quas dissoluere, ac dirimere in potestate eius, qui contraxit, non est. Aliud est testandi facultatem concedere: quia illa debet esse libera, & consequenter primum testamentum ita ualidum est censendum, nisi posteriore fuerit reuocatum; ac posterius ipsum ualere debet, & in eo effectum habere concessa testandi potestas.

Ad secundum argumentum ex c. non potest, respondeo, speciem illam longè dissimilem esse, & diuersam habere rationem. Nam aliud est factio testamenti, aliud est collatio beneficiorum curam animarum habentium, vt patet. Est ratio longè diuersa: quia testamentum est actus, qui pendet ex voluntate testantis, nec perfectum dicitur, nisi sit postremum, & contineat vltimam voluntatem defuncti: ac beneficiorum collatio perfectionem habet, si legitimè facta sit, & non pendet ex uoluntate unius, sicut testamentum, quasi ad arbitrium eius ea mutari possit, immò consistit, & effectum suum obtinet statim, non expectata morte eius, cui facta est. Itaque meritò indultum in duobus primis beneficijs verificatur, & de illis intelligitur; quia in illis indultum siue gratia suâ obtinet firmitatem, effectumq; sortitur. At in primo testamento effectum non sortitur testandi licentia, quoties posteriore reuocatum est, nec illud reuocandi iustè facultas adimitur, cum *ambulatoria sit hominis voluntas vsque ad ultimum vitæ spiritum*, vt nostri loquuntur Iurisconsulti.

CAPVT C.

Vtrum testandi facultas concessa personis Ecclesiasticis morte Pontificis Maximi expiret.

EXpirare testandi facultatem morte Pontificis Maximi re integra, respondit Socinus iunior in cons. 89. lib. 1. Primò, quia ea facultas uidetur habere mandati naturam, quod morte mandantis reuocatur, re integra, l. mandatum: C. manda. Secundò, quia ea gratia est odiosa ualdè, & contra Iuris Regulas, ideo expirat morte concedentis, licet alias non soleat expirare. Tertiò, quia post mortem concedentis non durat causa concessionis talis gratiæ. Quartò, quia quod ex gratia Sedis Apostolicæ simpliciter prouenit, morte Pontificis expirat, si is, qui recepit, nondum cœperat vti priuilegio.

Sed iam explosa hæc sententia est, vt patet ex Nauarro de reditibus Ecclesiast. quæst. tertia, §. Octauo moneo. Sarmiento de reditibus Eccles. parte quarta, capi. quarto, Bursato in consil. 19. Natta in consil. 647. & ex alijs, quos refert, & sequitur Rota Romana nouissimè, in 2. parte, decis. 47.

Fundamentum est præclarum: quia gratia morte Pontificis concedentis non expirat, c. si cui, de præben. lib. 6. c. Si super gratia, de offic. deleg. lib. 6.

Ad primum argumentum negatur esse mandatum. Est enim gratia, & facultas testandi, non autem mandatum.

Ad secundum, nego consequentiam; quia etsi gratia sit contra iuris Regulas, ualet tamen; consequenter secundum iuris regulas morte concedentis non extinguitur.

Ad tertium nego veram esse propositionem, quæ adfertur, nec ad rem pertinet autoritas Rotæ, quam Socinus adducit in antiquis decisio 580. vt videri potest. Nec probatur causam cessare post mortem Pontificis, ob quã gratia concessa est. Neque enim uita Summi Pontificis fuit gratiæ causa, sed alia, quæ ipsum mouit ad concedendam testandi facultatem.

Ad ultimum nego illam assertionem; quoniam iuri repugnat, quo planum est, gratiam morte concedentis non expirare.

CAPVT CI.

Ius accrescendi an transeat in emptorem hæreditatis?

INsignis hæc controuersia est. Titius est hæres a Caio institutus in semisse Vendidit suam hanc portionem hæreditatis; Post factam uenditionem deficit portio cohæredis, quæritur utrum ei accrescat, an uero emptori. Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ: Altera emptori accrescere, altera uenditori. Prioris autores sunt Bartolus ad l. re coniuncti, de legat. terno, Curtius iunior, & Sebastianus Sapia, ad l. unicam, C. quando non petent. partes. Duarenus de iure accrescendi, libro secundo, cap. 6.

Posterioris autem Iason, Ripa, & Crotus, in dict. l. re coniuncti, Salycetus in l. unica, C. quando non petent. partes. Vasquius de taciris substitut. seu iure accrescendi, lib. 3. §. 20 numer. 65. verficul. *Illud autem dubium est*. Antonius Gomez. tomo primo, titu. de iure accrescendi, capitulo decimo, num. 44. Cuiacius libro 12. Obseru. cap. 13.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primum, quia in emptorem hæreditatis transeunt omnia iura utilia, & habetur per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis, ff. de hæred vel actione uend ibi: *Emptorem hæreditatis uicem hæredis obtinere.*

Secundum, quia uendita hæreditate ad emptorem spectant omnia quæ ad hæredem peruenerunt, uel peruentura sunt, dict. l. secunda, ibi: *Vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset*, & in §. non tantum, eadem lege, illis uerbis: *Et non solum quod iam peruenit, sed etiam quod quandocunque peruenerit, restituendum est.*

Tertium est ex l. Papinianus, ff. ad Trebellia. ubi portio deficiens accrescit ei cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, quia in eum omnia iura hæreditaria transeunt restitutione facta.

Quartum sumitur ex l. si totam, ff. de acquir. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem aut partem, ex qua quis hæres institutus est, tacitè rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere.*

Accrescit ergo fisco, cui defertur portio eius, qui de restituendo incapaci tacitè fidem suam accommodauit, nõ autem ipsi cohæredi, qui fidem accommodauit, quia nullam portionem hæreditatis habet.

Sic & in specie nostra uenditori non debet accrescere quia nullam portionem hæreditatis amplius habet, uenditione facta, sed emptori, in quem omnia iura transierunt, & qui iam portionem emptam habet.

Vltimum argumentum est, quia ius accrescendi sequitur rem, & portionem, non autem personam l. si Titin, ff. de usufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni, &c.*

Ergò accrescit emptori portio hæreditatis deficiens, quia ille portionem aliam possidet, non autem uenditori, qui nullam habet portionem.

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum, quia uenditor hæreditatis cum sit hæres, retinet iura directa, & consequenter ius accrescendi. Illud enim ad cohæredem transit, non ad extraneos. Immò uẽditor hære-

hæreditatis videtur eam possidere, l. 4 § vlt. ff. si quis omissa causa testam. ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, possidere videtur.*

Secundum argumentum est, quia inter succedētes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi, l. sed cum patrono, ff. de bonorum possessione. Sed hic succeditur diuerso iure. Hæres ex testamento. Emptor hæreditatis ex venditione, ergo inter eos cessat ius accrescendi.

Tertium argumentum ex l. ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulgar. & pupill. vbi ad eum cui portio hæreditatis aufertur, & fisco applicatur, pertinet portio deficiens, ex substitutione, eueniente casu substitutionis, non autem pertinet ad fiscum, qui aliam portionem habet.

B Sed nihil valet hoc argumentum, quia non ibi agitur de iure accrescendi, sed de substitutione expressa à testatore, qui substituit cohæredem & non fiscum: Cohæres autem *satis est in eo punitus*, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi. I. C. nimirum, vt portionem suam amittat propter tacitam fidem accommodatam de ea restituenda incapaci.

Quartum argumentum est, quia vendita hæreditate ratio habenda est quantitatis bonorum, quæ sunt tempore venditionis l. 2. §. 1. ff. de hæred. vel actione vend. Sed portio quæ accrescit non est in hæreditate tempore venditionis, quia post venditionem defecit, ergo non pertinet ad emptorem hæreditatis.

C Hæc posterior sententia mihi probabilior videtur, ex primo & vltimo hoc argumento. Aut enim volumus portionem deficientem emptori accrescere, quia Lex ita constituit, & hoc non possumus affirmare, quia legem non habemus ad constituentem. Aut ex voluntate defuncti testatoris, & hoc verisimile nō est, quia is emptorem hæreditatis fortè non nouerat, nec ei prospectum voluit, sed hæredibus suis. Aut ex voluntate contrahentium, quia scilicet actum esse videatur, vt portio deficiens emptori accrescat, & hoc verisimile nō est, quia actum est inter contrahentes de portione hæreditatis, non de tota hæreditate. Cohæres vendidit suam, non autem cohæredis portionem, quam non habebat, nec verisimile est sperasse se habiturum, nec cum precium constituit, eius rationem habuit, sed quantitatis eius quæ erat tempore venditionis: Aut quia emptor habet iura vtilia hæreditatis, & hoc nihil iuuare potest, quia venditor habet iam directa, hoc est, nomen & titulum hæredis, cuius vigore ius accrescendi habere & retinere potest. Aut denique accrescere portionem deficientem emptori dicimus, propterea, quòd portio accrescat portioni, & hoc absurdum est, quia sequeretur, cuicunque possessori accrescere, licet is non emisset hæreditatem, & nullum ius in ea haberet.

Ad primum & secundum argumentum respondeo, verum esse quod asserimr, emptorem loco hæredis esse, & omnia iura hæreditatia obtinere, scilicet, in hæreditatis portione, quam emit, non in altera portione, quam non emit. Illa enim spectat ad alium cohæredem. Et si defecerit, venditori qui cohæres est accrescit: quia licet is portionem suam hæreditatis vendiderit, retinuit tamen iura directa, & titulum, ac nomen hæredis, non se eo abdicauit, nec illud in emptorem transtulit: Quare si quæ portio deficiat, ei, non autem emptori accrescere debet.

Ad l. Papinianus. placet mihi Cuiacij interpretatio & responsio lib. 12. Obseruat. cap. 12. & 13. eum loqui de hærede qui coactus adiuit, non autem sponte, ac proinde iure suo merito priuatur, quod aliàs obtineret, si sponte adiuisset. Amittit inquam talis hæres, qui coactus adiuit, Falcidiæ beneficium, & præceptiones & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem, & alia, l. ita tamen, § qui suspectam, & §. si præceptis, l. si patroni, §. adeo, ff. ad Trebellian. quia scilicet hæc non haberet, si hæres non esset: Ergo amittit etiam ius accrescendi, quia illud non haberet si hæres non esset.

Ad quartum & quintum respondeo, quod dicitur, portionem portioni accrescere, & ideo si quis nullam habeat portionem, ei non accrescere portionem deficientem, vt habetur in d. l. si totam, & in d. l. si Titio, hunc habere sensum, si quis nullam portionem obtineat à principio, vt in specie d. l. si Titio, vbi vni vsusfructus fundi, alteri proprietas relicta fuerat: Et defecit portio vsufructuarij, illa non accrescit hæredi, quia nullam is portionem habuit in ea re, cuius vsusfructus vni, & proprietas alteri relicta fuerat. Accrescit ergo personæ hoc, ei cui proprietas relicta erat. Idem dicendum, cum quis portionem suam amisit, veluti qui fidem accommodauit de restituendo incapaci, vt in d. l. si totam: Quo enim pacto is qui sua portione indignus est, alterius portionem lucrari poterit ex iure accrescendi.





ANDREÆ FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SEXTVS.



CAPVT PRIMVM.

Vtrum filius legitimatus per Rescriptum, excludat à successione parentum filias fœminas, vbi Statutum Ciuitatis mandat, vt existentibus filijs masculis, legitimis, & naturalibus, fœminæ excludantur?



XORDIAMVR hunc librum à nobili quæstione inter Doctores, & olim, & nunc controuersa; vtrum filius legitimatus excludat filias fœminas à successione parentum, quoties itẽ Statuto cautum est, vt existentibus filijs masculis, legitimis, & naturalibus, filiæ fœminæ excludantur? Autores adferamus tum affirmantis, tum negantis sententiæ. Deinde argumenta: Tandem sententiam nostram. A

Affirmantem sententiam amplexi sunt primo Bal. in l eam quam, nu. 7. C. de fideicom.

B Castrensis in l. sed si hac, §. patronum, ff de in ius voc. & in l. si ita quis, §. vlt. de leg. 2. in Rubr. C de iure annulor. aureor. & in cons. 226. Dicendum est, lib. 1.

Antonius Rosellus de legitimatione, lib. 1. ti. de causa finali legitimationis, nu. 4.

Aretinus ad l. liberos, C. de collat. & ibid. Corneus.

Alex. consi 2 nu. 11. lib. 1. & 94. eod. lib.

Socinus senior in consi. 63. nu. 9. lib. 3. & in l. cũ auus, nu 57 ff. de cond. & demonstr.

Iason ad l cum acutissimi, col. 2. C. de fideicom. vbi dicit se ita bis consuluisse, & iudicatum fuisse.

C Decius in cons. 316. nu 8. & 365. nu 7.

Brunus tracta. quod stantibus masculis fœminæ non succedant, art 12. num. 70.

Barbatia cons. 68. col. 4. lib. 4.

Curtius iunior in consi. 153. num. 10.

Gozadinus cons. 6. nu. 38. & 85. num. 26.

Berous in consi. 14. nu. 2. & 174. nu 10. lib. 2. qui testatur ita iudicasse Rotam Bononiensem.

Socinus iunior in consi. 142. num 35. lib. 1.

Alciatus ad l. si is, qui pro emptore, nume. 91. ff de vsuc. & in responso 307. nu 2.

Patisius consi. 55. num. 10. lib. 3.

Didacus Couuar. de Sponsal. in 2. par. c. 8. § 8. nu. 3.

Roland. cons. 83. nu. 2. & nu. 14. lib. 3.

Bursatus consil. 85. nu. 12 & 98. nu 22.

Dom. meus Decianus cons. 3. nu. 86. lib. 1.

Eugenius consi. 57. num. 76.

Menoch. consi. 227. nu. 35. 266. nu. 9. lib. 3. & de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 39. nu. 3. & 687. nu. 57 lib. 7. vbi testatur secundum hanc opinionem iudicatum sic fuisse Mediolani anno 1571. & 1585.

Negantis autem sententiæ Autores sunt Bald. in cap. per tuas, nume. 2. de maior. & obed. in cons. 214. lib. 2. in consil. 102. lib 4.

Angelus in consi 76.

Antonius Butr in c. tanta, nu. 10. & in c. per venerabilem, nu. 16. qui filij sint legitimi.

Castren. in l. vlt. nu. 5. 6. C. de his, qui veniam ętatis impetrar in l. cum acutissimi, nu. 3. C. de fideicom. in consi. 180 lib. 1. 252. & 343. lib. 2.

Alexand ad l necessarijs, nu. 12. ff. de acq. hæred.

Ias. in l. si is, qui pro emptore, nu. 286 ff. de vsuc.

Curtius sen. in consi. 13. & in cons. 16 & in consi. 35. & in cons. 74. vbi dicit, ita iudicatum fuisse Mediolani

Soc. senior in l. Gallus, §. Et quid si tantum, nu. 27. ff. de lib. & posthum. & in consi. 246. lib. 2.

Ludouicus Bologninus in cons. 58.

Dec. in l. liberos, in fi. C. de collatio. in cons. 52. & 155. 275. 316. 383. 392.

Tiraquellus ad l. si vnquam, in verbo, susceperit liberos, nu. 98. C. de reuoc. donat.

Dom. meus Cephalus in cons 78. lib. 1.

Prosper Pasetus cons. 71.

D. Guidus Pancirolus cons 59. nu. 68.

Portius Imolensis consi 106. nu. 89.

Ludou. Mol. lib. 3. de Hispaniarum primogenijs, c. 2. num. 7. & c. 5. nu. 75.

Mi-

Michael Grassus ti. de success. ab intestato, q. 19. nu. 12

Illustriss. Cardinalis Albanus in lucubrationibus ad Bartolum, in l Gallus, § & quid si tantum, num. 22. ff. de lib. & posthumis.

Mynsingerus cent. 3. obseruat 26. vbi testatur cameram Imperialem sequi solere hanc sententiam.

Andreas Geyll, lib 2. obseru. 140. nu 6. vbi similiter testatur Imperialem Cameram ita seruare.

Berous in cons 177 nu. 49 lib. 2.

Gulielmus Benedictus in c. Rainucius, in ver. Duas habens vxores, nu. 148 de testam.

Ruinus consi. 84. num. 3. lib. 3.

Hactenus Autores vtriusque sententiæ recensuimus Nunc argumenta in medium afferenda sunt. Affirmãtis igitur sententiæ illud est fundamentum; quia Statutum excludit filias fœminas existentibus filijs masculis defuncti ab intestato legitimis & naturalibus. Sed filij sic legitimati dicuntur esse legitimi, & naturales; ergo filias fœminas excludunt.

Minor propositio probatur ex Nouella Quibus mod. natur. effic. sui, § reliqui, ibi: *Semel enim efficientes eos legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent ij, qui ab initio legitimi sunt.* Et in § sit igitur ibi: *Nihil a legitimis differentes*, &c. Et in § quoniam variè, ibi: *Nihil dissimilis legitimis*. Et in § filium, ibi: *Factum legitimum ipsi soli genitori legitimum facimus.* Et in Nouella quibus mod. natur effic. legitimi §. sit igitur licentia, ibi: *Nihil a legitimis filijs differentes.*

Posterioris autem sententiæ, quæ negat huiusmodi legitimatos filias fœminas excludere: Fundamentum est primò; quia tales filij non dicuntur propriè legitimi; dicit enim tex. in § filium, in Nouella. Quibus mod. natur. effic. sui. *Facimus eum veluti ex quadã machinatione cognatum.* Verba autem Statutorum propriè sunt accipienda. Secundò, quia verba illa Statuti, *Existentibus filijs legitimis, & naturalibus masculis*, videntur esse accipiẽda de legitimis, qui nascuntur ex legitimo matrimonio, nõ autem de his, qui fiunt à Principe, argumento l. vlt. C. de his qui, veniam ætatis impetrauerunt. Tertiò, ex §. Et quoniam variè d. Nouella. Quibus mod. nat. effi sui. in illis verbis: *Si quis igitur naturalis secundum hoc schema oblationis fiat Curialis erit patri, & ab intestato successor, & ex voluntate nihil dissimilis legitimis, & ex donatione percipere poterit patris; ita tamen, ut non amplius habeat vno eorum, qui ab initio legitimi sunt, et inter omnes minus habente.*

Et licet textus loquatur de ijs, qui per oblationẽ Curiæ legitimi fiunt, eadem tamen ratio est in legitimatis per rescriptum; præsertim, quia in legitimatis per rescriptum nulla extat constitutio, vt plus habeant.

Hactenus, & quod secundo loco pollicitus sum, præstiti. Restat, ut sententiam meam subijciam. Ego igitur in hac quæstione valere iussis autoritatibus hinc inde Doctorum, propositam quæstionem rectè ex lege Iustiniani & clarè decidi posse censeo. Etsi enim Doctorum sententias & placita magni facienda esse putem, mihi tamen in toto hoc opere propositum non est ex eis, sed ex textibus iuris sententiam meam formare atque fundare Igitur si controuersia sit secundum ius nostrum Iustiniani, quid respondendum sit in hac quæstione, sic statuo; non solum filium rescripto legitimatum non excludere filias legitimas & naturales, sed nec filium ipsum sic legitimatum consequi ius legitimorum filiorum. Moueor hoc argumento, quia existentibus filijs legitimis, nõ possunt illegitimi rescripto legitimari, hoc est: ius legitimorum filiorum consequi; sed tantum per oblationem Curiæ, vel per subsequens matrimonium Hoc probo ex d. Nouella. Quib mod. nat. effic. sui in § si quis ergo, § sit igitur licentia, & §. omnino enim. In § si quis ergo. ita dicit Imperator: *Si quis ergo filios legitimos non habens, sed tantũmodo naturales, ipsos quidẽ legitimos facere voluerit, &c. hoc agat per nostrum rescriptum.* Et paulo post: *Sit igitur licentia patri in prædictis casibus Imperio preces offerre, hoc*

A *declarantes*, &c. Et tandem subdit hæc verba: *Omnino enim legitimis existentibus; deinde naturalibus prouenientibus nequaquam ius legitimorum eis adijcitur, nisi omnino, aut per Curiam, aut per nostras constitutiones, quę dotalium instrumentorum introduxerunt modum.* Ex quibus verbis patet, tunc per rescriptum filios legitimos effici, cum alij legitimi non extant; si vero extent, legitimos fieri posse per oblationem Curiæ, vel per patrimonium; non autem per rescriptum.

Si ergo ius legitimorum filiorum isti non habent per rescriptum; ergo non possunt fœminas excludere, quas soli filij legitimi, & naturales excludunt.

Si dicatur fieri posse, vt etiam existentibus filijs legitimis ab Imperatore legitimentur filij naturales, vel à Comite Palatino potestatem habente, quod & sæpè fieri videmus; ergo tunc argumentum locum non habebit; & sic filiæ excludentur. Respondeo, in primis me prædixisse B sententiam meam niti tantum legibus Iustiniani scriptis, non autem ijs, quæ de facto seruentur. Deinde putarem, talem legitimatum hoc quidem consequi, vt legitimus efficiatur Imperiali beneficio, non tamen plus iuris consecutum in dubio, quàm is consequatur, qui per oblationem Curiæ legitimus efficitur. Et ideo non plus habiturum, quàm vnum ex filijs legitimis, qui minus habet, vt in d § & quoniam variè. Neque enim rationem differentiæ video vllam.

Huc accedat, quod si legitimatus per oblationem Curiæ non potest plus habere, quàm vnus ex filijs legitimis multo minus plus consequi poterit is, qui per rescriptum est legitimatus. Nam per oblationem Curiæ illegitimi consequuntur iura legitimorum, etiam existentibus alijs filijs legitimis: At per rescriptum id non consequuntur. Si dicatur legitimatum per Curiæ oblationem non habere plus iuris in successione quolibet ex filijs legitimis, secundum ius commune; sed nostra quæstio est de C iure municipali, quo tota defertur masculis legitimis successio; isti autem sunt legitimi. Respondeo, cum Iustinianus prohibuerit eos plus habere quolibet ex legitimis, non posse Statutum illud contra legem Iustiniani ad legitimatos pertinere, & iustam esse interpretationẽ, quæ hoc in casu Statutum cessare docet, ne duplex sic legitimati priuilegium obtineant; vnum, quod iura legitimorum consequantur: Alterum, quod etiam legitimis contra legem præferantur. Neque enim ex priore posterius necessario infertur, cum rectè intelligi possit, filium esse iura legitimorum consecutum, etiam si non cõprehendatur in Statuto filias legitimas excludente. Erit enim legitimus secundum leges Cæsaris, cuius beneficio factus est, non secundum leges municipij, ad quas in præiudicium legitimorum non putatur Imperator respexisse legitima iura concedens illegitimo. Voluit enim legitimum esse, sed sub ista moderatione, ne plus, quàm legitimi haberent: immò ne plus haberent quàm vnus ex D legitimis minus habens, vt in d §. & quoniam variè.

Dices, quid si in legitimationis rescripto illa inseratur clausula, vt legitimatus comprehendatur in omni Statuto, ac dispositione loquente de filijs legitimis, & naturalibus, nunquid hoc efficiet, vt comprehendatur in Statuto, de quo agitur, fœminas filias excludente?

Respondeo, contraria esse hac de re Doctorum Responsa. Nam comprehendi responderunt. Ruinus in consil. 68. lib. 3 Berous in consi. 174. lib 2. Non comprehendi responderunt idem Ruinus in cons. 82. nu. 8. lib. 3. Decius in consil. 393. nume. 9. sequitur Dominus meus Cephalus in consil 278. nume. 63 lib 2. Syluester Aldobrandin inter consilia Riminaldi senioris lib. 4 consil. 717. num. 81.

Et hæc posterior sentẽtia mihi videtur æquior. & probabilior. Primò, quia per eam minus lęditur ius commune, quo constitutum est, vt legitimatus non plus consequatur iuris, quàm vnus ex legitimis, qui minus habet vt in d §. & quoniam variè Secundò, quia per hanc sententiam iniuria non infertur ex rescripto filiabus legiti-

mis & naturalibus, quod Regulis iuris magnoperè consentaneum esse, patet ex l. 2. & 4. ff. de naturalib. restit. Et ex regula generali rescriptum Principis ita esse accipiendum, vt alijs non præiudicet, l. 2. §. meritò, ff. ne quid in flum. publ. Iason in l. vlt. nu. 19. & 20. ff. de Const. Princ. Ruin in consi. 93. num. 5. lib. 3. & 82. num. 9. eo. lib. licet verba eius superflua redderentur, vt declarat Alc. reg. 3. præsumpt. 11. nu 8 Decius in c. super eo, col. 2. vers. Prædicta concl. de offic. deleg.

Tertiò, quia illa clausula locum habere potest in alijs Statutis multis, quæ non excludunt filias legitimas, ita vt legitimatus multis in casibus frui possit beneficijs Statutorum de legitimis loquentium, licet non hoc beneficio fruatur, vt filias excludat. Et sufficit priuilegium aliquid operari, licet non in omnibus operetur, vt docet Alciatus d. reg. 3. præsumpt. 11. nu. 9.

CAPVT II.

De celebri controuersia in successione Regni & Principatus, vter sit præferendus, Patruus, an nepos ex filio primogenito?

CElebertima est controuersia; vter in successione præferendus sit Regni & Principatus patruus, an nepos ex filio primogenito; quam copiosè tractat Tiraquellus de iure primogenitorum, quæst. 40. & post eum F. H. in disputatione de controuersia successionis Regiæ, inter patris & fratris præmortui filium. Nullum me operæpretium factum putaui, si argumenta, quæ pro nepote, vel patruo adferuntur, & simul Doctorum autoritates huc adferrem; quoniam Tiraquellus & F. H. antecesserunt. Non abs re autem fore existimaui qualecunque iudicium interponere meum. Hæc igitur in re tria mihi occurrunt, quæ ex iuris nostri preceptis adferri posse solidis argumentis & rationibus videntur. Primũ est, Iustiniani iure neutrum alteri præferendum esse in ea successione, sed vtrumque concurrere: sic enim iure ciuili constitutum est, vt nepos simul cum patruo succedat auo, §. 1. in Auth. de hæred ab intestato venientibus, § cum filius, in Insti eodem ti. Quamobrem, quod F. H. loco superius citato, in exordio disputationis pro fratris filio dixit, consuetudinem illam, vt Rege mortuo filius ipsius, vel hoc præmortuo, nepos ex eo susceptus Regi suus hæres existat, iuri Romano consentaneá esse, nihil ad rem nostram pertinere potest; quia non est quæstio, vbi solus exstat ex filio nepos; sed etiam patruus, hoc est, alter ex defuncto filius secundo genitus, qui procul dubio iure Romano concurrit cum nepote in successione. Quamobrem ex hoc efficitur hanc controuersiam Iustinianæo iure definiri non posse, in alterutrius fauorem, scilicet vel patrui, vel nepotis. Et quoniam alter eorum solus debet succedere, ita enim consuetudine receptum est, nam firmius videtur esse Regnum, si penes vnum remanserit, nec diuidatur, c. Imperialem, § præterea ducatus, de proh. alienat feudi per Fridericum. Et hæc consuetudo in dubium iam non reuocatur; ideo alia ineunda est ratio, quæ controuersiæ dirimendæ magis sit idonea. Ego igitur sic statuo; consuetudinem particularem Regni, de quo erit controuersia, pro lege habendam, ac proinde, si illa pro nepote militauerit, nepoti adiudicandum esse regnum; si pro patruo, ipsi patruo: *De quibus enim causis scriptis legibus nõ utimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est*, l. de quibus, ff. de legib. *Quod si hoc defecerit*, inquit Iulianus, *tunc quod proximum & consequens ei est; Si ne id quidem appareat; tunc ius, quo urbs Roma utitur, seruari oportet.* Quid ergo si consuetudo defecerit, necnon id, quod proximum & consequens ei est? Seruandum puto illud ius, quo Imperium Romanum in simili casu vtitur. In Imperij autem legibus, & Bulla Aurea Caroli IV. hoc continetur: *Decernimus, ut postquam ijdem Principes Electores seculares, & eorum quilibet, esse desierit, ius, vox, & potestas electionis huiusmodi ad filium suũ primogenitum legitimum laicum; illo verò non existente, ad eiusdem primogeniti primogenitum similiter laicum liberè, & sine contradictione cuiuspiam deuoluatur. Si vero primogenitus huiusmodi absque hæredibus masculis legitimis laicis ab hac luce migraret, virtute præsentis Imperialis edicti, ius, vox, & potestas electionis prædicta ad seniorem fratrem laicum per veram paternam lineam descendentem, & deinceps ad illius primogenitum laicum deuoluatur, & talis successio in primogenitis & hæredibus Principum eorundẽ iure, voce, & potestate præmissis perpetuis temporibus obseruetur: ea tamen conditione & modo, vt si Principem Electorem, seu eius primogenitum, aut filiũ seniorem laicum mori, & hæredes masculos & legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit: tunc frater senior eiusdem primogeniti tutor eorum, & administrator existat, donec senior ex eis legitimã ætatem attigerit; quam in Principe Electore 18. annos completos censeri volumus, & statuimus perpetuò haberi; quam dum attigerit, ius, vocem & potestatem et omnia ab ipsis dependentia tutor ipsi cum officio totaliter teneatur protinus assignare.*

Hactenus verba Bullæ Aureæ, quæ nepoti ex filio primogenito successionem defert, vt patet. Huic consentanea est lex Tauri, quam Hispanicè Didacus Couarr. edidit, & Latinè sic sonat: *Maiora feuda, quarum successio ad primogenitos pertinet, si primogenitus moriatur, uiuo feudi possessore relicto filio, uel nepote, aut alio legitimo recta linea descendente, descendentes isti legitimi præferentur pro gradus prærogatiua secundogenito possessoris feudi.* His adstipulantur & aliarum gentium mores & consuetudines, præiudicia, & alia, quæ latissimè Tiraquellus commemorat. Cui sententiæ & nos quoque assentiri par est. Argumentis, quæ pro patruo adferri solent, sufficienter occurrit. H. F.

CAPVT III.

Fratrum filij vtrum succedant patruo in stirpes, an vero capita?

HAec est antiqua, & celebris controuersia inter Azonem & Accursium. Azo existimauit filios fratrum patruo succedere in capita, Accursius in stirpes. Azonem secuti sunt Iacobus Butrig. Cynus, Odofredus, Albericus, & Castrensis, in Auth. Cessante, C. de legit. hæredibus Baldus in l. 1. § vlt. ff si pars hæred. petat. Aretinus in § cum filius, in Instit. de hæred. quæ ab intest. deferuntur. Hostiensis in Summa, de success. ab intest. § viso igitur, col vlt. Raynerius ciuis meus, vt refert Bal. in c 1. de success. feudi. Fortunius Garzia ad l. Gallus, §. idem credendũ, col. 19 ff. de lib. & posth. Zasius Sing. intell. c. 7. & in cons. 4. lib. 1. Couuar. de success. ab intest. nu. 8. Rebuff. in proœmio Constit. Regiar. Glo. 5. nu 81. F. H. Illustrium Quæstionum lib c. 14. Ioan. Spiegelius in Lexico Iuris. in verb. *In capita succedere*. Vasquius de success. §. 13. nume. 13. lib. 2. Iac Cuiacius lib 2 de feudis, tit. 12. & in Fragmenta Vlpiani, ti. 26 §. 4. vbi etiam citat Constantinum Hermanopulum, lib. 5. Epitomes. Duarenus in consuet. feudor. c. 8. Mynsingerus cent. 3. obseruat. 95. Maturinus Montanus de hæred. ab intestato venientib. reg. 29 Michael Grassus commu. opinionum lib. §. successio ab intestato, q. 30 num. 4 D meus Cephalus in cons. 431. lib. 3. Anto. Tessaurus decis. Pedem 162. quibus accedit Caroli V. Decisio expressa anno 1529. in Comitijs Imperij Spiræ habitis.

Accursium vero secuti sunt Io. Andr ad Specular. de success. ab intest. §. 1. vers. Sed an filij, Bartolus in l secunda, § hæreditas, ff. de suis & legitim. hæred. & in l. 1 § vlt. ff si pars hæred. petat & in consil. 173. Bald. in cons. 66. lib. 1. 293. 437. lib. 2. Dynus, Angelus, Corneus, Iacobus de Arena in Auth. Cessante, C. de legit. hæred. Io. Faber

in

in §.cæterum, num. 4. Instit. de legitim. agnator. success. Mathesilanus de success. ab intestato. artic. 3. versic. 2. Guido Papæ decis. 134. Nicolaus Vbaldus de success. ab intestato, parte 3. Petrus Ferrarius in forma libelli ab intestato, in verbo, nullisque superstitibus, col 14. Vlterius quæritur. Gulielmus Benedictus in c. Rainucius, in verbo, & vxorem, num 631. Iacobinus de S. Georgio in tractatu feudorum, in verbo, præsentes, col. 3. versic sed vlterius, Io. Oldendorpius in Epitome de Success. ab intestato. num. 20. Sonsbechius tractatu feudor. parte 9. conclus 6. num. 100 Viuius lib 2. commun. opin nu. 25. Alexander in consil. 29. lib. 5. 55. num. 4. lib 4. Iason in consil. 173. numer. 2 lib. 4. Bertrandus in consil. 2. lib. 2. Ruinus consil 8 in fine, lib 1. Parisius consil. 25 num 9. lib. 2. Boetius consil. 2. Socin. iunior consil. 74. num. 7. & cons. 104. nu. 29. lib. 1. Fulgosius cons. 12. Aretinus cons. 364 Cassanæus cons. 47. col. 7 Franciscus Becius in cons. 16 Alba cons. 29 Crauetta cons. 966 lib. 5. Simon Pretus in cons. 37. nu. 14. Bursatus cons. 67. Hippolytus Riminal. cons. 31. num. 47. lib. 1. Fridericus Scotus cons. 18. libro 2.

Ego, ne diu suspensus animus lectoris sit, sententiam Azonis verissimam esse iudico, quod vbi demonstruero tum argumenta contrariæ sententiæ confutabo.

Azonis igitur sententiam veram esse sic demonstro. Si antiquo iure, quod ante Nouellis Iustiniani constitutum fuit, filij fratrum in capita succedunt, & illud ex Nouellis Constitutionibus mutatum non est, consequens est, vt firmum maneat, & suum obtineat vigorem: Sed verum est prius; ergo verum & posterius: & sic fratrum filij nunc etiam in capita succedent, sicut olim.

Maior propositio clara est: quia quod non mutatur, cur stare prohibetur? l. præcipimus, C. de appell. Minor autem, quod iure antiquo ita fuerit constitutum, probatur primò Vlpiani testimonio in fragmentis apud Cuiacium, tit. 26. §. 4 *Agnatorum*, inquit, *hæreditates dimiduntur in capita, velut: si sit frater filius, et alterius fratris duo pluresue liberi, quotquot sunt ab vtraque parte persona, tot fiunt portiones, vt singuli singulas capiant.*

Secundò, id probo testimonio Caij lib. 2. Instit. tit. 8. *Item si moriatur quis* (ait Caius) *& de duobus germanis fratribus dimittat filios, duntaxat masculos, & ex vno fratre dimiserit duos, & ex alio quatuor similiter masculos: omnes quidem fratrum filij patruo suo intestato succedunt, sed non in stirpes, sed in capita.*

Tertio, testimonio ipsius Iustiniani l. penul. C. de legitimis hæred sic dicentis; *Illo procul dubio observando, vt successio non ad stirpes, sed in capita dimidatur.* Et loquitur de successione filiorum fratrũ, vt patet ex verbis præcedentibus ibi: *Et mortuo eo, qui patruus quidem est;* &c.

Quod autẽ ex Nouella Iustiniani Constitutione, quæ habetur in tit. de hæred. ab intestato venientib. hoc ius antiquum immutatum non sit, patet; quia in ea Constitutione nihil habetur, quod pertineat ad successionem in stirpes filiorum fratrum; nisi quando ipsi filij fratrum succedunt vnà cum patruis suis, quod vt planum fiat, & simul intelligatur nullam vim habere argumenta Sonsbechij, quæ adfert ex dicta Nouella pro contraria sententia, ego referam ipsius Nouellæ uerba, vt ea ob oculos lector habens, facile nulla distractione alia impeditus, rẽ percipiat, atque dijudicet. Verba hæc sunt, quod attinet ad rem nostram.

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, et sorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiã cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hæreditatẽ vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem Si autem defuncti fratres fuerint, & alterius fratris aut sororis præmortuorum filij, vocabuntur ad hæreditatem, isti cum de patre, & matre Theois masculis aut fœminis, & quanticunque fuerint, santam ex hæreditate percipient portionem, quãtam eorum pa- A *rens futurus erat accipere, si superstes esset. Vnde consequens est, ut si fortè præmortuus frater, cuius filij uiuunt, per utrãque partem nunc defuncta persona iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsitan, aut matre ei iungebãtur: præponantur istius filij proprijs Theois, licet in tertio sint gradu, siue a patre, siue a matre sint Theoi, & siue masculi, siue fœmina sint, sicut eorum parens præponeretur, si viueret. Ex diuerso, siquidem frater superstes ex vtroque parente coniungitur defuncto, præmortuus autem per unũ parentem iungebatur: huiusmodi filios ad hæreditate excludimus, sicut ipse si viueret, ab hæreditate, excludebatur. Huiusmodi verò priuilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum, & fœminarum filijs, aut filiabus, ut in suorum parentum iure succedant. Nulli alij omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed & ipsis fratrum filijs tunc hoc beneficium conferimus, quando cum proprijs uocantur Theoij, masculis, & fœmi-* B *nis, siue paterni, siue materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hæreditatem vocãtur: nullo modo ad successionem ab intestato fratris, aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex vtroque parente eorum pater, aut mater defuncto iungebatur: quandoquidem fratris, & sororis filijs tale priuilegium dedimus, vt in propriorum parentum succedẽtes locum soli in tertio constituti gradu, cum ijs, qui in secũdo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur. Illud palam est, quia Theois defuncti masculis, & fœminis, siue a patre, siue a matre præponũtur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum Si verò neque frater, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit: omnes deinceps a latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum vniuscuiusque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inueniantur secundum personarum numerum inter eos hæreditas diuidatur: quod in capita nostræ leges appellant.*

C Iam igitur in hac constitutione nullum verbum continetur, quo filios fratrum in stirpes succedere significetur, præterquam eo in casu, quo succedant simul cum patruis suis: ergo si soli succedant, non succedent in stirpes, sed in capita, sicut antiquo iure constitutum est.

Respõdet Sonsbechius, & probare conatur filios, fratrum ex ea Nouella in stirpes succedere, & representare parentem defunctum, etiam si non cum patruis suis cõcurrant. Et primò inducit textum in vers. *Vnde consequens est.* vbi dicitur, si non extent fratres vtrinque coniuncti defuncto, sed ex vno latere tantum, & simul extent filij alterius fratris defuncti, qui ex vtroque latere erat coniunctus, filios fratris defunti repræsentare patrem suum defunctum; & ideo excludere fratres defuncti superstites ex vno latere tantum, sicut eos patens ipsorum, si viueret, tanquam ex vtroque latere iunctus excluderet Ex quo sequitur filios fratrum tunc in stirpes succedere, & tamen soli succedunt, non autem vnà cum D patruis suis, quia nulli extant ex vtroque latere iuncti, sed tantum ex vno latere, quos ipsi filij excludunt.

Respondeo, in eo casu procul dubio filios fratrum in stirpes succedere, quia succedunt iure repręsentationis patris sui defuncti, alioqui excludere non possent fratres defuncti ex vno latere tantum. Et de hoc singulari casu nos non disputamus. Sed nostra disputatio est, cùm soli extant filij fratrum, & nullus frater defuncti prorsus, neque vtrinque coniunctus, neque ex vno latere tantum: tunc enim ut ipsi filij succedant, nulla opus est repræsentatione patris sui; & consequenter cùm ex persona propria uocentur ad successionem, illa in capita diuidetur secundum ius antiquum.

Et licet infra textus dicat, ipsis fratrum filijs, tunc hoc beneficium collatum, quãdo cum proprijs uocantur patruis, tamen id non repugnat præcedenti sententiæ, quia etiam eo in casu, quo extant frater defuncti ex vno latere, & filij fratris præmortui ex vtroque latere coniuncti, potest aliquo modo dici eos uocari cum patruo, scilicet cum fratre defuncti ex vno latere iuncto, sed

tamen eum excludunt, quia repræsentant patrem præmortuum, qui defuncto, de cuius successione agitur, ex vtroque latere iunctus erat. Hoc enim dicere Imperator voluit, fratrum filios non habere hoc beneficium, quando nullus extat patruus ipsorum, cum quo concurrete, vel cui præferri in successione debeant: vel quoties extant quidem patrui, sed simul etiam alij puta ascendentes defuncti, qui simul ad hæreditatem vocantur; tunc enim filij fratrum non concurrunt, vt subdit Imperator statim in §. si autem.

Secundò, Sonsbechius adfert, ac perpendit textum in vers. *Illud palam*, vbi dicitur, fratris vtrinque coniuncti filios excludere patruum magnum, qui similiter in tertio gradu est, quod non alia ratione contingit, nisi quia patrem suum repræsentat, qui sine dubio, si viueret, patruũ magnum excluderet, quamuis vno gradu anteiret ipsum: Et sic filij fratrũ ibi succedunt necessariò in stirpes. Respondeo, etiam eo in casu in stirpes succedere, quia veniunt ad exclusionem patrui magni, sed nostra quæstio est, quando non veniunt ad exclusionem alterius, soliq; extant, & successionem soli obtinent.

Tertiò, Sonsbechius ponderat textum in vers. *Huiusmodi verò*, vbi dicitur solis concessum esse fratrum filijs, & non vlterioribus, vt in parentum suorum iure succedant. Ex quo patet generaliter hoc beneficium concessum esse filijs fratrum, siue sint soli, siue cum patruis succedant.

Respondeo, hanc interpretationem corruere ex verbis sequentibus, quibus dicitur: *Sed et ipsis fratrum filijs hoc beneficium tunc conferri, quando cum patruis succedunt.*

Respondet Sonsbechius, illa verba, *sed, & ipsis*, contrarium probare: quia hoc Imperator vult, non solum filios fratrum, quando soli sunt, in suorum parentum iura succedere: sed etiam quando simul cum patruis uocatur ad successionem patrui defuncti, quod probatur, inquit, ex copulatiua illa, (*Et*,) quæ sine causa ibi posita non est, immò habet emphasim, nam si voluisset Imperator id obtinere solum in casu, in quo cum suis patruis succederent, & tunc demum in locum parentũ suorum succedere, non dixisset, *sed, & ipsis*, sed dixisset, *ipsis fratrum filij*, neglecta copulatiua, (*Et*,) tunc hoc beneficium conferimus: aliàs Iustinianus culpandus esset, tanquam superflua dixisset. Nam idem suprà dixerat in vers. *Huiusmodi*

Respondeo, nihil esse superflui, quia in vers. *Huiusmodi*, Iustinianus hoc statuit, vt huiusmodi priuilegium solis filijs fratrum, & non vlterioribus concedatur. In vers. *Sed, & ipsis*, aliud statuit, vt nempe ipsis quoque fratrum filijs tunc illud beneficium competat, cum ad successionem cum patruis uocantur: Et sic cum diuersa utrobique statuerit, non potest superfluus videri. Et quod attinet ad distinctionem illam, (*Et*,) illa non malè posita in hoc sensu, quia hoc vult Imperator solis fratrum filijs priuilegium illud competere, & non alijs, sed & ipsis tũc solum competere, cum ad successionem cum proprijs patruis vocantur, quo sermone restringit illud beneficium, quod antea videri posset absolutè filijs fratrũ competere: qui modus loquendi, & vsitatus, & congruus est.

Ex his patet responsio ad id, quod quarto loco Sonsbechius adfert.

Quintò idem Sonsbechius perpendit textum in §. si verò neque fratres, vbi dicitur, post fratres, & fratrum filios cæteros in capita succedere: ex hoc infert filios fratrum succedere in stirpes, & non in capita. Respondeo, non rectè illud inferri, quia Imperator in præcedẽti parte textus, locutus est de filijs fratrum succedentibus cum patruis suis, uel ad exclusionem uenientibus patrui magni, aut fratris defuncti, ex vno latere tantum coniuncti, qui illis in casibus in stirpes succedunt, non autem in capita; quare postea subdit summa ratione, si nec fratres extent, nec filij fratrum, *sicut diximus*, reliquos cogna-

A tos in capita succedere. Quid aũt sit iuris si soli fratrum filij existant, nec ad alterius exclusionem veniant, non declarauit Iustinianus vllibi in dicta Nouella, & ideo manet ius antiquum in suo robore, & efficacia.

Sextò idem autor perpendit in eodem §. si verò neque fratres, verf. si autem plurimi, anxiè Imperatorem decidere, si vltra fratrum filios plurimi sint eiusdem gradus, tunc singulos in capita succedere, nõ in stirpes: quod tamen indubitatum erat, & antea constitutum. Ideo igitur putandus est Imperator id ita constituisse, ne quis crederet priuilegium fratrum filijs concessum, vt in locũ parentis succederent, & sic in stirpes successio duraret, extendi ad nepotes, vel pronepotes quoque præmortuorum fratrum.

Respondeo, Iustinianum in ea parte idem statuisse, quod antiquo iure constitutum erat, & id non est absurdum: quia in tota illa constitutione multa innouauit, & correxit, & de vniuersa successione statuit. Quare necesse fuit exprimere quid innouaret, & quid cõuenienter antiquis
B legibus statueret, & non frustrà de vlterioribus cognatis id decreuit: quia forsitan existimari potuisset, aliquando iure repræsentationis locum futurum successioni in stirpes. Non tamen inde argumentari licet hoc Iustinianũ voluisse vt filij fratrum in capita succederent. Et sanè probabilis coniectura nulla est; quoniam cum Imperator sciret antiquis legibus successionem eis in capita deferri, si noluisset eas obtinere, certè id dixisset, sicut dixit, & expressit illis in casibus, in quibus filij fratrum cõcurrunt cum suis patruis, vel ad exclusionem patruorum aliquorum veniunt.

Ex quibus patet postremum argumentum, quod idẽ autor vrget, si Iustinianus noluit filios fratrũ in stirpes absolutè succedere, nihil noui statuisset in d. § si verò neque fratres. Etsi enim nihil ea in parte noui statuisset, in utilis tamen Constitutio non fuit; quoniam ex ea intelligimus, quid Iustinianus iuris antiqui abrogauerit, & quid in antiquo conuenienter statuerit. Neque enim
C vlla necessitas est, vt omnia iura vetera correcta esse putemus ex noua Constitutione, sed satis est, si in aliquibus correcta fuerint, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata.

CAPVT IV.

Quomodo ascendentes in pari gradu existentes succedant filijs iure functis nullo condito testamento.

Tres sũt Doctorũ sententiæ hac de re. Prima, ascendentes hoc modo succedere filijs intestatis defunctis, vt in bonis, quæ ex paterna linea ad filios peruenerunt, pater succedat, matre exclusa, & mater contra patre excluso in bonis, quæ ad filium ex linea materna peruenerunt, in cæteris bonis aliundè quæsitis æqualiter succedant. Ita Bartolus in Authen. Itaque, C. cõ
D mub. de success. & multi alij, quos refert Andreas Tiraquell. de retractu consang. §. 14. num. 12. & post eum Couar. de success. ab intestat. num. 2.

Fundamentum est primò in l. 3. C. de bonis, quæ lib. ibi: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quàm auo paterno diem suum sine liberis obierit, eorum dominium quę ad ipsum ex matre, vel ab eius linea peruenerunt, non ad auum, sed ad patrem eius perueniat.* Secundò in § 1. Instit. Per quas personas nobis acquir. ibi: *Quę enim inuidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reuerti?* Tertiò, quia idem videtur receptum in successione fratrum, vt frater vterinus in bonis illis succedat; quæ ad defunctum fratrem ex linea materna peruenerunt: in his vero, quæ ex paterna linea, succedat frater consanguineus, l. de emencipatis, C. de legitimis hæred.

Secunda est sententia nonnullorum, quos commemorat Couuar. loco annotato, solum patrem succedere in lucris nuptialibus, quæ ad filium peruenerũt ex linea paterna:

paterna: & contra, matrem solam in lucris acquisitis ex linea materna. Ita enim loquuntur l. 2. & 3. C. de bonis quæ liberis.

Tertia sententia, quæ mihi verissima videtur, patrem & matrem cęterosque ascendentes in pari gradu existentes filijs suis æqualiter succedere nulla bonorum distinctione adhibita, vnde peruenerint ad filium. Ita Baldus in Authent. defuncto, C. ad Tertyll. & alij multi, quos refert, & sequitur Couuar. loco supra citato, de success. ab intestato, num. 2. & nouissimè Valentinus Forsterus de success. ab intestato, lib. 3. de successione ascendentium, conclus. 4.

Fundamentum est solidum in text. Nouellæ, de hæred. ab intestato. *Si autem plurimi ascendentium viuunt: hos præponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos, & fœminas, siue paterni, siue materni sint. Sin autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas diuidatur, vt medietatē quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inueniri contigerit.*

Hic nullam vides fieri distinctionem bonorum, vnde filijs peruenerint, quæ tamē distinctio, si necessaria erat, exprimi debuisset. Non ergo licet nobis eam inducere sine aliqua legis autoritate. Nam quod habetur in l. 3. C. de bonis, quæ liberis, non pertinent ad rem prorsus: quia ibi, dicitur patrem auo præferri in successione. Nam illa verba: *Non ad auum, sed ad patrem eius perueniat*, non sunt accipienda de patre matris; & sic de auo materno, sed de patre ipsius filij defuncti. Nam facti species loquitur de patre, & auo paterno superstitibus; non autem de auo materno, vt patet ex verbis præcedentibus, ibi: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quàm auo paterno, diem suum sine liberis obierit*, &c. Necnon ex verbis sequentibus, ibi: *Vsufructu videlicet in huiusmodi casibus auo, dum superest, reseruando*: quæ verba intelligi non possunt de auo materno, sed de paterno; quia ille vsumfructum habere debet, non auus maternus.

Quod autem secundo loco adsertur ex Institutionibus, nihil offendit: quia loquitur de bonis à patre profectis, quod scilicet æquum sit, ea patri acquiri, quod à quęstione nostra longè est alienum.

Denique id, quod tertio loco adfertur de fratre vterino, & consanguineo, dubito, vtrū verum sit; Ego enim in sequenti capite falsum esse ostendam. Sed vt maximè verum esset, quod iterum inficior, non inde sequitur, idem etiam in successione ascendentium statuendum esse, quā a successione fratrum longè differre constat: Præsertim cùm videamus Iustinianum nulla bonorum distinctione facta, parentes æquo iure ad filiorum successionem vocasse.

CAPVT V.

De successione fratris vterini, & consanguinei controuersia.

EXistimo fratrem vterinum, & consanguineū æqualiter succedere fratri intestato defuncto nullis proximioribus superstitibus, nulla distinctione adhibita bonorum, vtrum ex linea paterna, vel materna ad defunctū peruenerint. Et moueor autoritate textus in Nouella. De hæredibus ab intestato venient. § si igitur, vbi Iustinianus ita scribit: *Si igitur defunctus neq; ascēdentes, neque descendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & sorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos: quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocamus. Hic autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem.*

Vides clarum textum nullam differentiam bonorum comminiscentem, sed æqualiter vocantem fratres vterinos, & consanguineos ad successionem. Autores eiusdē

A sententiæ habeo Fulgosium, & Corneum in Auth. itaque, C. commu. de success.

Communior sententia docet vterinum succedere in bonis, quæ a matre consecutus est defunctus: Consanguineum autem in illis bonis, quæ a patre habuit; in cæteris autem bonis æqualiter succedere. Bart. in Authen. Itaque, C. commu. de success. Iason in l. post dotem, ff. soluto matr. alios refert, & sequitur Couuar. de successionibus ab intestato, post num. 8. vers. Tertiò est animaduertendum. quibus adde Iacobum Cuiacium in consultatione 23.

Fundamentum est in l. de emancipatis, C. de legitimis hæredibus. in illis verbis: *Exceptis maternis rebus, in quibus, si de eadem matre fratres, vel sorores sint, eos solos vocari oportet.*

Respondeo, Iustinianum ibi non loqui de fratre vterino, sed de fratre, qui ex latere etiam matris coniunctus est defuncto, vt is alteri fratri consanguineo præferatur
B in bonis, quæ defunctus frater a matre consecutus est. Nam hæc est sententia legis: Emancipatis defuncto fratres, & sorores ei succedere in dominio bonorum, patrē vero in vsufructu: fratres autem, & sorores, scilicet ex vtroq; latere, vel ex latere patris: ita tamen, vt is, qui non solum ex latere patris, verum etiam matris iunctus est, præferatur alteri consanguineo, quoad bona, quæ defunctus habuit a matre.

Hæc verissima interpretatio confirmatur quia eo tempore frater vterinus ad successionem non admittebatur in ordine fratrum, sed in ordine aliorum cognatorum. Primum enim ad successionem vterini sunt admissi, ex l. meminimus, C. eodem titu. quæ lex est posterior. Nam edita est Iustiniano IV. & Paulino Consulibus. Altera verò, nempe, l. de emancipatis, post Consulatum Lampadij, & Orestis, anno secundo.

Et in dict. l. meminimus, ita statuit Iustinianus: *Sed nec fratrem, nec sororem vterinos concedimus in cognationis loco relinqui; Cum enim tam proximo gradu sint; merito eos sine vlla differentia, tanquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus, & sororibus uocandos esse, sancimus, vt secundo gradu constituti, & legitima successione digni reperti alijs omnibus, qui sunt vlterioris gradus, licet legitimi sint, præcellant.*
C
Non igitur est verisimile, Iustinianum in d. l. de emancipatis, locutum esse de vterinis fratribus, qui videlicet tantum ex latere matris sunt coniuncti; quia eo tempore illi non erant in ordine fratrum. Præterea, si Iustinianus ibi loqueretur de fratribus vterinis, eosque præferret in bonis, quæ à matre defunctus habuit, ratio postulabat, vt & consanguineos pręferret similiter vterinis in bonis, quę frater defunctus habuit a patre. quod est alterum membrum communis sententiæ, & distinctionis bonorum, qua tamen de re nullum est verbum in tota illa lege: Immò, nullum verbum de vterino, vel consanguineo fratre; sed de fratribus, & sororibus generatim
D textus loquitur. Quare verba illa: *Exceptis maternis rebus*, &c. hunc sensum habent, quem dixi, vt videlicet frater ex eadem matre solus bona illa consequatur, qui tamen frater sit etiam ex eodem patre, non autem, qui sit ex eadem matre tantum; quia ille non admittebatur in ordine fratrum, vt dixi.

Et sanè, si talis distinctio bonorum esset adhibenda ex illa lege, æquum erat, vt idem Iustinianus in Nouella Constitutione id aliquo modo significaret. Sed nihil hac de re dicit in dicta Nouella, quare argumentum euidens est nihil etiam in d. l. de emancipatis statutum fuisse; sed generaliter, & indistinctè fratres vterinos æqualiter succedere cum fratribus vterinis, nulla ratione habita bonorum fratris defuncti, vnde illa prouenerint, vt in d. Nouella, de hæredib. ab intest. uenientibus. § si igitur.

CA-

vocantur ad successionem, iuxta Nouellam, de hæredibus ab intestato venient. Quod enim dicitur, illud specialiter in fauorem patris constitutum esse, locum habere potest, secundum ius antiquum, quo pater iure patrio, & iure peculij, omnia filiorum bona acquirebat, sed cũ iam in aduentitijs rebus eis succedat, vt hæres, iuxta Nouellam illam, De hæred. ab inteft. venient. non procul à principio, hinc efficitur, vt ius peculij, & patrium illud, iam cesset, & locum habeat ius successionis, & hæreditatis; quod cum non solius patris sit, sed aliorũ quoque, qui cum patre vocantur ad hæreditatem, non soli patri conferendum sit; sed etiam cæteris communicandum, quibus communis est hæreditas atque successio.

CAPVT X.

Nati ex coitu damnato, & nefario, an sicut ascendentibus non succedunt, ita etiam excludantur ab intestati successione transuersalium.

NAtos ex nefario, & damnato coitu ascendentibus non succedere certum est, §. vlt. in Auth Quibus modis natur. effic leg. & in §. vlt. Quib. modis natur. effic. sui. Sed controuersia est, an etiam excludantur à successione transuersalium, & contrà, transuersales ab eorum successione, sine ex eodem nati sint coitu, siue non; sed vnus saltem eorum scilicet, vel is, qui defunctus est, & de cuius successione agitur; vel is, qui debet succedere. Et quidem excludi etiam ab huiusmodi transuersalium successione responderunt Alexander in consil 174. lib. 5. Decius in consil. 311. Ioan de Anania in consil 95. & alij, quos refert & sequitur Cagnolus in l. si qua illustris, C. ad Orficianum, nu. 44. quibus adde Valentinum Forsterium de successionib. ab intestato. tit. de successionibus eorum, qui ex damnato coitu, & c concl. 5.

Cæterùm, non excludi, responderunt Corneus, & Io. Petrucius Perusinus, in d. l. si qua illustris, Curtius iun. in consil. 123. & alij apud Afflictum decis. 96. alios citat Peregrinus de iure fisci, lib. 3. tit. 18. nu. 43.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia nati ex tali coitu damnato, & punibili, sunt odibiles, & nulla eis participanda clementia est, vt inquit Imperator in d. §. vlt. Nouella, Quib. modis natur effic legitimi, nec filij nominantur naturales, nec patri, aut matri vllo gradu coniunguntur; & ideo nec inter fratres, aut consanguineos reputandi sunt, siue persona patris, siue matris consideretur, sicut colligere licet ex d. Nouella: *Etenim*, inquit textus, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia est, sed sit supplicium etiã hoc patrum, vt agnoscant, quia neque quicquam peccatricis cõcupiscentiæ eorum habebunt filij* Et rursus Nouella, quib. mod. natur. effic. sui, §. vlt. *Primũ quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus, (non enim hoc vocamus nuptias,) aut nefarijs, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex l. si Spurius, ff. vnde cognati. Vlpianus: *Si Spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis, aut agnationis hæreditas eius ad nullum pertinet: quia consanguinitatis, itemque agnationis iura à patre oriuntur. Proximitatis verò nomine mater eius, aut frater eadem matre natus bonorum possessionem eius ex edicto petere potest.*

Secundum ex l. hac parte, ff. eod tit ibi: *Item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt; quia sunt inuicem sibi cognati.*

Tertium est, quia inter istos videtur esse quædam saltem naturalis cognatio, l. quarta, §. & cognationis, ff. de gradibus.

Quartum est, quia licet à parentum successione repellantur, nulla tamen est lex, quæ à successione fratrum, &

A aliorum transuersalium eos excludat. Nec ratio legis cõtra eos locum habere videtur; quia transuersales non peccarunt, sed parentes ex quibus tales procreati sunt filij.

Nec obstat illud argumentum, quod sint exclusi à successione patrum, & nullam cum eis habeant consanguinitatem; quia non inde efficitur eos non succedere alijs, & non esse alijs coniunctos. Nam & alias coniunctus ex latere patris succedit, licet pater non succedat, l. 2. §. si sit consanguinea, ff. ad Orficianum. Rursus si pater reus sit perduellionis, filij non succedunt, & tamen nemo negabit eos inter se succedere, quia remanent agnati. Sic & nepos post mortem aui conceptus, auo non succedit, l. Titius, Litem prætor, ff. de suis, & legitim & tamen nemo negabit, quin succedat filio aui.

Ego sanè iuris rationi magis consentaneam existimo priorẽ sententiam. Nam si tales nati ex coitu damnato, & punibili nullum habeant ius consanguinitatis siue agnationis ex parte patris, & nullum ius proximitatis ex

B parte matris; consequens est, vt nec vllo sint in gradu, per quem succedere possint cæteris transuersalibus: Sed verum est prius, verum igitur, & posterius.

Maior propositio probatur, quia Vlpianus de Spurijs loquens sic argumentatur; eos videlicet non posse iure consanguinitatis, vel agnationis ad aliquem hæreditatẽ transmittere; quia ius consanguinitatis, & agnationis à patre oritur, & ipsi patrem nominare non possunt, vnde si nec matrem nominare possent, ex qua iura proximitatis oriuntur, sine dubio, nec iure proximitatis eos quempiam succedere posse Vlpianus respondisset, eadem ratione. Minor autem probatur, quia tales nati ex nefario & damnato coitu, nec patrem, nec matrem appellare possunt, quia nec sunt digni filiorum naturalium nomine, nec parentibus succedere possunt; sed omni prorsus auxilio, & omni clementia destituti sunt, vt patet ex Nouellis suprà dictis; Igitur non habent iura cõsanguinitatis seu agnationis, nec proximitatis. Et ideo rectè infer-

C tur, nec eos alijs succedere transuersalibus, nec transuersales eis.

Nec difficile est ad argumenta respõdere. Nam quod attinet ad l. si Spurius, & ad l. hac parte, ff. vnde cognati, nihil obstant, quia loquuntur de Spurijs, qui non sunt nati ex damnato coitu; sed dicuntur vulgo quæsiti, iuxta l. vulgo concepti, ff. de statu homin. & § vulgo, in Instit. de successio. cognator. Id patet, quia textus dictarum legum supponit eos matri succedere posse, quod in Spurijs, qui nati sunt ex damnato coitu, prohibitum est. Similiter & de vulgo quæsitis loquitur textus in l. 4 versi. & cognationis, ff de gradibus.

Quod autem expresse non excludantur aliqua lege à successione transuersaliũ nil mouere debet, primò, quia Iustinianus eos indignos pronunciauit, & nomine filiorum naturalium, & omni clementia. Deinde, quia pater & mater sunt fontes, & origines, ex quibus iura consanguinitatis, & proximitatis oriuntur: qui sons cum eis de-

D sit, nullum habent medium, ex quo graduum deducere cognationis valeant.

Et licet fratres, & alij transuersales non peccauerint, tamen peccauerunt parentes, qui proinde sunt digni hac pœna, vt filios omni iure sanguinis destitutos esse intelligant. Et quamuis non malè dicatur ex eo, quod filij à successione parentum excludantur, non rectè inferri, quod etiam à mutua inter seipsos successione arceatur; tamen, quando filij à parentum successione ideo excluduntur, quoniam iura prorsus eis desunt consanguinitatis, & cognationis, non malè infertur, eos etiam omni iure, & gradu, ex quo successio defertur, etiam inter se se spoliatos, & destitutos censeri.

CA-

CAPVT XI.

Titulus pro hęrede in suis hęredibus, veluti sunt filij in potestate, an proficiat ad vsucapionem?

SVi hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & viuo quoque patre quodammodo domini existimantur, inquit Iustinianus in §. sui, in Institut. de hæredum qualit. & differ. Domestici hæredes, id est, proprij, vt Declarat Franciscus Connanus lib. 10 cap. 5. nume 7. Quamobrem cum sint veri & proprij, hæredes, cęterisque fauorabiliores, vt notum est, non video rationē vllam, cur non, sicut cæteri hæredes, titulo pro hærede vsucapiant. Proinde sequor Viglium in §. sui, in Instit. de hæredum qualit. & diff. Forcatulum Dialogo 36 Cumanum in l. 2. § filium, ff. pro hærede. Fulgosium in l. 1. C. eod. tit. Pinellum ad Rub. C. de bonis mater. in 2. parte, post nu. 38. docentes æquè suos, atque alios hæredes titulo pro hærede posse vsucapere.

Contrarium docuerunt Accursius, Bartolus, Paulus, Alexand. Alciatus & alij antiquiores, ac recentiores interpretes; quos refert & sequitur Couuar. ad c. possessor, in 2. parte, § 5. de reg. iuris, lib 6. & latius à Pinello commemorantur, quorum argumentis facilè respondere potest.

Primum est ex l. 2. § filium, ff pro hærede. *Filium quoque*, inquit Iulianus, *donatam rem à patre pro hærede negauit vsucapere, Sermus scilicet, quia existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse viuo patre, cui consequens est, vt filius à patre hęres institutus res hęreditarias à patre sibi donatas pro parte cohęredem vsucapere non posset.*

Respondetur, vsucapionem ex titulo pro hęrede, meritò locum non habeat in re donata filio, quia illam viuo patre possidet ex causa, siue titulo donationis, licet enim donatio non valeat, tamen naturalem possessionē transfert, sicut cum vir vxori donat, l. 1. § si vir vxori, ff. de acq. possess. Et ideo filius non potest rem donatam ex alia causa, nempe titulo pro hærede possidere. Nemo enim causam sibi mutare possessionis potest, l. 2. §. 1. ff. eo. l 3. § illud, ff de acquir. possess. Consequenter nec vsucapere potest pro hærede.

Et sane, vt Pinellus acutè animaduertit, ex hoc loco potius argumentum sumi potest, filium regulariter posse vsucapere, quia si nō posset vsucapere pro hærede, nul la erat ratio, cur quæreretur, an in ea specie posset vsucapere, in qua illud obstabat, quod nactus erat filius possessionem ex alia causa, quàm pro hęrede.

Secundum argumentum est ex l nihil, C. pro hęrede: *Nihil pro hęrede posse vsucapi*, inquit textus, *suis hęredibus existentibus obtinuit.*

Respondemus, non eam sententiam legis esse, suos hæredes vsucapere non posse. Neque enim verba hoc significant; Sed suis hæredibus existentibus, nullum aliū posse vsucapere. Cuius rei ratio adferri potest ex l. in suis, ff. de lib. & posthu. vbi Paulus inquit: *In suis hæredibus continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hęreditas fuisse, quasi olim hi domini essent*, &c. Ex quo apparet in suos hæredes, & rerum dominium, & possessionem mortuo patre transfundi, & quamuis possessionem non apprehenderint, tamen eosdem intelligi possidere, vt si alius ex testamento fortè quod vitiosum erat, hæreditatem adierit, vsucapere non possit, quia non possideat. Præcedit enim eius aditionem ea possessio, quam suis hæredibus lex tribuit.

Postremum argumentum est ex d. l. in suis, ff. de lib. & posthumis. Nam si filij patre mortuo dicuntur potius possessionem continuare, quàm hæreditatem adquirere, testimonio Pauli in d. l. ex hoc infertur, eosdem nec possessionem ex titulo pro hærede adipisci, nec ex eo titulo pro hærede (quem non habent) vsucapere posse.

Respondeo, filijs optimè, ac præ cæteris conuenire ti-

A tulum hæredis; quia sunt veri, & proprij hæredes, & consequēter vsucapere titulo pro hærede posse, licet hoc amplius, quàm cæteri hæredes habeant, quod viuente patre quodammodo domini existimantur, & ideo videantur potius liberam bonorum administrationē mortuo patre consequi, quàm hæreditatem percipere. Sed non impedit hæc res titulum hæredis, & non facit, quo minus filij hęredes dicantur. Erant quidem viuente patre existimatione quadam domini; Sed & mortuo patre verè sunt domini, verè sunt hæredes Continuatio illa dominij ex legis interpretatione rei veritatem non immutat, atque adeò filij ius, & titulum hæredis non aufert.

CAPVT XII.

Vtrum pater Monachus effectus amittat vsumfructum, quem habet in bonis aduentitijs filij?

B SI pater filium habens in potestate Monachus efficiatur, vtrum vsumfructum bonorum filij aduentitiorum, siue maternorum amittat, an verò saltem, donec ipse viuit, Monasterium habeat, pugnantes sunt Doctorum sententiæ. Multi docuerunt vsumfructum manere debere apud Monasterium, donec pater viuit. Accursius in Authen. Idem est, C. de bonis, quæ liberis. Baldus, Paulus Castrensis, & Corneus in Commentarijs dicti loci. Decius in c. in præsentia, nu. 66. de probat. & alij, quos refert & sequitur Pinellus ad l. 2. C. de bonis maternis, in 1 parte, num. 49 Canalcanus de vsufructu, pag. 421 nu 241.

Cæterum, alij etiam non pauci existimarunt vsumfructum ad Monasterium non transire, sed statim professione secuta ad proprietatem redire. Ita olim docuit Martinus Silimanus, Salycetus in Authent. Idem est, C. de bonis, quæ liberis, & in Authent. Ingressi, quæstio. 7. C. de sacrosanct. Eccles. & ibid. Iason, col. vlt. Cy-

C nus & Albericus in d. Authen. Idem est, C. de bonis, quę liberis. Hippolytus Singulari 668. Couuar. in cap. 2. nume 8 de Testam.

Alij denique dixerunt dimidiam vsusfructus partem apud Monasterium manere debere; alteram verò dimidiam ad filium pertinere. Ita Bartolus, & Angelus in d. Authen. Idem est Panormitanus in cap. in præsentia, num. 57 de probat. Sylucster Pierius in Summa, in verbo, Religio, 6.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia si vsusfructus hoc in casu amitteretur, & ad proprietatem transferret, id eam ob causam contingeret, quia filius patria potestate solutus esset, quæ patria potestas est causa, vt patri acquiratur vsusfructus. Sed hæc causa non obstat; quia vsumfructum semel acquisitum pater retinet, licet patria potestas sit sublata; Ergo in casu proposito vsumfructum pater non amittit. Probatur assumptio ex l. vltima, C. ad Tertyl. & ex l. 3. C. de vsufructu.

D Secundæ opinionis fundamentum est; quia per ingressum Religionis, & professionem, tollitur patria potestas, quæ fons est, & origo acquisitionis vsusfructus patris. Nam cum Monachus ipse in potestate sit Abbatis, non potest alium in potestate habere, & mortuus dicitur mundo, consequenter non potest talia secularia munera obire & exercere, legitimusque administrator esse bonorum filij, actiones mouere, & excipere, bonaque administrare, vt paterfamiliàs debet filiorum, quos in potestate habet, sed orationi vacare debet, & in Monasterio manere secundum regulas Religionis.

Tertiæ autem opinionis illud est fundamentum; quo niam ita constitutum est in patre filium emancipante, vt dimidiam partem vsusfructus retineat ac lucretur, l. cū oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis. Videtur autem pater Monasterium ingrediens filium emancipare, quia seculo renunciat, seque & sua omnia offert, & dedicat Deo.

Ego

Ergo puto vsumfructum extingui, & ad proprietatẽ redire, hoc nouo argumento. Nam certum est patrem ipsum Monachum effectum, vsumfructum, de quo agitur, non retinere, cum nihil proprij iuris habeat: Ergo si apud Monasterium manere debeat, iusta aliqua causa interueniat, necesse est: At nulla potest esse iusta causa. Nã si vila esset causa, illa esset ex eo, quod pater Monachus effectus sua omnia bona, & iura transferret in Monasterium; Sed vsusfructus transferri non potest, quia extraneo cedi non potest, sed proprietatis domino tantum, §. finitur, in Institut. de vsufructu. Et licet ius percipiendorum fructuum vendi, locari, aut gratis concedi possit, vt in §. 1. in Institut. de vsu & habitatione, tamen hoc non fit in præsenti specie. Nam cum aliquis concedit alteri ius percipiendi fructus, retinet ipse sine dubio ius vtendi, & fruendi, & quasi per alium videtur vti frui. Sed nullum ius apud Monachum esse potest; quia, vt inquit Iustinianus in Auth. de Monachis, §. si quis autem. *Ingredientem simul sequuntur omnino res; licet non expressim, qui introduxerit eas dixerit, & non erit dominus earum vlterius vllo modo.* Ergo non potest in Monasterium ita transferri; consequenter extinguitur, & ad proprietatem reuertitur.

A

Ad argumentum contrariæ opinionis respondeo, leges, quæ adferuntur, loqui, quando patria potestas soluitur, morte filij; tunc enim pater vsumfructum non amittit; sed nos loquimur cum viuente filio, patria potestas soluta est: tunc enim, quia filius sui iuris effectus, pro patrefam. habetur, non videtur esse consonum ratio ni, vt rerum suarum vsufructu careat. Præsertim, quia, vt in sequenti capite ostendemus, ipse filius statim patre Monasterium ingresso, & Religionem professo, ius habet legitimæ portionis consequendæ, perinde, ac si naturaliter mortuus esset. Et quia filio emancipato certum est vsumfructum cessare, licet tunc in præmium emancipationis dimidia pars detur patri, l. cum oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis.

B

Ad argumentum tertiæ opinionis respondeo, illud habere locum, vbi pater filium emancipando liberat eũ à potestate; tunc in præmium factæ emancipationis consequitur, vt dictum est, dimidiam partem vsusfructus: Sed in proposita specie pater non habet animum emancipandi filium, sed Religionem profitendi; Ex qua professione ius patriæ potestatis legis dispositione, non patris beneficio perimitur. Quare nullum inde præmium consequi debet; quia principalis intentio spectanda est.

C

CAPVT XIII.

Possunt filius patre Monasterium ingresso, & Religionem professo, adhuc viuente, legitimam portionem petere?

D

AFfirmant Corsetus in Sing. in verbo Legitima, nume. 3. Ioan. Anan. in c. 2. de delictis puerorum. Baldus Nouellus de dote, parte 1. in principio. nu. 3. Couuar. cap. 2. nu. 7. de Testam.

Negant Glos. & Bartol. in Authen. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccl. & ibid. Salycet & Iason. Decius in c. in præsentia, nu. 67. de probat. & ibid. Felyn. num. 56. Abbas in c. cum simus, de legit. Alex. ad l. si cum dotem, num. 13. ff. sol. matrim. Ascanius Clemens de patria potestate, cap. vlt. nu. 77.

Affirmantis fundamentum est in c. cum simus, de Regularib. in illis verbis: *Et bona paterna, quæ sibi ex successione proueniunt, postulare.*

Huc accedat, quod dicitur in d. Authen. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccl. scilicet permissum esse patri Religionem professo, portiones legitimas filijs assignare. Id enim non permitteretur, si viuente patre portiones auferri Monasterio non possent.

Negantis fundamentum est: quia filio legitima non debetur patre viuente, l. 1. §. si impubere, ff. de collat. bonorum. Nec contrarium est in præsenti specie constitutum: immò non posse legitimam peti viuente patre, indicare videtur textus in d. Authen. Si qua mulier, illis verbis: *Sed si post ingressum Monasterij moriatur: ante, quam inter eos diuidat, filij legitimam percipient reliqua substantia Monasterio competente.* Et ad text. in d. c. cum simus, respondent, illa verba accipienda esse de successione per mortem patris.

Ego priorem sententiam veriorem puto tribus argumentis. Primum est §. si quis autem, versic. si verò filios, in Authen. de Monachis, vbi Iustinianus ita dicit: *Si verò filios habuerit: siquidem contigerit eum res aliquas donasse eis, aut per antenuptialem donationem, aut per dotis occasionem contulisse, & faciunt hæc quartam ab intestato eius substantiæ: nullum in reliquis habeant participium filij. Sin autem nihil eis donauerit, aut minus quarta, postquam abrenuncians conuersatus fuerit inter Monachos, nihilominus quarta debeatur filijs, aut supplementum, si contigit tam eos aliquid accepisse, aut etiam quatenus totum eis detur.*

Hoc in loco Iustinianus indicat legitimam filijs deberi, aut eius supplementum, postquam pater Monachus effectus, renuncians seculo professionem fecit, indicat in quam statim deberi, non expectata morte patris, ibi: *nihilominus quarta debeatur filijs*, &c.

Secundum argumentum; quia omnia bona Monasterio acquiruntur, vt patet ex Nouella supradicta; Ergo Monasterium tenetur filijs suam portionem statim assignare, ex qua se alere possint, aut lege cauendum erat Monasterium teneri ad suppeditanda filijs alimenta, quod factum non est, nec iuris rationi conuenit; quia posset fieri, vt legitima portio, vel non sufficeret ad alimenta, vel vt inde onus sentiret Monasterium maius, quàm si legitimam portionem filio assignaret.

Tertium argumentum; quia patris Monachi effecti, & professi nulla potest esse successio, quia nihil habet. Nam omnia bona transtulit ad Monasterium, Authent. Ingressi, C. de Sacrosanct. Eccles. Ergo frustrà expectari debet mors eius, vt filij in portionem legitimam succedant.

Ex his responsio patet ad contrariæ sententiæ argumentum, quia licet regulariter filius non possit legitimã petere viuente patre; summa tamen æquitate, & ratione videtur excipiendus casus iste, ne vel filius legitimo bonorum subsidio careat, vel Monasterium onus habeat alendi, & quod attinet ad textus in d. Authen. Si qua mulier, nihil obstat; quia non dicit, filium petere non posse legitimam viuente patre Monacho; sed dicit, si non fuerit ante patris mortem assignata, patre mortuo assignandam esse. Interim non negat textus peti posse. Quod autem peti possit, & debeatur etiam patre viuente, satis luculenter colligi potest, ex argum. supradictis.

CAPVT XIV.

Testamentum factum ante ingressum Religionis, an per ingressum reuocetur, secuta scilicet professione.

TEstamentum antea conditum rumpi ex eo, quod testator postea fuerit Religionem professus, autores sunt multi. Accursius in Authent. Si qua mulier, C. de Sacrosan. Eccl. Fridericus Senensis in consil. 165. Iason in dicta Authen. Si qua mulier, num. 17. & 18. & quidã alij. Fundamentum verò est, quia Monasterium sit habendum loco filij; Et ideo, sicut agnatione postumi rumpitur Testamentum, si præteritus sit, ita & Monasterij præteritione rumpi. Quod sanè fundamentum ideo firmum non est; quia iure non probatur Monasterium esse loco filij. Etsi enim à multis id dicatur, à nullo tamen probatur. Et quæ adfertur Authent. Nisi rogati, C. ad Trebellianum, non hoc dicit, vt ex-

ex eius verbis,& ex Nouella vnde ſumitur, facilè eſt in- A
telligere.

Alij dixerunt, teſtamentum rumpi, etiamſi legitima portio Monaſterio fuerit relicta, propterea, quod teſtator videatur eſſe ex profeſſione capite diminutus, quaſi Religionis profeſſio ſit capitis deminutio. Ita Salic. & Fulgoſius in Auth. ſi qua mulier, C. de ſacroſanct. eccleſ. Romanus in conſil. 237.

Sed non probatur iure, hanc eſſe capitis deminutionem. Non obſtat, quod de arrogatione adfertur, per quam teſtamentum rumpitur, l. conficiuntur, §. ſi poſt, ff. de iure Cod. §. alio autem modo, & § ſeq. in Inſtitut. quib. mod. teſtam. infirm. quia hæc arrogatio non eſt. Quod enim dicitur, ſicut per arrogationem, ita & per iſtam profeſſionem bona transferri in alienam familiã & poteſtatem:& libertatem amitti, quia monachus tranſit in poteſtatem Abbatis, parum iuuat hanc ſentẽtiam, quia monachus obedientiam ſpondet, non autem ſeruus efficitur, & ante ingreſſum Monaſterij de rebus ſuis
B diſponere poteſt: *Ingredientem namque ſimul ſequuntur omnino res, et non erit vlterius earum dominus.* inquit tex. in § illud, Nouella, de Monachis. Et ideo ſi res ſuas aliter diſpoſuerit teſtando, nõ tranſeunt ad Monaſterium; ſed ad illos, quibus relicta ſunt. Auth. Nunc autem, C. de epiſc. & clericis ibi. *Si prius teſtatus non ſit.*

Et quamuis, vt teſtamentum valeat, neceſſe ſit teſtatorem habuiſſe factionem teſtamenti, & cum illud fecit, & cum mortuus eſt. l. 1. §. exigit, ff. de bonor. poſſeſ. ſecundum tab. non tamen ideo teſtamentum, quo de agitur, infirmari poteſt, quaſi mortis tempore factionem teſtator non habuerit; quia lex poteſtatem faciens teſtamenti ante ingreſſum Religionis, faciendi, in conſequentiam illud valere præcipit, licet poſtea mortis tempore factionem teſtator non habuerit.

Denique Romanus ſic argumentatur: Non rumpitur teſtamentum, quando monachus inter liberos teſtatur, Authen. ſi qua mulier, C. de ſacroſanct. eccleſ. Ergo
C rumpi debet, quando inter extraneos teſtatur. Nego conſequentiam. Verba enim textus hæc ſunt: *Sed ſi perſona liberos habens antequam de rebus ſuis inter eos diſponat, Monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere legitima non diminuta.* Non licet a contrario ſic argumentari, quia antequam Monaſterium quis intret, licentiam habet teſtandi, ut in d. §. illud, Nouella, de Monac. Auth. Nunc autem, C. de epiſc. & cler.

At Romanus id negat, exiſtimans textum in § illud, Nouella, de Monachis, non accipi de teſtamento. Ait enim tex. *Antequam Monaſterium ingrediatur, licentiam habere ſuis, quo modo voluerit, uti.* non dicit *teſtari de rebus ſuis*; ſed (vti) quod uerbum potius pertinet ad contractum, & ad diſpoſitionem inter viuos, quàm ad vltimam voluntatem.

Sed fallitur Romanus ex lapſu memoriæ. Extat enim alia Conſtitutio, nempe, Nouella 76. ſub titulo; Hæc Conſtitutio interpretatur priorem Conſtitutionem de
D his, qui ingrediuntur Monaſterium. vbi Imperator declarans priorem illam Conſtitutionem de Monachis, quæ ex Nouella 5. oſtendit teſtamentum fieri poſſe ante ingreſſum Religionis ex dicta Nouella 5. Sic dicens: *Et quoniam noſtrę pietatis lex, vult eos, qui ſe Monaſterijs dederint, ſeu viros, ſeu mulieres antequam ingrediantur Monaſterium, eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt diſponere*, &c. Hæc enim verba, *eo quo voluerint modo, quę ſua ſunt diſponere*, ſignificant procul dubio diſpoſitionem tam inter viuos, quàm in vltima voluntate; quia oratio eſt uniuerſalis, ut patet.

Non igitur hæc ſententia rectè probatur, quæ monachiſmum docet eſſe capitis deminutionem, aduerſus quam Cuiacius præclarè in expoſitione d. Nouellę 5. *His cognitis tractemus*, inquit, *an verum ſit, quod Accurſius notat monachiſmum eſſe capitis minutionem. Equidem puto non eſſe; quia nec ciuitatem, nec libertatem, nec familiam adimit. Nõ omnis ſtatus mutatio, capitis minutio eſt:*
A *Manumiſſio non eſt capitis minutio: Senatus motio non eſt capitis minutio: monachiſmus non eſt capitis minutio: nam & ius legitimarum hereditatum monachi habent, l. vlt. §. Hoc etiam, C. de epiſcop. & cler. & ante hanc Nouellam habuerunt bona propria, & teſtamenti factionem l. generali. C. de ſacroſanct. Eccleſ. quaſi ciues, & irritum teſtamentum non fit monachiſmo, quod tamen conſtat irritum fieri capitis minutione etiam minima Idque hac Nouella probat, & 76.* &c. Hactenus ille.

Alij igitur diſtinctionem adhibendam cenſuerunt, vt ſi teſtator eo tempore, quo teſtamentum fecit, religionẽ ingredi cogitabat, minimè rumpatur teſtamentum. Cæterum, ſi non cogitabat, quaſi ex noua quadam voluntate rumpatur. argumen l. ſancimus. C. de teſtament. Ita Bartolus in dicta Authen. ſi qua mulier. num. 7. C. de ſacroſanct. eccleſ. Decius in cap. in præſentia nu. 61. de probatio. & eo loci Imola col. vlt. Clarus, §. teſtamentum. q. 28. verſ. ſed retenta.

Sed certè ad huius ſententiæ confirmationem nihil
B pertinet tex. in d. l. ſancimus. C. de teſtam. & nulla iuris ratio ei ſuffragari videtur.

Couuar. in 2. poſt num. 5. de teſtamen. poſt Antonium Butrium, quem refert in cap. in præſentia. de teſtibus. Bartoli ſupradictam diſtinctionem amplectitur ad effectum, vt teſtamentum factum ab eo, qui religionis profeſſionem minimè cogitauerat, profeſſione ſecuta rumpatur ſolum, quoad legitimam portionem monaſterio competentem.

Sed huic ſententię duo obſtant; Vnum eſt, quod Iuſtinianus licentiam concedit, vt ante religionis ingreſſum, aliquis diſponat res ſuas quocunque voluerit modo; & conſequenter poteſt etiam monaſterium præterire. Alterum, quod iam concluſum eſt, iure non probari, quod monaſterium ſit loco filij: Et tunc ei portio legitima relinquenda ſit, quando iam ingreſſus monaſterium vniuerſas res ſuas inter filios diſtribuit; Debet enim eo caſu ſua perſona filijs connumerata partem ſibi retinere,
C quæ monaſterio competere debet, vt inquit tex. in d. Authen. ſi qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Poſtrema igitur ſententia eſt, quæ mihi veriſſima videtur, teſtamentum ante religionis ingreſſum conditum nequaquam ingreſſu, & religionis profeſſione rumpi nulla diſtinctione adhibita, vtrum de religione teſtator cogitauerit, vel non cogitauerit. Ita Franciſcus Aretinus ad l. 1. numer. quarto, quinto, ff. de teſtamen. Panormit. in cap. in præſentia. num 52. & Felyn. ibid numer. 54. de probat. Et in hac ſententia maluiſſem perſiſtere. Couua. in dicto capit. ſecundo, de teſtament. dum dixit ſe malle Abbatis, & Aretini concluſionem defendere. Nam fundamentum eſt firmiſſimum huius ſententiæ in lege Iuſtiniani permittente bonorum diſpoſitionem, quocunque modo ante ingreſſum religionis, vt in dicta Nouella 5. de Monachis, § illud. & in Nouella 76. Hæc conſtitutio, &c. Si enim licentia data eſt teſtandi ante ingreſſum, iuſta eſt interpretatio teſtamentum valere, & ne-
D quaquam rumpi propter ingreſſum. Eſſet enim ridiculum dare hanc teſtandi poteſtatem ingreſſuro religionem, diſponendi, & eo iam ingreſſo teſtamentum infirmare. Nulla ſanè eſt ratio illud infirmandi, quia ante ingreſſum dominus eſt, qui teſtatur, bonorum ſuorum: quia teſtandi licentiam habet: Non per ingreſſum capite minuitur. Non per ingreſſum dominium amittit, cum antea teſtatus eſt, ideo dicit textus, eum *Non ulterius dominum* futurum, id eſt, dominum eſſe, ac diſponere poſſe ante ingreſſum quocunque velit modo; non autem poſtea. Et magis clarè Irnerius in Auth. Nunc autem. C. de epiſcop. & cleric. *Nunc autem* (inquit) *cum monachus factus eſt, hoc ipſo res ſuas omnes obtuliſſe monaſterio uidetur, ſi prius teſtatus non ſit.*

CA-

CAPVT XV.

Teſtamentum factum ante profeſſionem poſſitne monachus poſt factam profeſſionem reuocare?

TEſtamentum ante profeſſionem factum a monacho mutari & reuocari poſſe poſt factam profeſſionem reſpondit Bart. in Auth. Si qua mulier. nu.14. C.de ſacroſanct. Eccl. Aretinus in l.1.nu.5.verſ.Circa articulum ſecundum.ff.de Teſtam. Antonius Buttius in con ſ.79 & in c. In præſentia.nu 34 de probat. Guilhelmus Benedictus in cap. Rainutius. verſ. Mortuo itaque teſtatore in primo, num.300.

Sed contrarium reſponderunt Decius in c. In præſentia nu 68 de probat.& ibid. Auguſtinus Berous, nu. 537 & alij, quos refert & ſequitur Couuar. in cap.2. nu.9 de Teſtam.

Alij dixerunt, teſtamẽtum poſt factam profeſſionem mutari poſſe in fauorem Eccleſiæ, inter liberos & Eccleſiam diuidendo hæreditatem. Ita poſt Baldum, Fulgoſium, Caſtrenſem docet Iaſon in d. Auth. Si qua mulier, num.33.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. Sed ſi mors. §.1.ff de donat. inter vir.& vxor ibi *Humanum eſt donationem cauſa mortis, quę ab initio facta eſt, tali exilio ſubſecuto confirmari, tanquam ſi mortuo marito rata habeatur: ita tamen, vt non adimatur licentia marito eam reuocare*, &c. Idem habetur in l. Res vxoris. C.eod.tit.

Addit Aretinus hoc argumentum, quia ſcilicet ratio, cur monachus teſtari non poſſit poſt factam profeſſionem, illa ſit, quod non ſit dominus rerum, ut in §. Illud in Authent. de Monachis: ſed hæc ratio non habet locũ tempore mortis monachi, quia ſi tunc rerum dominus non eſſet, nec hęredem habere poſſet ex teſtamento antea condito: quia dominium rerum ipſo iure tranſit a defuncto in hęredem. l. Cum hæredes. ff. de acq. poſſeſſ. Cũ igitur hærcdem habeat, videtur eſſe dominus rerũ mortis tempore, & conſequenter teſtamentum antea factũ reuocare poteſt.

Ad extremum affert Ioan. Andr. doctrinam in c. Non poteſt. de præben. lib. 6. quoties aliquis ex priuilegio ſed ditur habilis ad faciendum teſtamentum, in conſequentiam eidem permiſſum videri, teſtamentum reuocare.

Fundamentum verò ſententiæ negantis poſſe teſtamentum reuocari, illud eſt, quia profeſſione facta non licet amplius teſtari. c. Quia ingredientib. 19.q.3. in Auth. de Monachis.§ Illud Ergo nec reuocare licet teſtamentum, quia reuocari non poteſt, niſi per aliud teſtamentũ. §. Ex eo. in Inſtit. Quib. mod. teſtamen. in fi.

Huc accedat ratio. Nã facta profeſſione monachi non ſunt vlterius rerum ſuarum domini, vt in d.§. Illud. & in Authen. Ingreſſi C. de ſacroſanct. Eccl. Ergo nec de illis poterunt aliquo modo diſponere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt in d. Authent. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccl vbi dicitur poſt ingreſſum monacho permiſſum eſſe, vt inter liberos teſtetur, ibi: *Liceat poſtea inter eos diuidere*. Et infrà *Sua perſona filijs connumerata partem ſibi retineat, quæ monaſterio competere debet*. Si enim licet ei teſtari; ergo multò magis teſtamentum reuocare.

Ego ſententiam, quæ negat reuocari poſſe teſtamentum, veriorem eſſe exiſtimo, & pro eius confirmatione perpendo verba Iuſtiniani in Nouella. Hæc conſtitutio interpretatur priorem conſtitutionem, &c. *Et quoniam* inquit, *noſtræ pietatis lex vult, eos qui ſe monaſterijs dederint, ſeu viros ſeu mulieres antequam ingrediantur monaſterium, eo quo voluerint modo, quę ſua ſunt, diſponere: nec poſſe, poſtquam ingrediuntur monaſterium, vlterius agere quidquam de proprijs, vtpote domini rerum non exiſtentes vlterius eo, quod nos ſanciuerimus eiuſmodi viros & mulieres, cum corpore & anima ipſo ingreſſu ad monaſterium*

A *dedicare ſe ſuasq́; ſubſtantias*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia; quia maritus deportatus reſtitui poteſt, & ſic reſtitutus donationem mortis cauſa factam reuocare: Sed monachus effectus non poteſt facta profeſſione reſtitui ad priſtinum ſtatum, nec ſic res ſuas recuperet, quæ iam monaſterio ſunt acquiſitæ: tenetur enim eas relinquere monaſterio, ut in c. Statutum 18 q.1.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando monachum mortis tempore dominum eſſe: omnes enim ſubſtantias tranſtulit in monaſterium. Quod ſi dicatur hoc uerum eſſe, ſi prius monachus teſtatus non ſit, ut inquit textus in Auth. Nunc autem. C. de ſacroſanct. Eccl. reſpondeo, ſi monachus prius teſtatus ſit, in monaſteriũ bona non tranſire, quantum ad hoc, ut ijs perſonis auferantur, quibus in teſtamento relicta ſunt: nam auferri non poſſunt, ſed bona apud monaſteriũ manere debent, donec uixerit monachus, & poſt eius mortem debentur

B hęredibus inſtitutis; ſed non inde ſequitur, ipſum monachum adhuc dominum eſſe bonorum, & ins tenendi, ac de illis deponendi habere. Nã omne ius diſponendi amiſit profeſſione facta, ſalua diſpoſitione antea facta.

Non obſtat, quod dicitur, ſi non ſit dominus mortis tempore, dominium in hęredem tranſire non poſſe: quia licet dominus non ſit, lex tamen cõſeruat ius hæredibus inſtitutis, quaſi monachus tunc mortuus naturaliter fuerit, cùm teſtamentum condidit. Non enim vult lex, vt per ingreſſum, & profeſſionem fiat præiudiciũ illis, quibus bona relicta ſunt.

Quod uerò dicebat Aretinus ex Ioan. Andrea locum habere poteſt, quando impedimentum medij temporis non obſtat. Poteſt enim is, qui priuilegium teſtandi habuit, teſtamentum reuocare, niſi medio tempore, ſcilicet poſt conditum teſtamentum, impeditus fuerit, puta religionis ingreſſu, & profeſſione, quę omnem de rebus pro prijs diſponendi facultatem adimit.

Fundamentum denique ſententiæ vltimæ non eſt ſa-

C tis firmum: quia textus in Auth Si qua mulier: non dicit, teſtamentum antea factum reuocari poſſe in ſauorẽ Eccleſiæ, & liberorum; ſed dicit, licere monaſterium ingreſſo inter liberos bona diuidere, ſi antea non diſpoſuerit: *Sed ſi perſona*, inquit, *liberos habens, antequam de rebus ſuis inter eos diſponat, monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere*, &c. Ratio eſt, quia non potuit pater ijs vnquam præiudicare, quoad legitimam debitam.

CAPVT XVI.

Virum hæreditas delata monacho, immediatè monaſterio deferatur, ut eam adire valeat abſque facto monachi; an verò ex perſona ipſius monachi, vt proinde neceſſaria ſit eius aditio.

IN hac iuris quæſtione in contrarias ſententias abie-

D runt Canoniſtæ, & Legiſtæ, ut uidere licet ex commentarijs Doctorum in cap. In præſentia. de probation. in l.1. ff. de vulg. Socinum conſil. 52. lib 4. Claro in §. Teſtamentum, q. 30. Nam Canoniſtæ docuerunt, hæreditatem immediatè deferri monaſterio; Legiſtæ contrà immediatè monacho deferri. Negant illi, aiunt iſti, neceſſariam eſſe monachi aditionem. Nituntur illi hoc argumento, quod nulla ſit amplius penes monachum uoluntas ac poteſtas, ſed penes Monaſterium, & Prælatos. cap. Nolo. c. Non dicatis. 12. quæſt. 1. c. Si religioſus. de Elect. lib. 6 Nullam rerum dominium, nullam adminiſtratio. §. Illud. Nouella de Monachis. Quod nõ ſibi, ſed monaſterio acquirat hæreditatem. c Statutum. 18. q. 1. Quod nulla ratio habeatur perſonæ eius, ſed monaſterij: cuius etiam cõtemplatione in dubio relictum præſumi debet. c. Requiſiuiſti. de Teſtam. Nituntur iſti eo argumẽto, quod ſumitur ex l. Deo nobis. §. 1. C. de Epiſc. & Cleric. in illis verbis:

verbis: *Omnem parentum substantiam hæredes, quibus ab intestato competit secundùm leges nostras, sibi defendant, nullo eis impedimento ex sanctimoniali conuersatione generando, &c.* Et quoniam, siue monachus seruo comparetur, siue filio in potestate existenti, dicendum videtur, necessariam esse eius aditionem. Nam quod attinet ad seruum necessariam esse eius aditionem, patet ex l. 3. C. de hæred. instit. Et olim filiusfam. non poterat absque iussu parentis adire, vel repudiare, & ei acquirebat, & tamen iussu patris præcedente necesse erat, vt ipse filius adiret l. Placet. l. Is qui hæres. §. vlt. l. Qui in aliena. §. Iussum. ff. de acquir. possess. licet nouo iure Iustinianus statuerit patrem adire posse etiam filio inuito, & contrà filium inuito patre, lege vlt. C. de bonis, quæ lib. Vnde & monachus dicitur acquirere monasterio, cap. Statutum. 18. quæst. 1. Nec obstat, quod dicitur, in monasterium omnes res transferri; quia transferri nō potest ius adeūdi, quippe quod in bonis nostris non est. l. Precia rerum. ff. ad legem Falcid.

Ego video hanc quæstionem neutro iure decisam esse, vtriusque autem iuris ratione perpensa rectè decidi posse. Nam iure Ciuili certum est hæreditatem esse adeundam ab eo, cui delata est, vt ei acquiratur. Nam si repudietur, non acquiritur l. 1. & 2. C. de repud. hæred. Item eodem iure certum est, hæreditatem deferri monacho, sanctimoniali professione non obstante. l. Deo nobis. §. 1. C. de Episcopis & Clericis nec contrarium iure Canonico statutum est; Ergo necessaria est aditio monachi, sed quia ille nil potest facere sine consensu superioris cap. Si religiosus, de elect. lib. 6. necessarius erit superioris consensus ac proinde; si defuerit, nec monacho, nec monasterio hæreditas acquiri poterit. Nō rectè monachus seruo, vel filiofamil. comparatur: nec enim libertatem amittit, aut patrem nactus est, sed superiorem, ac prælatum. Non rectè etiam illud adsertur, quod dominium rerum suarum monachus amittat; quia id nemo negat; neque enim sibi acquirit hæreditatem ex aditione, sed monasterio. Et quod dicitur, monachum non habere, *nec velle, nec nolle, sed ex illius, quem vice Dei supra caput suum posuit, & cuius imperio se subiecit, voluntate pendere*, in cap. Si religiosus de Elect. lib. 6. hoc argumētum præstat, monachum adire hæreditatem non posse, nisi cum consensu sui superioris.

Ex his patet, sententiam Legistarum vtriusque iuris rationibus satis consentaneam videri.

CAPVT XVII.

Quid si monachus, cui delata est hæreditas, adire nolit, an possit eo inuito monasterium adire?

CVm Monachus nec velle habeat, nec nolle, sed ex imperio sui Superioris, ac Prælati dependeat, vt inquit textus, in cap. Si religiosus, de Elect. lib. 6. rarò poterit accidere, vt Prælato suo reluctetur iubenti eum hæreditatem adire, si tamen casus accideret, nō dubito, quin vera sit Bartoli sententia in l. 1. n. 21. ff. de vulg. docentis Prelatū siue Monasterium eo inuito adire posse, non quidem ex comparatione, qua ipse vtitur monachi & filijfamilias; ea enim, nec satis probatur, nec perpetua esse potest; sed ex iuris ratione, quę sumi potest ex eo, quòd de filiofam. adire recusante constitutum est, nempe vt pater adire nihilominus, & sibi acquirere possit hæreditatem, l. vlt. C. de bonis, quæ lib. Id enim eam ob causam constitutum fuisse videri potest, quod iniquum authori nostro visum est, factum filij, qui subiectus est patri, iuribus patris præiudicare, ac emolumenti acquisitionem ei impedire, cùm tamen ea ratio iniri possit, vt patre adeunte nullum ipse filius præiudicium, ac damnum sentiat: Hæc suggerit æquitas, etiamsi iure deficiamur, vt quod mihi non nocet, & tibi prodesse potest, facilè permittatur. l. 2. §. Item Varus. ff. de aqua pluuia arcenda. Hæc ratio locum sibi vendicat in præsenti specie; quia Monachus Prælato suo subiectus est, ideo non debet impedire sua recusatione monasterij emolumētum, & commodum, cùm ipse Monachus nullum damnum eam ob causam passurus sit; quia monasterium sine dubio tenebitur creditoribus & legatarijs, sicut paterfamilias tenetur eo in casu, quo filius recusat adire. Hinc fundamentum contrariæ sententiæ corruit, quā secuti sunt Angelus, Fulgosius, Aretinus, & alij, quos commemorat Socinus in d. l. 1. ff. de vulg. nu. 22. vers. Circa secundum, de qua latè disserit Ripa ibidem, nu. 150 & seq. Nā in eo est positum, quod non possit Monachus filiofam. æquiparari, sed potius seruo; quod si filiofam comparandus sit, ea comparatio locum habere debeat, cùm agitur de bonis profectitijs, hoc est, filio contemplatione patris relictis, vel donatis: tunc enim locum non habet l. vlt. C. de bonis, quę lib. Istud, inquam, fundamentum ideo corruit; quia sententia, quam defendimus, non ea nititur comparatione filijfam. sed iuris ratione, qua nititur constitutio de filiofam adire hæreditatem recusante, vt dictum est. Quanquam nec mihi displicet argumentum, quo vsus est Ripa loco annotato, quod videlicet Monachus sit pars monasterij, suamque voluntatem in monasterium transtulerit. Et ideo, si monasterium eo recusante adierit, videri nihilominus ipsum Monachum adiuisse, ratione habita maioris partis, & communis consilij, ac voluntatis Monachorum. Maneat igitur sententia, quæ religioni fauet. l. Sunt personæ. ff. de relig. & sumpt. funer.

CAPVT XVIII.

Quid si monachus decesserit ante aditam hæreditatem, an monasterium possit illam adire.

RVrsus controuersia est inter Canonistas & Legistas in eadem facti specie, si proponatur monachum ante aditam hæreditatem decessisse, possitne monasterium eam adire, & sibi acquirere? Nā Canonistæ affirmant. Legistæ verò negant, vt videre licet ex Bart. in l. 1. ff. de vulg. nu. 24. Soci. ibid. nu. 23. circa tertium. Ripa num. 154 & alijs ibidem interpretib. Item ex Panor. Fely. Parisio & alijs in c. In præsentia, de probat. Couuar. in c. 1. de test. nu. 21.

Fundamentum legistarum est; quia aut monachus æquiparatur seruo, aut filiofamil. Si seruo, non poterit monasterium adire eo defuncto; quia nec dominus potest seruo mortuo adire l. 5. C. de hęred. insti. Si filiofam. Idem respondendum; quia nec parenti licet hæreditatem adire filio mortuo, nisi infans existat, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib.

Fundamentū Canonistarū est; quia monasterium potest hæreditatem rectè adire absque persona monachi; quia monachi nulla ratio habetur, cum omnem suam voluntatem & potestatem in monasterium transtulerit.

Ego ad propositam quæstionem ita respondendum puto: Aut monachus ignorauit sibi delatam fuisse hæreditatem, aut verò sciuit. Si ignorauit, tunc nihil monasterio existimo nocere, quòd viuente monacho adita non fuerit. Nam licet ex l. Quoniā sororem. C. de iure delib. certum sit, hoc in casu hæreditatem non aditam ab eo, cui est delata, non transmitti ad hæredem, tamen non agitur hic de transmissione. Neque enim monasterium petit hæreditatem, tanquam ad se transmissam ex persona monachi defuncti; sed eam petit, tanquam sibi acquisitam monacho viuente. Omnia enim iura monachi acquiruntur monasterio, ut dictum est in præcedentibus, & consequenter etiam hæreditas delata monacho: Et ideo monasterium non potest excludi ista actione

ne

ne petitionis hæreditatibus, nisi spatio temporis longissimi. l. Licet. C. de iure delib. Si verò monachus sciuit sibi fuisse delatam hæreditatem, & ante aditionē anno nondum elapso decesserit, tunc monasterio annale tempus puto concedendum, iuxta l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. intra quod hæreditatem adire possit. Quod si illud tempus viuente monacho elapsum fuerit, & sciente delatam esse hæreditatem, tūc si nihil factum sit, ex quo adeundam hæreditatem manifestauerit, monasterium excludendum censeo; saluo tamen ipsi monasterio restitutionis in integrum auxilio, iuxta, cap. 1. de restit. in integ. Intra quadriennium, iuxta cap. 1. de in integrum restit. lib. 6.

CAPVT XIX.

Si intra annum professionis monachus decedat nullo condito testamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monasterium: an verò ad hæredes, qui sunt proximiores.

Monasterium ingressus ante factam professione moritur intestatus, controuersia est, an bona eius ad legitimos hæredes, qui sunt ab intestato proximiores, pertineant; an verò ad monasterium, Abbas Panormitanus in cap. In præsentia de probat. dixit ad monasterium pertinere, si monachus expressè bona obtulit, ac dedicauit monasterio. Cæterum, si non dedicauit, ad legitimos hæredes pertinere. Fundamentum est, quando bona dedicauit, in c. In præsentia de probat. in illis verbis: *Quare cum constet, quod idem M bis monasterio nostro obtulerit se, & sua, nec ex aduerso probetur, &c.* Idem ferè probatur in cap. vlt. de success. ab intest. Quando verò bona non obtulit, fundamentum est, quia monachus religiosus cum effectu censeri non debet, antequam professus religionem fuerit tacitè vel expressè c. Religioso de sentent. excomm. lib. 6. Ergo nulla est ratio, cur bona pertinere debeant ad monasterium, & non potius ad legitimos hæredes. Idem docuit Immolensis in d. cap. In præsentia, num. 24. & Iason in Authent. Si qua mulier. ad finem. C. de sacrosanct. Eccles.

Contrarium docet post multos alios, quos commemorat Decius in d. cap. In præsentia. nu 75. existimans absolutè bona defuncti monachi ad monasterium pertinere, quia per ingressum videtur purè facta dedicatio personæ, & bonorum monasterio, licet illa resolui possit, si monachus discesserit ex monasterio. Hinc sententiæ videtur adstipulari tex. in Authē. ingressi C. de sacrosanct. Eccl. *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaq́, dedicāt, &c.* Sed illud est accipiendum, facta professione expressè vel tacitè.

Mihi probatur distinctio Parisij in d. cap. In præsentia. sub nu. 188. vt si quidem ingressus monasterium, animum habuerit absolutè mutandi vitam, idque euidenter constet, vel professus fuerit tacitè vel expressè religionem, tunc ad monasterium bona pertineāt. Et idem dicendum puto, quando sua bona monasterio dedicauit. Cæterum, si nihil ex his interuenerit, ad hæredes proximiores bona spectare non dubito.

Nam quando facta est professio, res est plana, quod spectent ad monasterium, sola legitima filijs reseruata Authent. Si qua mulier. C. de sacrosanct. Eccl. Idem constat iuris esse, quando bona expressè dedicata sunt monasterio, ex cap. In præsentia de probationibus. & c. vlt. de success. ab intest.

Cùm verò agitur de eo, qui non est professus, sed tamen proposuit absolutè vitam mutare, vt sub habitu regulari omnipotenti Deo de cætero famuletur, res non est ita clarè decisa, sed tamen ratio suadere videtur, idem

A statuendum esse; quia is non potest amplius ad seculum redire, licet aliud monasterium ingredi possit. capit. con sulti. de regularibus. c. statuimus eod. tit. cap non solum. cap. constitutionem. c. Priuilegium, eod. tit in 6. Et ideo pro religioso haberi debet, ac proinde idem de bonis suis eo casu videtur statuendum, ac si professus fuisset. Nam hoc propositum etiam videtur simile esse aliquo modo professioni, in d c. Priuilegium. de regularibus. lib. 6. ibi: *Aut constet, quod vitam voluerit absolutè mutare, vel professionem expressam fecerit.*

CAPVT XX.

Vtrum ecclesia hæres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui possit, vt non teneatur vltra uires hæreditarias.

B Gratis in controuersiam hæc quæstio reuocata est a doctoribus nostris, quoniam satis perspicuè a Iustiniano, cui locus nullus iuris canonici aduersatur, decisa est, ita statuente in sua Nouella constitutione de hæredib. & Falcid. *Eam obtinere, & in omni persona, siue priuata, siue militari, siue sacerdotali, siue Imperiali, siue alterius cuiuslibet.* Et cū, sicut leges nō dedignātur sacros canones imitari, ita sacrorū statuta canonū Principum constitutionibus adiuuentur. cap. 1 de noui oper. nunc. dubitari non potest, quin Iustiniani constitutio, etiam ex Pontificio iure robur obtinere debeat. Atque ita rectè docuerunt Glos. in c. 1. de Testam. in verb. Patiaris, quam eo in loco secuti sunt Immola, Antonius Butr. & Barbatia, Iason ad l. vlt. § vlt. C. de iure delib. Alios refert eandem sententiam amplexus Rolandus a Valle, de confectione Inuentarij, in 1. par. §. Duodecimò quæritur.

Contrarium docuerunt Cardinalis & Abbas in d. c. 1. de Testam Bart. in l. 1. nu. 46. C. de sacrosanct. Eccles.
C Bald. in d. l. vlt. C. de iure delib. & ibib. Angelus in §. Si verò postquam. Io. Anania. in c. In literis de raptorib. Felin. in c. De quarta. de præscript. Castrens. in Auth. Sicut. C. de sacrosanct. Eccl. Nouissimè Lælius Zanchus de Priuilegio 126. nu. 4.

Argumenta sunt ista: Primum, quia ius ciuile obligare non potest ecclesiam vltra vires hæreditatis, cùm talis obligatio repugnare videatur iuri naturali. Secundò, quia in hæredibus cæteris ideo constitutum est, vt teneātur vltra vires hæreditarias, si inuentarium non confecerint, quia præsumūtur aliquid ex hæreditate subtraxisse. Hæc autem ratio cessat in ecclesia. Tertiò, quia nihil potest ecclesia accipere, ex quo oneretur vltra id, quod accipiat, vt in Auth. Sicut. C. de sacros. Eccl. Postremò, quia sic in fisco videmus receptum, vt inuentariū facere non teneatur. l. 1 §. an bona ff de iure fisci.

Respondeo ad primum, ideo lege hac ciuili etiam ecclesiam obligari; quia iure canonico recepta est, aut cer-
D tè non improbata, argumento text. in cap. Raynaldus. de Testam. ibi: *Cumque inuentarium fecerit, &c.* Ad secundum multi negant causam illam fuisse præcipuam, vt Anchar. cons. 41 1. Fuit enim potius impulsiua; vt nostri doctores loquuntur, & præcipua causa, quia hæres adeundo hæreditatem absque inuentario, videtur suscipere onus soluendi, vt declarat Aretinus in rub ff de acq. hæred. in x. col vers. Ergo oportet. Ad tertium respondeo, textum, qui adfertur, ad rem hanc nostram nō pertinere: neque enim loquitur de eo, quod ad ecclesiam peruenit ex hæreditate, sed ex alia particulari causa: alioqui sequeretur ad ecclesiam hæredem non pertinere res steriles & inutiles, cùm tū hæres succedat in vniuersum ius Verba sic se habēt: *Sicut alienatio rerum ecclesiæ interdicitur, ita prohibetur, ne qua sterilis ei detur possessio, aut alioqui onerosa, vel fiscalium nomine vel onere.* Vides, vt puto, lector, ad rem nostrā nō facere; & vt certior sis, videas tex in §.

Sicut. Nouella, de non alien. rebus eccle ex quo ſumpta eſt authent. Iuſtiniani, vbi loquitur de eo, quod ex cauſa donationis aut venditionis, aliciuſue contractus eccleſię datur: non autem loquitur, de eo, quod ad eccleſiam peruenit ex cauſa hęreditatis. *Interdicimus*, inquit, *rectoribus venerabilium domorum tale aliquid agere, quia ſi nō cum omni ſubtilitate fecerint contractus, ſed fęnea quędam poſſeſsio, aut damnoſa detur eccleſiis, &c.* Ad vltimum argumentum reſpondeo negando fiſcum hæredem eſſe, cùm ſuccedit in bona vacantia, ſicut loquitur text. qui in argumento adſertur, de quo in capite ſeq.

Alij hac vtuntur diſtinctione, vt eccleſia vltra vires hęreditarias teneatur creditoribus, cum quibus videtur adeundo hæreditatem quaſi contrahere, non autem legatarijs, quia in eccleſia ceſſat pſumptio ſubtractionis bonorum. ita Alex. & Corneus in l. vlt. §. vlt. C. de iure delib. Aretinus in rub ff. de acq hęred. quos videtur ſequi. Couuar. in c. 1. poſt nu. 14. de Teſtam.

Sed non mihi probatur hæc diſtinctio, quia hæres ex quaſi contractu tenetur etiam legatarijs, vt in § Hæres, in Inſtit. de oblig quę ex quaſi contractu naſcuntur, & ideo non eſt ratio differentiæ inter creditores & legatarios. Et cùm præſumptio illa ſubtractiones bonorum nō fuerit præcipua cauſa legis, vt fatetur etiam ipſe Couuar. non eſt opus inquirere, an illa ratio ceſſat in eccleſia, ſeu miniſtris eius. Etſi hęc ratio valeret, idem etiam, quantū ad creditores, reſpondendum eſſet; ac proinde etiam eo in caſu omnibus perpenſis diſtinctio illa conſiſtere non poſſet. Quare priorem ſententiam, quam initio propoſui nunc quoque in fine capitis amplector. Saluo tamen iure eccleſiæ reſtitutionem petendi aduerſus omiſſam inuentarij confectionem.

CAPVT XXI.

Vtrum fiſcus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra vires hæreditarias.

NOn eſt dubitandum, quin fiſcus hæres teneatur inuentarium conficere, ſub pœnis poſitis a Iuſtiniano, in Nouella de hæred. & Falcid. Nimis. n. diſertè ſtatuit, eam conſtitutionem obtinere, *in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue etiam imperiali*. Et ideo nec fiſcum exclusiſſe videri poteſt, qui ſuam perſonā non excluſit. Quare non rectè in dubium id reuocatum eſt a Doctoribus noſtris, ad Rubr ff. de acq. hæred. & a Rolandina Valle, de confectione inuentarij, in 1. parte. §. Vndecimò quæro. Cæterum, non malè, immò verò iuri noſtro conuenienter reſponderunt, qui dixerunt fiſcum in bona ſuccedentem, vel ex delicto, vel propterea, quod ſint vacantia, & nullus hæres reperiatur, non poſſe conueniri vltra vires bonorum. Nam præterquam quod fiſcus non eſt hæres, ſed poſſeſſor, illa ratio accedit euidentiſſima, quod cum id intelligatur ea bonis eſſe, quod deducto ære alieno ſupereſt. l. Subſignatum § Bona. ff. de verb. ſign. conſequenter dici non poteſt, ad fiſcum bona aliqua perueniſſe vacantia, niſi ea, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, quare ſi nil ſuperſit; nihil etiam bonorum ad fiſcum perueniſſe videri poteſt. Et ideo ſuperuacanea eſt quæſtio, an vltra vires bonorum fiſcus tunc obligari & conueniri poſſit. Et iſtud eſt quod dicit Caliſtratus in l. 1. § An bona ff. de iure fiſci: *An bona*, inquit, *quę ſoluendo non ſunt ipſo iure ad fiſcum pertineant, quęſitum eſt. Labeo ſcripſit etiam ea, quę ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcū pertinere, ſed contra ſententiam eius edictum perpetuū eſt, quod bona ita vęneunt, ſi ex his fiſco nihil acquiri poſſit.* Clarius Iabolenus. l. 11. eo. ti. *Non poſſunt ulla bona ad fiſcum pertinere, niſi quę creditoribus ſuper futura ſunt. Id enim bonorum cuiuſque eſſe intelligitur, quod ęri alieno ſupereſt.*

Cęterum nouiſſimè Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fiſci, lib 4. tit. 1. nume. 3. reſpondit, fiſcum, etiam

A hæredem inſtitutum non teneri ad inuentarij confectionem: primò, quia verbum *perſona*, quo Imperator vtitur in dicta Nouella, non comprehendit fiſcum quia in materia ſtricta, & præiudiciali appellatione perſonę, non venit fiſcus, ex Butrio in ca. Graue. in 4. no. de præben. Sed reſpōderi poteſt, vt maximè verum ſit, quod Butrius notauit, nihil tamen id ſuffragari poſſe, quia Imperator in dicta Nouella ita dicit, eam obtinere, *in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue ſacerdotali, ſiue imperiali, ſiue alterius cuiuſlibet* Hęc poſtrema verba, *ſiue alterius cuiuſlibet*, ita generalia ſunt, vt neminem excludant, & ſanè mihi videtur valdè improbabile, quòd fiſcus melioris ſit conditionis, quàm Imperator hæres ſcriptus. Secūdo mouetur Peregrinus ex d. l. 1 §. an bona ff de iure fiſci animaduertiſſe ſe dicens, illum textum referri ad omnes caſus præcedentes, inter quos ille cōtinetur, cùm princeps fuit hæres inſtitutus. Reſpondeo, Calliſtratum in ea lege varias cauſas retuliſſe, ex quibus nunciatio ad fiſcum fieri ſolet; & inter cæteras etiam illam, quando Princeps

B hæres inſtitutus eſt. Deinde propoſuiſſe quæſtionem illam, an bona, quæ ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant. Hæc quæſtio conuenire poteſt illis in caſib. in quibus bona vacantia fiſco deferuntur. Cæterùm, eo in caſu quo Princeps inſtitutus eſt hæres, congruere nō poteſt. Nam aut is hæreditatem adiuit, aut non adiuit: Si hæreditatem adiuit, certum eſt, eum ſequi commoda & & incommoda l. 1. ff de bonorum poſſeſſione, & conſequēter is tenetur creditoribus hæreditarijs ſatisfacere Et ſi inuentarium non confecerit, tenebitur in ſolidum, licet bona ſoluendo non ſint, quia ſic ſtatuit ipſe Imperator in d. Nouella de hæred. & falcid. dum ſtatuit eam habere locum in omni perſona etiam *Imperiali*, quod fatetur etiam ibi Peregrinus, eam conſtitutionem locum habere, cùm Imperator, vti priuatus ſucceſſit ab inteſtato, vel ex teſtamento. Igitur etiam id concedere debet, ſi ad hunc caſum referatur. §. An bona, quo videlicet Princeps hæres inſtitutus eſt, eum lege hac inuentarij nequaquā

C exemptū fore. Quo conceſſo, argumentum eius corruit.

Si verò Princeps hęreditatem non adierit, non poteſt in quæſtionem illud uocari, an bona, quæ *ſoluendo* non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant: *neque enim ex titulo* hæreditario pertinere poſſunt, cùm *Principes* hęreditatem repudiauerit. Requiritur enim hoc in caſu aditio, vt declarat Bart. in d §. An bona. Quod ſi dicatur pertinere poſſe tanquam vacantia, quia nullus ſit hęres, quo caſu fiſco deferuntur; tunc ad fiſcum non pertinebunt, tanquam ad hęredem, de quo noſtra eſt diſputatio.

Non obſtat quod Peregrinus ſubdit, ſi hęc ſententia admittatur, fateri oportet fiſcum auferentem hęreditatem alicui tanquam indigno, teneri creditoribus vltra vires, quia hęreditatem capit, quod tamen a vero abeſt. d. § An bona: nam reſponderi poteſt non hoc ſequi. Nam cū fiſcus hęres eſt ab inteſtato, vel ex teſtamento, bona poſſidet tanquam hęres, & ideo omnibus oneribus hęreditarijs obſtrictus eſt, quibus cęteri hęredes obſtricti ſint: ne

D que enim exemptus reperitur. Cęterum ſi alicui hęreditatem auferat, tanquam indigno, non dicetur hęres, ſed poſſeſſor, & tanquam poſſeſſor conueniri debet, licet bon. vindicet cum ſuo onere, & eiſdem conditionibus parere debeat, quibus perſona, a qua ad illum peruenerit, iuxta l. In facto. §. Fiſcus. ff. de condit. & demonſtr.

CA-

CAPVT XXII.

Vtrum fiscus succedens in bona uacantia, teneatur legata & fideicommissa prestare, testamento, vel codicillis relicta.

SI nullo hærede existente, qui hæreditatem adire velit, fiscus succedat tanquam in bona vacantia, controuerti solet, an teneatur legata, & fideicommissa præstare ijs. quibus relicta sunt in testamento defuncti. Et teneri responderunt Baldus in l. Eam quam. C.de fideicommiss.num.5.Salicet.ad l.Vni.§ pen.num 39.C.de cad tollen. Argumenta hæc sunt. Primum ex l.cum fisco.ff.ad Silan Caius: *Cum fisco caduca bona defuncti addicuntur propter inultam mortem, in eum legatorum actio datur.*

Secundum ex l Recusare.§ Si fisco. ff.ad Trebellian. Vlpianus: *Si fisco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoscere, & fideicommissario restituere: æquissimum erit, quasi vendicauerit, sic fiscum restitutionem facere.*

Tertium est ex l.Dicitur.ff.de iure fisci Caius: *Dicitur, ex asse hereditatem ex Silaniano cum fiscus vendicat quod nec libertates, nec legata tueatur, quod aperire nullam habet rationem, cum ex quibuslibet alijs causis fisco vendicatis hęreditatibus, & libertates, & legata maneant*

Quartum est ex d.l.Vn.§ pen.C.de cad. toll ibi: *Tantum enim nobis superest clementię, quod scientes etiam fiscum nostrum, vltimum ad caducorum vendicationem uocari, tamen nec illi pepercimus.* Vbi Glos.in verbo Pepercimus, rationem adfert, quia scilicet bona ad fiscum transeunt cum suo onere, adducit l. In facto.§.1. ff de condit. & demonstr vbi Paulus: *Fiscus eisdem conditionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, peruenit, sicut etiam cum suo onere hoc ipsum vendicat.* Idem probatur in l.Etiam.C.ad legem falcid. Sed nullus est locus illustrior, quàm Iuliani, in l Quidam testamento.§.Quoties, de leg.1. *Quoties*, inquit, *lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, & legata & fideicommissa prastantur, quæ pręstare cogeretur hęres, a quo relicta erant.*

Verùm contrariam sententiam amplexi sunt alij non pauci videlicet fiscum non teneri ad legata præstanda. Ita docuerunt Ripa in l.Ex facto, num.6. ff.ad Trebell. Clarius § fin.quæst.78.versic. Sed an teneatur fiscus, nouissimè alios citans Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fisci, lib.4 tit.3. num.26. Prosper Farinacius Variarum quæstionum criminalium lib 1.quæst.15.num.186 Fundamentum est primò in generali regula: Si nemo hæreditatem adierit, nihil; quod in testamento scriptum est, debetur. l. Si nemo. ff. de testamen.tut. l Si nemo, de reg.iur. Secundò in l. Quod diuo.ff.de manu. testam. vbi Papinianus: *Quod diuo Marco*, inquit, *pro libertatibus cōseruandis placuit, locum habet irrito testamento facto si bona venitura sint: alioquin vacantibus fisco vendicatis, non habere constitutionem locum, apertè cauetur.*

Tertiò in l 4 § Eadem constitutio. ff de fideicommis. libert. in illis verbis: *Eadem constitutio prospexit, vt si fiscus bona admiserit, æquè libertates competant. Ergo siue iaceant bona fisco spernente, siue agnouerit, constitutio locum habet. Cęterùm si alia ratione agnoscat, apparet cessare debere constitutionem: quare etsi caducis legibus bona delata sint, idem erit probandum.*

Sic enim legendum est *caducis legibus*, non autem *caducis legionis*, vel aliter, vt in aliquibus exemplaribus legitur, sicut rectè admonuit Cuiacius ad l. 3. C. de bonis vacantibus, lib 10.

Ad leges, quibus prior nititur sententia, respondetur, eas loqui de fisco auferente hæreditatem alteri quanquā indigno: tunc enim tenetur eisdem parere cōditionibus, quibus ille, a quo bona auferuntur, parere debebat: sed

A hæc responsio non uidetur esse idonea ad l. Quidam testamento § Quoties, de leg.1. vbi textus loquitur de fisco succedente in bona uacantia ei delata ex lege Iulia. Nec ad l Vn.§ pen.C.de cad.tollend. qui locus uidetur aduersari. l.4.§ Eadem. ff de fideicommiss.libert. Et sanè hæc res paulò abstrusior mihi uidetur. Prima fronte illuc animus inclinabat, ut existimarem, si nullus ex testamento hæres existat, uel ab intestato, & idcirco ad fiscum, tanquam uacantia bona pertineant, eum non teneri legata & fideicommissa præstare. Nam si testamento relicta sint, & ex eo non fuerit adita hæreditas, iuris regula est plana, legata nullius esse momenti. l. Si nemo ff.de testa-
B ment.tutela, si uerò relicta sint in codicillis, idem respondendum uidetur; quia nullus est hæres, & legata præstari debent ab hærede: Est enim legatum, donatio a defuncto relicta, ab hęrede præstanda. §. Legatum Institut. de legatis. Et ideo leges, quæ dicunt fiscum ad præstanda legata, & fideicommissa teneri, necessariò accipiendæ sunt, quando ex testamento, uel ab intestato hæreditas est adita: tunc enim legata ualent, & ideo licet fiscus postea succedat, auferendo hæredibus tanquam indignis hæreditatem, & bona, tamen legata præstare debet, & fideicommissa, propterea quod ualent. Esset enim ualde iniquum, ut culpa hæredum noceret legatarijs, & fideicommissarijs: & ideo tunc bona pertinent ad fiscum, & ab eo uendicantur cum suo onere.

Cæterùm, re penitius examinata, ut contrariam sententiam amplectar, tria potissimùm loca effecerunt. Primus locus est in d l. Quidam testamento.§ Quoties, de leg.1. ubi uerba sunt satis clara, & generaliter præcipiunt legata præstari à fisco succedente in bona uacantia. Secundus locus est in d.l. Dicitur.ff.de iure fisci, in illis uerbis: *Cum ex quibuslibet alijs causis fisco vendicatis hereditatibus, & libertas, & legata maneant.* Sunt hęc uerba generalia, quę ad unum tantùm casum, quo uidelicet hæreditas indigno sit ablata, restringi non possunt salua ratione recti sermonis. Tertius est in l. Vna. C de cad.toll. coniungendo § pen.cum ultimo, sic enim ait Imperator
C in d.§.p.nult. *Si nulli sint heredes, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt* (hæreditatem) *tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.* Deinde pergit, dicens, in § vlt. *Tantum enim nobis superest clementia, quod scientes etiam fiscū nostrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Ex quibus uerbis patet, fiscum succedentem in bona uacantia, nullo hærede existente, qui nelit, uel possit hęreditatem capere, uel qui capiat, teneri ad legata pręstanda, sicut hæres tenebatur, à quo relicta erant.

Non obstat primum argumentum ex regula generali, si nemo ex testamento hæreditatem adierit, quæ in eo continentur nullius momenti esse: quia non est absurdum hanc regulam sic interpretari, ut locum nō habeat, quando bona sic uacantia transeunt ad fiscū: tunc enim, quia is loco hęredis habetur, meritò præstare tenetur legata & fideicommissa.

Ad secundum, & tertium argumētum notandum est,
D pro uera interpretatione ita olim rescripsisse diuum Marcum, ut si ij, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non adiitur hæreditas, uelint bona sibi addici libertatum conseruandarum gratia, audiantur, si idoneè creditoribus cauerent de solido, quod cuique debetur, soluendo, & sic bona non uendantur: & tunc si fiscus bona agnoscere uoluerit, tanquam ad se deuoluta, quia nullus sit hæres, libertas nihilominus salua manet, perinde ac si ex testamento hęreditas fuerit adita. Ita clarè, & prolixè declarat hoc rescriptum. Iustinianus in Institut. De eo cui libertatis causa bona addicuntur.

Quod igitur attinet ad l. Quod diuo. & ad l. 4. § Eadem. ff. de fideicommiss. lib. respondeo, non negari dictis legibus, libertatem testamento relictam locum habere, quando fiscus bona accipit uacantia, sed negatur locum habere ex dicta constitutione, sine rescripto diui

Marci. Sic enim loquitur tex in d.l. Quod diuo, illud diui Marci reſcriptum locum habere irrito teſtamento facto, ſi bona vænitura ſint: *Cæterum vacantibus fiſco vendicatis, non habere conſtitutionem locum, aperte cauetur.* Et in d l 4 § Eadem, *Cæterum*, inquit, *ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem.* Itaque ceſſat eo in caſu conſtitutio diui Marci, pro bona in eo ſtatu non ſunt, vt addici poſſint libertatum ſeruandarũ cauſa, ne vendantur: tunc enim fiſcus ea agnoſcens, libertatem impedire non poteſt. Cęterum ſi alia ratione & cauſa ad fiſcum ex caducarijs legibus pertineant, tunc nõ habet locum illa conſtitutio. Sed tamen non inde ſequitur libertates non deberi: Nam libertates quidem debẽtur, ſed non ex diui Marci conſtitutione, verùm ex alijs legibus, quibus cauetur ex quibuſcunque cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, libertates & legata manere. l. Dicitur ff. de iure fiſci. Et eodem modo ſunt accipienda illa verba d. l. 4. *Quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum*, Scilicet vt conſtitutio locum non habeat, ſed tamen nõ negat textus libertates deberi, nec id negare poteſt, ne alijs legibus repugnet, quibus conſtitutum eſt, & libertates, & legata præſtanda.

CAPVT XXIII.

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis?

IVre Canonico hæredem inuentarium non conficientem vltra vires hæreditarias creditoribus non teneri, docuerunt Baldus ad l. Cum à matre, in fine. C. de rei vend. & in conſ. 145. ſuper primo puncto, nu 4 lib. 4. Antonius Butrius in cap. In literis, de raptoribus, & in c. Rainald in 2 not de teſtam. Petrus Ancharanus in conſil. 411. Argumenta nonnulla Ancharanus adfert, ſed ad eam facti ſpeciem pertinentia, ſuper qua ipſe reſpondit, hæredis videlicet ad vſuras reſtituendas obligati ex perſona defuncti, quem docet vltra vires hæreditarias non teneri ob multas cauſas, quæ huc non pertinent. Fundamentum igitur non aliud inuenio huius ſententiæ, niſi quia ſecundùm naturalem rationem & æquitatem, quã ius Canonicum plerumque ſequitur, non tenetur hæres ex perſona defuncti vltra vires hæreditarias.

Sed valdè infirmum mihi videtur hoc fundamẽtum. Nam iuſtis de cauſis iure Ciuili conſtitutum eſt, hæredẽ non conficientem inuẽtarium in ſolidum teneri, etiam vltra vires hæreditarias, vt patet ex Nouella Iuſtiniani de hæredibus & falcid Nec iure Canonico contrarũ eſt conſtitutum; quare illa naturali æquitate iuſtas ob cauſas valere iuſſa, iuri Ciuili inhærendum videtur, argum. c. 1. & 2. de ope. no. nunc. Atque ita docuit idem Baldus ſibi contrarius in l vlt. C. de iure delib. col. 2. Abbas in c. Rainald. de Teſtam. Ang & Alex. in rub. ff. de acq. hæred. & multi alij, quos refert & ſequitur Rolandus de confect. inuentarij, vlt. par. § Nunquid de iure Canonico, quos & ipſe ſequor in foro externo.

CAPVT XXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conſcientiæ.

NOn mittimus falcem in alienam meſſem, quoniã & Canoniſtæ & Legiſtæ hanc quæſtionem tractant, ſitne hæres in foro conſcientiæ obligatus creditoribus & legatarijs vltra vires hæreditarias, ſi inuentarium non confecerit? Tres ſunt Doctorum ſententiæ: Vna teneri. Altera non teneri. Tertia, diſtinguẽ-

A dos eſſe creditores à legatarijs & fideicommiſſarijs, & hæredem et creditoribus quidem vltra vires hæreditarias teneri, legatarijs autem & fideicommiſſarijs nequaquã. Vide Bartolum, Caſtrenſem, Iaſonem, Aretinum, & alios ad Rubr. ff. de acquir. hæred. Ioan. Andr. & alios ad c. Quanquam, de vſuris, lib. 6. Federicum Senen. cõſi. 21. Vaſquium de ſucceſſionum creatione, lib. 1 § 2. num 12. Couuar. in capit primo, de Teſtam. numero 16. 17. Roland à Valle de confectione inuent. in vltima parte, §. An in foro conſcientiæ, vbi multos alios citat, quibus addi poteſt Pictius in Summa, in verb. Hæreditas 3. in 5. quæſtione.

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt præcipuum; quoniam leges humanæ, ſi iuſtæ ſint, habent vim obligandi etiam in foro conſcientiæ à lege æterna, à qua deriuantur, ſecundum illud Prouerb. 8. Per me Reges regnant, & Legum conditores iuſta decernunt, vt decla-
B rat S Thomas 1. 2 q 96. art 4 ſed negari non poteſt, quin Iuſtiniani lex ſit iuſta, quæ hæredem inuentarium non conficientem obligat vltra vires hæreditarias. Ergo hæres tenetur vltra vires hęreditarias ad ſatisfaciendũ creditoribus, etiam in foro conſcientiæ.

Fundamentum autem eorum, qui negant hæredem obligatum eſſe vltra vires hæreditarias in foro conſcientiæ, illud eſt, quia Iuſtiniani lex, quæ ita hæredem obligat, ſi inuentarium non confecerit, videtur niti quadam præſumptione, quod ſcilicet hęres, qui inuentarium nõ conficit, aliquid ex hæreditate ſubtraxerit, vt patet ex Nouella, de hæredibus & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Et non per ea, quę fortè ſurripiunt, aut malignantur, &c.* Sed in foro conſcientiæ nõ eſt locus præſumptionibus, ſed veritati, quæ ſola ſpectatur c A nobis 2. de ſent. excom. Ergo, ſi hæres nihil reuera ſubtraxerit ex bonis hęreditarijs, non videtur eſſe in foro conſcientiæ obligatus.

C Tertiæ denique ſententiæ fundamentum eſt; quia, quod attinet ad creditores, hæres etiam Iuſtiniani lege tenebatur illis vltra vires hæreditatis ſatisfacere l. Si te bonis. C. de iure delibet. Et hac ea ratione, quia adeũdo hæreditatem videbitur ſuſcipere onus ſoluendi, quare etiam in foro conſcientiæ tenetur, cùm illa lex ſit iuſta. Cæterùm, quod attinet ad legatarios & fideicommiſſarios, ut hæres illis obligatus ſit vltra vires hæreditarias, noua Iuſtiniani conſtitutione introductum eſt, ea præſumptione innixa, quod hæres inuentarium non conficiens aliquid ſubtraxerit ex bonis hęreditarijs, quæ quidem præſumptio cùm in foro conſcientiæ nõ ſpectetur; ſed veritas præualeat, conſequitur, hæredem, qui nil ſubtraxerit, non fore obligatum in foro conſcientię, licet inuentarium non confecerit.

Ego ſanè eorum ſententiam veriorem eſſe puto, qui ſimpliciter negant hæredem in foro conſcientiæ ultra vires hęreditarias teneri. Et moueor hoc argumento:
D Hęres in foro conſcientiæ non debet in plus teneri, quàm defunctus teneretur, ſed in tantum, in quantum defunctus tenebatur. Eſt enim hęredus ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus babuit l. Nihil aliud ff. de verb. ſignific. Et hęres dicitur defuncti perſonam repręſentare §. 1. in Auth. de Iureiur. à morien. pręſtito. & ex eius perſona dicitur obligari. l. Ex qua perſona, de regulis iuris.

Sed defunctus in foro conſcientię non tenebatur ad creditoribus ſoluendum vltra vires ſuas, quia nemo tenetur ad impoſſibile. Sanctus Auguſtinus relatus in c. Si res. 16. quæſt. 6. Sanctus Thomas 1. 2. q. 61. artic. vlt. in reſponſione ad primum argumentum Didacus Couuar. alios citans in relectione c. Peccatum, in 1. par. nu. 2. de reg. iur. lib. 6. Ergo neque hęres in foro conſcientię obligatus erit.

Ad argumentum prioris ſententię ſi amplectamur eorum ſententiam, qui exiſtimant legem Iuſtiniani fundatam eſſe in præſumptione illa, quod hęres non conficiens

ciens inuentarium aliquid subtraxerit, facilè responderi potest; Nimirum eiusmodi legem quantumuis iustam in foro conscientiæ non obligare, quoniam in eo foro veritas attenditur, & non præsumptio, vt declarat Nauarrus in Manuali, cap.17. nume.283. Syluester in verba Lex. quæst.9. & colligitur ex cap. Is qui. &c. Tua de sponsalibus.

Verùm, quia dubia est illa interpretatio, respondeo, legem Iustiniani obligantem hæredem vltra vires hæreditarias esse quidem iustam in foro externo; quia hæres videtur quasi contrahere cum creditoribus & legatarijs adeundo ipsam hæreditatem, atque adeò onus soluendi suscipere in solidum ipsis creditoribus & legatarijs. Cęterùm in foro interiori animę iustum non esse, vt hęres, qui nihil ex hæreditate subtraxit, in plus teneatur quàm defunctus; defunctus autem vltra suas uires non tenebatur. Et in foro conscientiæ non habet locum illa fictio, siue pręsumptio à lege inducta, quod heres adeundo hęreditatem videatur suscipere onus soluendi in solidum omnia debita, etiam vltra uires hęreditarias. Hæc fictio lege quidem humana inducta est, sed non diuina. Ergo in foro Cæsaris obligabit, non in foro Dei, si nihil reuera hæres subtraxerit ex hæreditate.

CAPVT XXV.

Possitne testator inuentarij confectionem hæredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommissariorum.

INter omnes constat, testatorem hęredi remittere nō posse inuentarij confectionem in præiudicium creditorum: sed an remittere possit in pręiudicium legatariorum & fideicommissariorum, non est eadem omnium sententia. Etenim affirmant Paulus Castrensis, Alexander & Aretinus in l. Nemo potest. de leg.1. Idem Alexander in cons.51. lib 6. nu.18. Decius in cons. 418. Aymo. consil.174. & alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle de confectione inuentarij, in vltima parte, §. An Testator.

Sed negant Bald. in l. vlt. C. arbit. tutelę Castrensis in l. Cum tale. §.1. ff. de cond. & demonst. Iason in l. Nemo potest: in prima lect. ad finem de leg.1. Ioan. Crotus ibidem, nume.52. vers. Secunda conclusio. Ioannes Annibal. num.406. Procellinus tractatu de inuentario, cap.1. num.55.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia testator potuit legata & fideicommissa non relinquere, & relicta etiam adimere; ergo multò magis pręiudicare ipsis legatarijs & fideicommissarijs remittendo hæredi cōfectionem inuentarij; Præsertim, quia fieri potest, vt ipsius testatoris intersit, aut hęredum eius, inuentarium bonorū suorum non fieri, ne patrimonium eius detegatur; quæ causa est, vt etiam tutori remitti possit confectio inuentarij. l. vlt. C. arbit. tutelæ.

Posterioris autem fundamentum est; quia hæc inuentarij confectio videtur esse iure publico introducta, *vt viuentes relictis potiantur, et deficientes cum securitate moriantur: scientes quia lex eis etiam sepultis ministrabit, & quęcunque illi disposuerint, ad effectum ipsa perducet*, vt in quit Iustinianus in Nouella de hæred. & Falcidia non procul à fine: qua ratione etiam constat vsufructuario remitti non posse cautionem, quam secundùm leges pręstare debet. l. 1. C. de vsufruct. l. Scire debetis. C. ut in poss. legat. Huc accedat, quod si remitti inuentarij confectio posset, occasio daretur hæredi delinquendi; quia bona posset surripere, & occultare in fraudem legatorum & fideicommissorum.

Nec obstat, quod in potestate testatoris fuerit legata non relinquere; quia etiam in eiusdem potestate est non

A legare vsumfructum, vel legare etiam proprietatē simul cum vsufructu; & tamen cautionem remittere vsufructuario non potest.

Addi potest ratio, quod nemo possit facere, quin leges locum habeant in suo testamento l. Nemo potest de legans 1.

Ego sanè in priorem sentētiam longè sum procliuior, & pro eius confirmatione perpendo, hanc fuisse rationē constitutionis Iustiniani, quæ mandat inuentarium cōfici ab hærede, *ut uiuentes relictis potiantur*, ut in summa voluntates defunctorum executioni mandarentur. Id ipse Iustinianus testatur in d. Nouella de hęredib. & falcid. circa finem. ibi: *Hęc nos uti communiter omnibus prosint hominibus scripsimus: quatenus & uiuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur, &c.* Ergo, si voluntates testatorum hoc fauore prosequi Imperator voluit, quo magis adimplerentur, vt hęredes cōpelleret ad inuentarium conscribendum sub pœnis, de

B quibus in ea constitutione, non videtur esse rationi consonum, vt ea constitutio locum habeat contra uoluntates defunctorum. Quod enim fauore alicuius constitutum est, non debet in eius odium retorqueri. l. Quod fauore. C. de legibus. & quod ob certum effectum constitutum est, non debet contrarium operari.

Nec verum illud est, hęredibus occasionem hinc dari delinquendi; quia testator inuentarium remittens confisus est de hæredis integritate, & occasio remota nimis est, & ideo non attendenda: Quamobrem in tutore locū non habet, vt patet ex l. vlt. C. arb. tutel. Et olim apud veteres, quibus inuentarium Iustiniani cognitum non erat hęredibus, nulla vnquam habita est ratio huiusmodi occasionis & suspicionis.

Et sanè ego sic statuo, Iustinianum ad eam legem cōdendam motum non fuisse, eam præcipuè ob causam, vt huiusmodi occasionem hæredibus auferret occultandi

C res hæreditarias; sed vt eisdem consuleret, ne amplius hęrerent circa deliberationem, an vellent adire, vel repudiare hæreditatem. Ita scilicet, vt inuentario confecto, ab omni periculo liberi essent, sicut ipse Iustinianus testatur in l. vlt. C. de iure delib. quanquam iusta fuit ratio auferendi legis beneficium, & obligandi vltra vires hæreditarias eos, qui legem contemnendam putauerint, vt in d. Nouell. de hæredibus & falcidia prolixè habetur.

CAPVT XXVI.

Legatum obscurum, an in fauorem Ecclesiæ, seu piæ causę latius sit interpretandum.

SEmper in obscuris, quod minimum est, sequimur l. Semper. de reg. iur. Et ideo in legatis, quod minimum est, debetur, si obscura sit testantis voluntas. l. Numis. de leg. 3. Sed controuersia est; an & in legatis

D ad pias causas idem sit iuris. Negant enim multi, & multi affirmant, ut videre licet ex Tiraquello de priuilegijs piæ causæ. 25. Priuileg. vbi Authores citat copiosè, quibus adde Cagnol. ad l. Sēper in obscuris. de reg. iur. Couuar. in c. Indicante. num.4 de Testam. Menoch. de Pręsumpt lib.4. Pręsumpt.106. nu.33.

Omnis difficultas posita est in l. Titi. §. Seia. ff. de auro & argent. leg. quam Doctores tam pro affirmante, quàm pro negante sententia perpendunt. Eius verba hęc sunt: *Seia testamento ita cauit. Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam. Sin autem, ab hęredibus meis fieri volo, subeoq; signum Dei ex libris centum in illa sacra ęde, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei: quęsitum est, cum in illo templo non nisi ęrea, aut argentea sint dona, hęredes Sei, utrum ex auro an argento signum ponere compellendi sint, an ęreum? Respondi secundùm ea, quę proponerentur, argenteum ponendum.*

Igitur

Igitur qui affirmant etiam in legatis pijs id, quod minus eſt, ſequendum, ita legunt textum: *Quæſitum eſt, cũ in illo templo, non niſi aurea, aut argentea ſint dona.* Et quoniam Iuriſconſultus reſpondit argenteum ponendum, inde argumẽtatur, quod minus eſt, deberi. Si enim quid maius eſt, deberetur, aureum præſtandum eſſet.

Qui verò contrarium docent, ita legendum putant: *Cum in illo templo non niſi ærea aut argẽtea ſint dona, &c.* Et ideo inferunt, quod maius eſt deberi; quia Scæuola reſpondit, argenteum ponendum, quod eſt maius, quàm æreum.

Ego non libenter repugno eorum ſententiæ, qui piæ cauſæ fauent, ſed tamen ſi licet, quod probabilius videtur ingenuè fateri, exiſtimo potius legendum *aurea, aut argentea*, quàm *ærea, aut argentea*; quia textus dicit quæſitum eſſe; Vtrum *hæredes ex auro, an argento ſignum ponere compellendi ſint*. Hæc quæſtio non fuiſſet proponenda, ſi in templo non fuiſſent etiam aurea dona. Nam ſi ærea tantùm, vel argentea fuiſſent, quæſtio erat proponenda, an ex ære vel argento hęredes ponere compellendi eſſent.

Et licet Iuriſconſultus quærat etiam, an æreum eſſet ponendum, non tamen id ſuffragatur contrariæ ſententiæ; quia licet in templo eſſent dona tantùm aurea, vel argentea, quæri tamẽ potuit, an æreum eſſet ponendum; quia teſtatrix non expreſſerat quale ſignum Dei, id eſt, ex qua materia ponendum eſſet. Et ideo in dubio dicendum videbatur, ſufficere, ſi æreum poneretur ex cẽtum libris à teſtatrice expreſſis. Cõtrarium tamen deciditur, nempe æreum, non eſſe ponendum. Ratio eſt, quia in eo templo dona erant duntaxat aurea, vel argentea, & ideo videtur fuiſſe teſtatricis voluntas, vt ſecundùm ipſius tẽpli conditionem ſignum poneretur, ſcilicet, vel ex auro, vel ex argento. Et quia res erat obſcura, id quod minus hæredes grauabat eligendum erat, atque ideo ad ponendum argenteum compellendi. Hæc mea eſt coniectura, cui tamen piæ cauſæ commodum, & fauores haud grauatè præfero, ſimul & Florentini Codicis authoritatem.

CAPVT XXVII.

An hæres conueniri poſſit in rem actione intra tempus, quo inuentarium conficitur.

SIc Iuſtinianus ſtatuit: *Donec tamen inuentariũ conſcribitur, &c. nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatarijs, vel fideicommiſſarijs eos vel inquietare, vel ad iudicium reuocare, uel res hęreditarias, quaſi ex hypothecarum authoritate vendicare; ſed ſit hoc ſpatiũ ipſo iure, pro deliberatione hęredibus conceſſum.* l. vlt. §. Donec. C. de iure delib. Hanc legem ſic Doctores magis communiter interpretati ſunt, vt hæres non poſſit à creditoribus, vel legatarijs, aut fideicommiſſarijs conueniri; ſed tanquam poſſeſſor conueniri poſſit actione in rẽ propoſita per eum, qui ſe dominum eſſe alicuius rei, quã defunctus in hæreditate reliquerit contendat, eamque iure dominij vendicet. Nam ad hunc caſum verba legis non pertinent. Vide Alexandrum in commentarijs dicti §. Donec. & poſt eum Rolandum à Valle de confectione inuentarij in 4. parte. §. Quarta eſt vtilitas.

Sed mihi iuſtior interpretatio videtur Cyni & Alberici, qui dixerunt generaliter conueniri non poſſe hæredem, etiam ab ijs, qui nec creditores ſunt, nec legatarij, nec fideicommiſſarij. Nam ſi hęres moleſtari non poteſt à creditoribus & legatarijs, qui actionem habẽt tam certam, tantoque fauore dignam, cur ab alijs poſſet? Expendamus cauſam huius priuilegij, quod hęredi eſt conceſſum, dum inuentarium conſcribitur: *Sed ſit hoc ſpacium* (inquit Imperator) *ipſo iure pro deliberatione hęredibus conceſſum.* Conſequenter moleſtari & conueniri nõ poteſt hæres intra illud tempus; non tanquam hæres, & hoc certum, & expreſſum eſt in textu; ſed nec tanquam poſſeſſor; quia non dicitur poſſeſſor, niſi ſit hæres. Neq; enim intelligi poteſt alio, quàm hęredis titulo is poſſidere, qui hæreditate ſibi delata inuentarium conficit. Quare, ſi non habetur pro hærede intra tempus conſtitutum ad inuentarium conficiendum, ſequitur, vt nec pro poſſeſſore intra idem illud tempus haberi poſſit.

Denique ad rationem legis reſpiciamus. Aliqua enim procul dubio ratio Imperatorem induxit ad inducias illas hæredibus cõcedendas; & illa profectò (neque enim alia facilè occurret) quia hæredes occupati ſunt eo tempore in inuentario conſcribendo, quod ſanè opus requirit diligentiam, laborem, & fidem: citandi & uocandi ſunt legatarij, creditores, res inſpiciendæ, obſeruandæ, tabellarijs præſentibus. Itaque viſum eſt ęquum, ut interea hęredes non poſſint inquietari. Hæc ratio legis etiam ad hũc caſum pertinet, de quo noſtra eſt diſputatio: quare, etſi verba legis non inſeruiant, fauet tamen ratio legis; quod ſufficit.

CAPVT XXVIII.

Hæres, qui ſimpliciter adiuit hæreditatem, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, vtrum beneficijs eiuſdem poſtea confecti perfruatur.

ANgelus ad l. 1. § Hæc ſtipulatio. ff. Si cui plus quã per legem Falcid. circa inuentarium docuit hęredis proteſtationem, antequam is hęreditatem adeat neceſſariam eſſe, qua ſcilicet declaret velle ſe inuẽtarium conficere, & eius beneficijs uti: quod ſi ſimpliciter, ac purè hęreditatem adierit nulla proteſtatione facta, non profuturam ei confectionem inuentarij. Motus eſt in hanc ſententiam ex l. vlt. C. de iure delib. in illis verbis: *Cum igitur hęreditas, ad quendam ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato delata ſiue ex aſſe, ſiue ex parte, ſiquidem recta uia adire malueris hęreditatem, & ſpe certiſſima hoc fecerit, uel ſeſe immiſcuerit, ut non poſtea eam repudiet: nullo indiget inuentario, cùm omnibus creditoribus ſuppoſitus eſt, vtpote hęreditate ei ex ſua uoluntate infixa.*

Sed hanc ſententiam meritò poſteriores interpretes repudiarunt, vt conſtat ex Rolando de confectione inuentarij in 4. parte, § Beneficium inuentarij. quia nõ alia eſt ſententia Imperatoris, quàm hęredi ſic adeunti neceſſarium non eſſe inuentarium, cùm ſcilicet ſpe certiſſima hoc fecit, quod lucroſa ſit hęreditas, & nullo ſit opus inuentario, ut indicant illa verba, *nullo indiget inuentario, &c.* Et illa verba *ſpe certiſſima hoc fecerit*, quibus verbis non negat Imperator, hęredi competere beneficia inuentarij, ſi illud conficeret; ſed negat opus eſſe inuentario, & ſignificat hęredem poſſe illud omittere, ſi velit; ſicut etiam hęreditatem repudiare eam poſſe, qui ſimili modo non titubante animo eam reſpuendam, vel abſtinendam crediderit, vt ſtatim Imperator ſubdit. Quod ſi hæres ſimpliciter agnouerit hæreditatem, & forſan dubius, an ſit vtilis, vel damnoſa futura, inuentarium poſtea conficere voluerit, non dubium eſt, quin ei profuturum ſit inuentarium. Sic enim ſubiungit Iuſtinianus: *Sin autem dubius eſt, utrumne admittenda ſit necne defuncti hęreditas; non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hęreditatem, uel ſeſe immiſceat: omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, &c.*

Ex quibus omnibus apparet, tres conſtitui caſus ab Imperatore. Primus eſt eius hæredis, qui certiſſima ſpe adductus hęreditatem agnoſcit, & inuentarium propterea negligit, & hunc dicit non indigere inuentario, & obligatum eſſe creditoribus omnibus ſimpliciter.

Secundus

Secundus casus est hęredis, qui deliberauit hęreditatem non adire, eamque repudiauit, & hunc dicit alienum esse ab hæreditate, siue damnosa, siue lucrosa sit. Tertius est illius, qui vult quidem hæreditatem adire, sed non incertus est de eius uiribus, quia fortasse eam sibi repudiandam iudicet, & hunc dicit adire posse, ac sese immiscere, deinde inuentarium facere oportere intra constitutum tempus. Nullam Imperator à tali hærede protestationem requirit, antequam hæreditatem agnoscat, sed ait simpliciter, & absolutè, *adeat hæreditatem, vel sese immisceat, omnis tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur.* Hæc paulò fusius explicaui; quoniam etsi omnes ab Angelo recedant, pauci tamen hanc rem edisserunt. Tunc autem arbitramur nos aliquid scire, cùm causam cognouerimus, & fundamentum rei.

CAPVT XXIX.

Hæres, qui fecit inuentarium, an detrahere possit sumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate?

SEd & controuersia est, si hæres, qui inuentarium cōfecit, sumptus fecerit pro defendenda hæreditate, quam alius sibi uindicabat in iudicio, possitne eos detrahere? Variæ sunt doctorum sententiæ. Prima est, non posse, ita docuit Baldus in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib quem uidetur sequi Paulus Castrensis in commentarijs eiusdem loci: & fundamentum est, quia non dicitur hæres hoc in casu sumptus fecisse pro hæreditate, sed pro sua utilitate, ut scilicet hæreditatem obtineret. Et ideo non debet eiusmodi sumptus detrahere, sicut non detrahit sumptus, quos alioqui pro sua necessitate fecisset domi, ut in l. Sed etsi lege §. Quod autem. ff. de petit. hæredit.

Secunda est sententia Angeli, quem secutus est Alex. in eodem loco, sumptus detrahi posse ab hærede, quos fecit in litigando, si obtinuit. Fundamentum est, quia vidētur fieri hæreditatis gratia, ut scilicet illum habeat in dominium, quem defunctus uoluit, uel ex testamento, uel ab intestato, iuxta l. Conficiuntur. ff. de iure codicillor.

Adducitur pro confirmatione, quod habetur in cap. Vt prætéritæ. de elect. & in l. Iam tamen. §. In hac stipulatione. ff. iud. solui.

Tertia est sententia Cornei, in commentarijs eiusdem loci, si hæres expensas fecit occasione hæreditatis, quas non repeteret ab alio, puta in confectione inuentarij, in instrumento ipsius testamenti, & similibus, sine quibus se defendere non posset, tunc eas detrahere possit, & eo in casu locum habeat Angeli sententia; in alijs verò sententia Baldi.

Quarta est sententia Iasonis, in d. §. In computatione. si hæreditas soluendo non sit, expensas illas posse detrahi: & uidetur esse eadem cum sententia Angeli.

Animaduerto Angeli sententiam magis communiter receptam esse, vt intelligi potest ex Emiliano in consilio 15. Rolando a Valle, de confectione Inuentarij in 4. parte. §. Quid de expensis. & Marzario de fideicommissis, in vltima parte Epitom. quæst. 67. Et omnibus maturè consideratis veriorem quoque iudico, argumento textus in d. l. vlt. § In computatione. C. de iure delib. vbi Iustinianus ita scribit: *In computatione autem patrimonij, damus ei* (scilicet hæredi) *licentiam excipere, & retinere quicquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, uel inuentarij confectionem, uel in alias necessarias causas hæreditatis approbauerit se persoluisse.* illa uerba; *uel in alias necessarias causas*, videntur attinere quæstionem istam. Nam negari non potest, quin hæc sit causa necessaria, cùm hæreditas defenditur aduersus eos, qui

A eam iniustè uendicare, ac auferre conantur lite mota; quare communiorem hanc sententiam, & ipse probo.

CAPVT XXX.

Hęres, qui confecit inuentarium, an damnum sentiat ex interitu rerum hæreditariarum.

CErtum est damna, quę ex rerum interitu post testatoris mortem acciderint, ad hæredem pertinere, non autem ad legatarios, nisi species, id est, certa corpora relicta sint, quæ absque mora hæredis perierint: vt in l. In ratione. §. Diligenter ff. ad legem Falci. Cęterùm est controuersia, an idem iuris sit in eo hęrede, qui inuentarium confecit, Et negat Bart. idem iuris esse tam in d. §. Diligenter quàm in l. vlt. §. Etsi præfatam. C. de iure delib quem secuti sunt Alex post alios, quos citat in dict. §.
B Diligenter. nec non Iason, & Corneus in d § Etsi præfatam. dum loquuntur de sexta utilitate inuentarij.

Fundamentum est: quia hæres, qui confecit inuentarium, debet esse sine damno, vt in d § Etsi pręfatam: Deinde, quia hæres est debitor quantitatis respectu certæ speciei, id est, propter res hęreditarias & earum respectu. Debitor autem quātitatis respectu certę speciei, interitu ipsius speciei ante moram liberatur, ut notant omnes in l. Quod te. ff. si certum petatur. & dixi lib. 2. Controuersiarum iuris. cap. 71. in prima parte.

Cęterùm, Castrensis in d § Etsi pręfatam. contrarium docuit, nimirum periculum & damnum interitus rerum pertinere ad hęredem, quoties post aditam hæreditatem contigit. Sequitur eandem sententiam Ripa in l. 1. §. Si is qui quadringenta. nu. 9. ad legem Falcid. & Rolandus à Valle, de Confectione inuentarij in 4 parte. §. Sexta est vtilitas.

Fundamentum est: quia post aditam hæreditatem, si
C illa sit soluendo, hæres dicitur obligatus esse in solidum legatarijs, & consequenter rerum interitu non liberatur. l. Incendium. C. si certum petatur. Huc accedat, quod olim hæres etiam nullo inuentario confecto, non tenebatur legatarijs ultra uires hæreditatis. Lege prima. Si is qui quadringenta. ff. ad legem Falcid. & tamen periculum interitus ad eum, non autem ad legatarios spectabat, ut habetur in dicta l. In ratione. § Diligenter. ff. ad leg. Falcid.

Prior sententia mihi magis probatur: quia quod hęres inuentarium conficiens nullum damnum subire debeat, certum, & exploratum est, ex d. l. vlt. Etsi præfatam. & ex Nouella de hęred & Falcid § Hinc nobis: ibi. *Homines excepimus ex damno rerum suarum, &c.* Quod autem, ut dicebat Paulus Castrensis in solidum hæres teneatur post aditam hæreditatem, quando est soluendo, ualde incertum est: nam etsi hæres tunc legata soluere teneatur, & debita defuncti, tamen dicit textus in d § Etsi
D præfatam. *Eis satisfaciant* (hæredes) *ex hæreditate defuncti uel ex ipsis rebus, uel earum forsitan venditione* Ex quibus verbis indicatur, hæredibus licere res hæreditarias, aut uendere, aut in solutum dare creditoribus, & legatarijs, & consequenter hæredes non esse absolutè, & simpliciter obligatos ad soluendum ex sua ipsorum substantia, & bonis: Quare, si ipsę res hæreditariæ non extent, uidentur hæredes liberari ab onere soluendi: & sic fundamentum Pauli Castrensis non subsistit.

Quod uerò Castrensis urgebat, olim quoque ultra uires hæreditarias obligatos hæredes non fuisse ad satisfaciendum legatarijs, & tamen damnum ex interitu ad eos pertinuisse, non deterret nos ab hac sententia: quoniam ea comparatio non est idonea, quæ fit inter hæredem respectu legatariorum, secundum ius antiquum, & hæredem, qui inuentarium conficit, secundum ius nouum; propterea quod hęres, qui facit inuentarium ex le-

ge.

CAPVT XXXIII.

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere possit id, quod sibi à defuncto debebatur aduersus eum, cui ex Trebelliano restituit hæreditatem.

HÆc est maximi momenti controuersia; ergo non parum accuratè tractanda & explicanda. Hæres grauatus per fideicommissum hæreditatem alteri restituere; vtrum, si non confecerit inuentariú, actiones, quæ illi competunt aduersus defunctum, amittat; an verò saluæ ei maneant, ut proinde hæreditatem fideicómissario restituendo deducere & petere possit, vel retinere id, quod sibi debetur? Nam si inuentarium confecerit, exploratı iuris est, actiones non confundi, ex l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib.

Communis est sententia non confundi actiones hoc in casu & ideo hæredem posse, quod sibi debetur, retinere, vel deducere, aut etiam petere. Ita docuit Baldus in l. Debitori. C de Pactis. Paulus Castrensis in l. Ita tamen. §. Si ex Trebelliano ff. ad Trebellianum, & ibidem etiam Alexander, & ita sæpe respondit idem Castrensis & Alexander Socinus senior & iunior, & plurimi alij, quos adducit Rolandus à Valle, de confectione inuentarij, parte 4. §. Pone hæres. Adde Crauettam in consilio 144. numero 7.

Contrarium docuerút Imola in l. Ab omnibus § vlt. de leg 1. & in l. Debitor ad Trebell. & Ruinus in consi. 99. num 4. lib. 2.

Videamus argumenta. Communis sententię argumẽta hæc sunt. Primum ex l Debitor. ff. ad Trebell. vbi patet actionem pignoratitiam saluam manere hęredi debitoris, licet inuentarium non confecerit; non enim id requirit ibi Iurisconsultus.

Secundum est ex l. In imponenda & l. Irritum. C. ad legem Falcid vbi patet, in imponenda ratione legis Falcidiæ aduersus legatarios deducendum esse, quod hæredi debetur; Ergo & idem videtur esse statuendum aduersus fideicommissarios.

Tertium est ex iuris ratione. Nam sicut olim hæres absque inuentario in solidum legatarijs non tenebatur; quia poterat Falcidiam deducere: ita nunc non tenetur fideicommissario vltra vires hæreditarias, imò Trebellianicam deducere potest; neque enim eius detractio prohibita videtur, etiam hodierno iure, licet inuentariú non fuerit confectum, secundum veriorem & communiorem sententiam.

Quartum est argumentum; quia hæres per fideicommissum restituere hæreditatem rogatus, non intelligitur grauatus restituere, nisi id, quod est in hæreditate; & ideo non tenetur vltra vires hæreditarias, nec fideicommisso propria hæredis bona continentur, vt constat ex l. Cohæredi §. Cùm filiæ ff. de vulg & pupill.

Nec obstat textus à contrario sensu in l. vlt. §. In Computatione. C. de iure delib. quia argumentum, quod sumi potest, actiones confundi inuentario non confecto, locum habere potest cótra legatarios inspecto nouissimo iure, & contra creditores nouo & antiquo iure, sed non contra fideicommissarium: quia nec olim, nec hodie tenetur hęres fideicommissario vltra vires hæreditatis.

Fundamentum autê contrariæ sententiæ positum est in d. l. vlt §. In computatione C. de iure delib à contrario sensu, quia dum ibi dicitur actiones non confundi hærede inuentarium conficiente, argumentum est cófundi, si inuentarium hæres non conficiat. Et est regula generalis: si creditor debitori succedat, quod actiones confundantur, quia non potest idem esse debitor & creditor. l. Debitori. C de pactis. Hęc alij.

A Nunc quid ipse sentiam paucis explicabo. Ego puto, si actio aduersus defunctum competens sit realis, puta pignoratitia, siue hypothecaria, vel rei vendicatio, similisue, illam non confundi, licet hæres inuentarium non confecerit. Cæterùm si personalis sit actio, non dubito, quin confundantur Pro huius sententiæ confirmatione adsero textú in l. Debitor ff. ad Trebellian. Papinianus: *Debitor sub pignore, creditorem hæredem instituit, eumq; rogauit restituere hęreditatem filiæ suæ, id est, testatoris: cú nollet adire ut suspectam, coactus iussu prætoris adijt & restituit: cum emptorem pignoris nó inueniret, desiderabat permitti sibi iure dominij id possidere: Respondi: aditione hæreditatis, confusa quidem obligatio est Videamus autem ne & pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione. At quin siue possidet creditor actor, idemque hæres rem, siue non possidet: videamus de effectu rei, etsi possidet, nulla actione a fideicommissario conueniri potest, neque pignoratitia, quoniam hęreditaria est actio: neque fideicom-* B *missum quasi minùs restituerit, rectè petetur; quod eueniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem retineat, & hic Seruiana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cùm amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, & solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*

Hic vides illa verba postrema: *Remanet ergo naturalis obligatio propter pignus*. Quæ significant propter alia obligationem esse confusam, sed remanere propter pignus quod & superiora verba indicant, illa scilicet: *Respondi aditione hęreditatis obligatio quidem cófusa est.* Confusione igitur tollitur personalis obligatio, non realis: & ratio est. vt inquit Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tract. 9. quia confusio personarum non mutat C causam rerum. l. Cùm quis. §. vlt ff de solutio ibi: *Quamuis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.*

Dices valdè iniquum videri, si hæres rogatus sit hæreditatem restituere, quod sibi debetur, deducere non possit, præsertim verò si coactus adierit hęreditatem, vt in illa specie d. l. Debitor. Respondeo, iniquum nó esse; quia primo inuentarium facere poterit, & actiones erút saluæ: Secundò, quia si non coactus adijt hęreditatem, detrahere potest quartam partem ex Trebelliano. Tertiò, quia cogi non poterit adire, nisi quidquid sua interest, & omne damnum & lucrum à fideicommissario farciatur, vt in l. Apud Iulianum. ff. ad Trebell. & sic etiam id, quod sibi debetur, petere potest ex hæreditate deduci: Si ergo non petierit id deduci, sibi imputare debebit

Ex hac autem conclusione nostra perspicuum est, rectè respondisse eos, qui dixerunt, deduci ab hęrede posse aduersus fideicommissarium, bona ipsi hæredi debita D ex causa fideicommissi; item bona dotalia siue dotes Ná constat, bona ex fideicommisso debita vendicari posse eueniente conditione. l. pen §. Sin autem C. commu de leg. & pro dote actio hypothecaria competit l. Vn C. de rei vx act quare eiusmodi actiones tanquam reales, hæreditatis aditione non confunduntur.

Cæterum actiones merè personales confunduntur, vt dictum est, nisi hęres coactus adire, cautione in id, quod interest, petita sibi prospexerit.

Huic conclusioni non obstant argumenta cómmunioris sententiæ. Nam quod attinet ad d. l Debitor. iam responsum est, & satis clarè demonstratum, nisi fallor, ea lege, personalem obligationé confundi hęreditatis aditione, non autem realem.

Quod verò attinet ad l. In imponenda. & ad l. Irritú. C. ad leg. Falcid. nihil aliud dicút, nisi in ponenda ratione legis Falcidiæ, deductionem, & computationem fieri eius, quod defunctus hęredi debuit, & contrà: hoc ideo,

quia

quia initur ratio omnium bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, perinde atque si ea bona, quæ tunc fuerunt, nunc quoque essent, nec vlla confusio superuenisset ex aditione hæreditatis. Mortis autem tempore fuit es alienum, vel nomina debitorum, quę propterea vel in bonis numerantur, vel ex eis deducuntur.

Ad tertiam argumentum respondeo, hęredem nõ teneri fideicommissario vltra vires hæreditatis, id concedo; sed non inde rectè infertur eum deducere posse id, quod sibi debetur. Nam remedium habet, quo suæ indemnitati prospiciat, licet actio personalis confundatur, vel ex deductione Trebellianici quadrantis, vel si coactus adierit, vt curet sibi ab ipso fideicommissario caueri, quod nullum damnũ patiatur, iuxta Legem, Apud Iulianum. ff. ad Trebellian. & consequenter, ut quod sibi debetur, soluatur, aut deduci ex hæreditate permittatur.

Ad postremum argumentum respondeo, in fideicommisso non contineri hæredis grauati iura & bona; & sic etiam nos dicimus, reales actiones & iura in rem non confundi: sed confunduntur tamen personales actiones, nisi vel inuentarium sit confectum, vel curet hæres se non aliter ad adeundam hæreditatem cogi, quàm si omne damnum & lucrum sibi à fideicommissario refundatur.

CAPVT XXXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an in solidum teneatur, ad præstandum legatum alimentorum?

ALimenta iudicis arbitrio taxanda & moderanda, vt secundùm personę dignitatem, & patrimonij quantitatem, regionisque consuetudinem ea decernat, & ex alijs causarum circumstantijs, in confesso est apud omnes, vt per Menoch. de Arbitr. iudicum, casu 169. Iam verò facti species hęc proponitur, Testator alimenta legauit, hæres institutus inuentarium non confecit, legatarius ea petit sibi præstari absolutè ac in solidum: Hæres excipit facultates esse exiguas, & secundùm illarum modum esse præstanda, quæritur quid iuris. Respondet Baldus in l. Voluntatis. C. de fideicõmissis præstanda esse arbitrio iudicis secundùm quantitatẽ, & vires patrimonij & hæreditatis. Sequitur Aretinus in rubr. ff. de acquiren. hæred columna tertia, versic. Vnde Alexander ibidem in fine. Vitalis in tract. de Clausulis, titu. Nil nouari inuentarij confectione pendente: numero 56. versi. Quintus casus.

Fundamentum est; quia hæc est legitima interpretatio legati alimẽtorum, ad quam testator respexisse intelligitur Nec inuentarij omissio obstare potest; quia hæres inuentarium conficiens non tenetur ad plus pręstandũ, quàm legati qualitas exposcat.

Cęterùm hæredem inuentarium non conficientẽ in solidum teneri ad alimenta legatario præstãda, Iason existimauit in l. vlt. § Etsi pręfatam. in 4. limit. C. de iure deliber. Natta in consilio 387. num. 9. Cotta in Memorial. in vers. Inuentarij confectio. Addentes ad Matthesilanũ singul. 157. nu. 6 & alij, quos refert & sequitur Rolãdus à Valle de cõfectione inuentarij. in vltima parte. 8. Quid si testator.

Fundamentum est; quia hęres inuentarium non conficiens in solidum tenetur creditoribus & legatarijs, vt in d. §. Etsi pręfatam. & in Nouella de hęredibus & Falcid. §. Si vere non fecerit, quia pręsumitur subtraxisse res hæreditarias; Ergo in solidum præstare debet alimenta; quia hæreditas præsumitur esse sufficiens pro alimentis à testatore relictis.

Ego in posteriorem hanc sententiam facilè descen-

A derem, si verum esset illud, quod in argumẽto adfertur, nimirum hæredem inuentarium non conficientem pręsumi subtraxisse res hæreditarias: sed vereor, vt verum sit: Nemo enim præsumitur delinquere. l. Merito. ff. pro socio. Nec Iustinianus in d. Nouella. de hęred. & Falcid. hoc dixit, hæredem videlicet pręsumi aliquid ex rebus hęreditatis subtraxisse, sed dixit: *Ne per ea, quę fortè subtraxerunt, inducere tentent Falcidiam.* Itaque, si hęres velit Falcidiam deducere eo nomine, quod legata dodrantem hęreditatis excedant, id vetat Imperator, hæredi exprobans culpam, cur non fecerit inuentarium? Posset enim fieri, vt hæres bona aliqua subtraheret; deinde diceret, bona non esse sufficientia, nec remanere sibi Falcidiam. Ad occurrẽdum huic fraudi nõ quidem à legumlatore pręsumptæ, sed ne committatur, verenti ac timenti mandat inuentarium confici. Sicut exempli causa: Ne circa testamenta fraudes committantur, lex multa introduxit solennia, & numerum testium, & alia; non tamen
B rectè quis dixerit testamentum conditum non adhibitis tot solennibus, statim falsum præsumi. Nullum quidem erit, sed non falsum statim præsumitur. Itaque hæres, qui inuentarium non confecit, in solidum quidem tenetur creditoribus & legatarijs, sed non tenetur nisi secundùm legati qualitatem & naturam. Et ideo in proposita specie concludo priorem sententiam probabiliorem videri. Et tãtò magis, si hæres, qui non confecit inuentarium, paratus esset probare, non alia in bonis hæreditarijs relicta esse à testatore, quàm ea, quæ ipse fatetur & indicat: Tunc enim valdè iniquum esset illum condemnare in solidum ad præstanda legatario alimenta, non habita ratione rerum hæreditatis, quæ verè constat fuisse tempore mortis testatoris, atque ita sentio.

CAPVT XXXV.

C

Si filius patria potestate aliter, quàm per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Episcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per Matrimonium contractum, vbi ex consuetudine, vel statuto Ciuitatis liberatus esse intelligitur a patria potestate, an pater vsumfructum amittat bonorum aduentitiorum & maternorum.

OMisso nunc inuentario hæredis, de quo sat multa diximus, ad patremfamilias reuertamur. Filius liberatur patris potestate per Patritiatus honorem, vel Episcopalem dignitatem. § Filiusfamil. in Inst. Quibus mod. ius patriæ potestat. sol. Auth. Sed Episcopalis. C. de Episcop. aud. Multis etiam in Ciuitatibus cõsuetudo, vel statutum extat, per Matrimonium ab ipso filiofamil. contractum patriam solui potestatem; Quæritur, an pater vsumfructum amittat, quem habet in bonis
D aduentitijs & maternis, iuxta Legẽ primam, C. de bonis maternis. Lege cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. Videntur mihi pugnantes Doctorum sententiæ. Nã multi dixerunt, patrem non amittere vsumfructum, licet filius patria potestate liberetur propter dignitatem, vel Episcopalem, vel Patritiatus honorem, vel aliam qualitatem, vt videre licet ex Ascanio Clemente de patria potestate, cap. 6. effectu 2. nu. vigesimotertio. Rursus multi affirmarunt, patrem vsumfructum amittere, si filius patris potestate liberetur per Matrimonium contractum, vt intelligi potest ex Boerio decis. 197. nu 6. 7. & 8. Dominico Cephalo in consilio 423. nume. 54. libro tertio, Ioan. Schneidew. ad titu. de patria potestate, numero quadragesimoseptimo, & ibi etiam VVesembec. & de consuetudine Lusitaniæ. Pinello ad l. 1. C. de bonis matern. in 1. parte, nu. 39.

Fundamentum prioris sententię est in l. vltima. C. ad

Tertyll.

Tertyl. & in l. 2 C de vsufruct. quibus legibus probatur, cessante patria potestate per mortem filij, non cessare vsumfructum patri quæsitum: & ratio illa adsertur, quia cessante causa non cessat effectus, quando iam est consummatus & perfectus. l. vlt ff. vnde liber Bart. in l. 2 §. vlt. ff. de donat. Sed hic effectus est consummatus; quia patri eius quæsitum est, ergo licet cesset patria potestas, non debet amitti.

Istis non obstantibus posteriorem sententiam longè probabiliorem esse iudico, & moueor, quia id videtur esse legibus nostris consentaneum, & rationi quoque; vt filius sui iuris effectus integro iure bona sua obtineat; nec eorum vsufructu careat, cùm pro patrefamilias habeatur. Id probatur primò ex l. Cum oportet. § Cum autem. C. de bonis, quæ lib. Ex qua lege ita argumentari licet: Si pater non amittere vsumfructum iam acquisitũ filio eius potestate liberato, nulla ratio adferri posset, cur, si per emancipationem filius eius potestate liberetur vsumfructum omnium bonorum pater non retineret: Neque enim minus iuris pater habet in bonis filij eum emancipando, quàm si aliter, quàm per emancipationem patria potestas tollatur: imò plus iuris habet, siquidem in præmium emancipationis dimidiam partem habet vsusfructus, vt in d. l. §. Cum autẽ. Cùm igitur per emancipationem factam pater vsumfructum non retineat, sed illam duntaxat dimidiam, quam in præmium habet emancipationis; inde argumentum sumi potest fortissimum, nullum vsumfructum patrem retinere soluta patria potestate aliter, quàm per emancipationem: tunc enim nullum præmium patri debetur; quia ipse nõ est causa, vt tollatur patria potestas, sed filius liberatur patris potestate legis beneficio.

Secundò, nam certum est vsumfructum patri deberi ratione patriæ potestatis. l. Cum oportet. C. de bonis, quę liber ibi: *Eorum vsusfructus apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat.* Et quod ad bona materna attinet, illud est certissimũ; quia dos materna ad filios spectat, tanquam hęredes matris, l. Vni. §. Illa procul dubio. C. de rei vxo. act. & ideo pater nihil iuris habere potest, nisi ex pactis nuptialibus, vt ibi dicitur, vel ex statutis lucrum dotis ipsi deferatur, alioqui ijs cessantibus nullum ius habet, nisi quoad usumfructum, & id ratione patrię potestatis: Est enim necesse, vt inde illud ius oriatur, cùm aliunde non possit oriri, & subrogatum est in locum plenę acquisitionis, quæ olim patri deferebatur, bonorum filij, vt in §. Igitur liberi nostri in Instit. Per quas personas nobis acquiritur.

Denique, si pater vsumfructum retineret in bonis filij, quia iam sui iuris effectus est, nõ liceret filio ea bona obligare, uel alienare sine patris consensu. argum. l. vlt. §. Filijs autem familias, C. de bonis, quę lib. Quod tamen est absurdum, cùm filius sit dominus, & sui iuris iam effectus, & pro patrefam habeatur, & contrahentes quodammodo deciperentur; qui nullum patris consensum exigerent.

Non obstant argumenta contrarię sententię. Nam quod ad l. vlt. C. ad Tertyll. attinet, & similes, quibus dicitur, mortuo filio patrem nihilominus retinere vsumfructum respondeo, illam facti speciem longè differre ab hac nostra, quãdo scilicet filius viuit, & sui iuris effectus est: tunc enim rationi conuenit, ut ipse sua bona possideat, & eis vtatur, ac fruatur, non pater, ex cuius sacris solutus iam est. At cùm mortuus est filius, tunc nihil obstare potest patri superuiuenti, quo minus vsumfructum bonorum filij aduentitiorum retineat in dies vitę suę.

Quòd verò dicebatur, cessante causa non cessare effectum, qui iam consummatus & perfectus est, vt maximè verum sit, (est autem generale brocardicum) non potest ad speciem hãc nostram accommodari, quoniam, si locum in quęstione nostra haberet, sequeretur patrem vsumfructum acquisitum ex patria potestate non amit-

A tere, licet filium emanciparet: quia uidelicet effectus acquisitionis erit iam perfectus, & consummatus, quod tamen est falsum, & contra l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis, quæ liber. ubi datur tantùm patri dimidia in præmium emancipationis ipsius vsusfructus.

CAPVT XXXVI.

Hęreditatis diuisio, an peti possit post longissimum tempus.

COhæredes in communione manserunt triginta annis, postea unus alterum ad diuisionem prouocat hæreditatis, utrum sit audiendus? Negauit semper Accursius existimans longissimi huius temporis spatio actionem familiæ herciscundæ tolli in l. 1. §. Nemo. in

B uerb. Communi diuidundo. C. de annali except. & in l. 1. vers. Cohæredibus. ff. Famil. bercisc. & alibi, Accursium secuti sunt Iacobus Butrig. Baldus, & Angelus in dicto §. Nemo. & alij nonnulli ex antiquioribus, quos commemorat Iason in §. Quædam. numer. 28. in Institut. de action.

Fundamentum uerò est in d §. Nemo. vbi Imperator ita dicit: *Nemo itaq; audeat, neq; actionem familię herciscundę, neque communi diuidendo, neque finium regundarum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse XXX. annis interpretari.*

Nec obstat, si dicatur, neminem inuitum in communione retineri posse. l. ult. C Commun. diui. Item, si conueniat, ne omnino a diuisione discedatur, huiusmodi pactum nullas uires habere. l. In hoc iudicium. §. Si conueniat ff. Commun. diuid. Ergo, nec uires habere temporis præscriptionem: quia respondetur in aliquibus ca-

C sibus esse constitutum, ut quis inuitus in communione retineatur, ut in l. ult. ff. de alien. iud. mutan. causa fact. & in l. Pupillorum. ff. de rebus eorum, qui sub tuto. Et consequenter idem, & in proposito casu constituendum uidetur propter longissimum tempus. Et licet illud pactum non ualeat, non tamen sequitur præscriptionem non ualere.

Cæterùm affirmarunt diuisionem peti posse, non obstante longissimi temporis lapsu in specie facti supra dicta, magis communiter Doctores, quos sequor: Bartolus in dicto §. Nemo. & ibidem Cynus. Baldus sibi non constans in l. ult. C. fin. regund. Iason alios adducens in d. §. Quædam. nume. 31. in Institut. de actio. & ibidem Zasius nu. 10. Quorum fundamentum est in d. l. ult C. Commun. diuid. ubi nemo inuitus cogitur in communione permanere.

Ad textum in dict. l prima. §. Nemo. C. de annali except. respondent familiæ herciscundæ actionem uitam

D longiorem XXX. annis non habere, *Ex quo ab initio competit, & semel nata est*, ut inquit ibi Imperator. Sed actio ista non oritur, nisi ex uoluntate cohęredum, qui uidelicet diuidere uolunt hæreditatem: & ex eo tempore competit, quo alter alterum ad diuisionem prouocauit. Verùm donec communiter, ac pro indiuiso bona possident, non oritur actio ista: quare nec lapsus triginta annorum ex eo tempore, quo in communione cohæredes bona possident, inducere potest præscriptionem, & actionem extinguere: sed requiritur lapsus triginta annorum ex eo tempore, quo cohæredum alter diuidere uoluit, & alterum ad diuisionem prouocauit.

Hanc responsionem Accursius non ignorauit, & ideo semper eam confutauit, dicens: Actionem famil. hercisc. oriri ex quasi contractu, ut in §. Item si inter aliquos in Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. non autem ex uoluntate hæredum.

A Et reuera non eſt bona reſponſio. Nam Familiæ herciſcundæ actio oritur ex legibus XII. tabularum. Namque cohæredibus volentibus à communione diſcedere, neceſſarium videbatur aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res hæreditariæ diſtribuerentur. l. 1. ff. Familiæ herciſcundę. Et ſine dubio competit ex eo tempore, quo hæreditas eſt adita. Nam hæc actio eſt mixta in rem & in perſonam, vt in §. Quædam in Inſtit. de actio. In rem dicitur, reſpectu portionis hæreditatis, quæ ad ipſum cohæredem pertinet: quia cohæres vẽdicat dominium rei ſuæ, ſcilicet hæreditatis portionem ad ſe pertinentem. In perſonam autem dicitur, reſpectu portionis alterius cohæredis. Etenim in diuiſione fienda hæreditatis, neceſſe eſt alteri cohæredũ attribui pro diuiſo, quod alterius cohæredis erat pro indiuiſo; quod tamen viciſſim debitum eſſe dicitur cohæredibus, & ideo inde oritur actio in perſonam, & etiam ex perſonalibus præſtationibus, B vt in l. Item Labeo 25. §. Familiæ. ff. Famil. hercíſc. ibi; *Conſtat ex duobus, id eſt, rebus & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones.*

Ad argumentum igitur, quod ſumitur ex d. §. Nemo. reſpondetur, illum textum ita eſſe accipiendum, vt actio Familiæ hercíſc. non habeat longiorem vitam XXX. annis, quando ſcilicet cohæres, cui illa competit, non eſt in poſſeſſione bonorũ pro indiuiſo, ſed aduerſarius eius, ſcilicet cohæres, omnia bona poſſidet hæreditatis: tunc enim poſt elapſos XXX annos excluditur talis cohęres, qui tanto tempore non prouocauit ad diuiſionem, nec ſuam hæreditatis portionem vendicauit. Exemplum: Titius & Caius cohæredes exiſtunt Sempronij defuncti. Titius ſolus hæreditatem totam poſſidet, Caius id patitur, nec interpellat eum prouocando ad diuiſionem; labitur tempus longiſſimum XXX. annorum: Poſtea ad diuiſionem illum prouocat. Non poteſt, quia actio Familię herciſcundæ ex longiſſimo tẽporis lapſu ſublata eſt, qua C re meritò excluditur. Hæc eſt ſententia d. § Nemo.

Et ratio eſt manifeſta; quia ſine poſſeſſione non procedit vſucapio c. Sine poſſeſſione de reg. iur. lib 6. Ergo, ſi Titius non poſſideat vniuerſa bona hæreditaria, non poterit ea vſucapere, ſeu præſcribere longiſſimo tempore. Et hoc eſt illud, in quo lapſus eſt Accurſius memoria, nã cùm videret perſonales actiones tolli ſpatio XXX annorum, & actionem Familię herciſcundæ perſonalẽ eſſe, non eſt recordatus etiam realem eſſe: & licet actio in rem tollatur præſcriptione longiſſimi temporis, non tamen in propoſita facti ſpecie tolli poſſe; quandoquidem ambo cohęredes pręſupponuntur in communione manſiſſe, & ideo ambo poſſediſſe pro indiuiſo res hæreditarias: conſequenter locum eſſe non poſſe pręſcriptioni in fauorem eius, qui non poſſidet, & in pręiudicium eius qui poſſidet, & ideo neceſſe non habet bona vendicare: nec ſi maneat in cõmunione, & pro indiuiſo poſſideat, dici poteſt negligens; ideo enim petit, quia & ipſe ſuam D habet portionem. Non petit autem diuiſionem, quia libenter in communione manet, ſciens quandocũque voluerit, ſibi licere alterum cohęredem ad diuiſionem prouocare, iuxta l. vlt. C. commu. diui.

CAPVT XXXVII.

Tractatur controuerſia inter Legiſtas & Canoniſtas circa diuiſionem hæreditatis, an illa ſic inſtituenda ſit, vt maior diuidat ex fratribus & minor eligat?

Canoniſtæ docent, ita hæreditatis diuiſionẽ inter fratres exequendam eſſe, vt maior diuidat, minor eligat. authoritate tex in c. 1. de Parochijs. in illis verbis: *Ita vt ille diuidat, qui amplius temporis in Epiſcopatu habet, & minor eligat* Item teſtimonio S. Auguſtini de ciuitate Dei, lib. 16. cap. 20. ita dicẽtis: *Hinc fortaſſis eſſe cta eſt inter homines pacifica conſuetudo, vt quando terre-*

A *norum aliquid partiẽdum eſt, maior diuidat, minor eligat.* Locutus eſt autem ibi S. Auguſtinus de diuiſione Loth & Abrahæ fratrum, & verba Abrahę, qui erat ſenior, recenſuit, dicẽtis ad Loth: *Si tu in ſiniſtram, ego in dextrã: vel ſi tu in dextram, ego in ſiniſtram.* quod quidem teſtimonium S. Doctoris munitum authoritate veteris, uel noui Teſtamenti, Canoniſtæ dicunt præferendum eſſe cuicunque conſtitutioni, vt per Gloſ in cap. De libellis. 30. diſtinct. & habetur apud Gratianum 36. quęſtione 2. cap. Placuit.

Legiſtę cõtra iudicis, ſiue arbitri officio diuiſionis hęreditatis negotium committunt; & quod ab eo definiri non facilè poteſt, ſorte dirimendum cenſent. l. 4. & 5. 6. l. In hoc iudicio ff. Famil. hercíſc § Si familię. in Inſtit. de off. iud. & argum. l. Si duobus C. commu. de leg.

Vide Hoſtienſem, Ioan. Andr & Butr. in d cap. 1. de parochijs. Iaſonem in l. 1. nume. 39. ff. Si cert. petat. & in B §. Quædam. numero 62. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 116. numero 14. vbi dicit, Conſuetudine Germaniæ in Camera Imperiali approbata receptum eſſe, vt ſenior fratrum diuiſionem pro ſuo arbitrio bona fide, & ex æquo faciat, & minor natu eligendi prærogatiuam habeat. Aliquid etiam per Cuiacium ad l. 2. C. quando & quib. quarta pars. lib. 10.

Ego conſuetudinem, vbi illa viget, ſeruandam eſſe nõ dubito: Iure autem ſi agatur, Canoniſtarum ſententiam pręferendã cenſeo in foro Eccleſiaſtico, & Summi Pontificis ditione temporali, Legiſtarum in foro Cęſaris Neque enim Canones hac in re vlli extant, qui leges abrogent. Nec exemplum Abrahæ & Loth generale cõtinet præceptum, cui neceſſariò parendum ſit; ſed ex eo orta eſt conſuetudo illa laudabilis, ut frater maior diuidat, minor autem eligat, ſicut S. Auguſtinus loquitur: non autẽ dicit pręceptum datum eſſe generaliter, vt ita fiat ab omnibus, & frater minor illam habeat pręrogatiuam.

C

CAPVT XXXVIII.

Hæreditas, ſi delata ſit filio alicuius furioſi, an poſſit abſque conſenſu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri acquiratur?

SI hęreditas delata ſit filiofamilias, cuius pater ſit furioſus, vtrum poſſit adiri à ſolo filio, ita vt non acquiratur patri emolumentum, non vulgaris eſt cõtrouerſia. Negantem ſententiam amplexi ſunt Bartolus & Caſtrenſis in l. Cum hæres. ff. de acquir hęred. & ibidem Angelus, Imola, Romanus & Aretinus, Iaſon in l. Qui in aliena. §. Interdum. numero 13. ff eod. Crauetta ad l. Cùm filio. in 2. parte. numero 13. de leg. 1. Sed contrarium docuerunt Cumanus in d. l. Cùm hęres ad finẽ. Socinus in l. Cùm filio. numero 14. Verſ. Vel fortè ſpe-D lius. de leg. 1. & Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis in 1. par. num. 6x.

Prioris ſententię fundamẽtum eſt in d. l Cùm hęres. Martianus: *Cum hæres inſtitutus erat filius, & habebat patrem furioſum, in cuius erat poteſtate interponere ſe ſuã beneuolẽtiam diuus Pius reſcripſit, vt ſi filiusfam. adierit, perinde habeatur, ac ſi paterfam adiſſet. Permiſit itaque ei, & ſeruos hæreditatis manumittere*

Poſterioris argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Antiſtius 62. §. vlt ff de acquiren. hæred. Iabolenus: *Furioſus acquirere ſibi commodum hęreditatis ex teſtamento non poteſt, niſi ſi neceſſarius patri aut domino hæres exiſtat: per alium autem acquiri ei poteſt, veluti per ſeruum, vel eum, quem in poteſtate habet.*

Secundum eſt ex l. Patre furioſo ff de his, qui ſui, vel alieni iuris ſunt, vbi dicitur patriam poteſtatem manere, licet pater ſit furioſus. Ex quo ſequitur effectum etiam manere ipſius patriæ poteſtatis, vt per filium patri etiam furioſo acquiratur.

Tertium

Tertium est ex l. vlt. §. Quæri potest. ff. Quis ordo in bonor. possess. ser. vbi probatur filiofam. non acquiri bonorum possessionem, nisi pater approbauerit, & textus loquitur de patre furente, ibi: *Patre ita absente, &c. Vel etiā furente*, Et rursus, ibi: *Tamen non ante acquireretur, quàm pater comprobasset?*

Nec id repugnat (vt obiter id addam) l. Cùm hæres ff. de acquiren. hæred. quia ibi acquiritur hæreditas, adirique potest ex gratia Principis, non ea mero iure, vt patet ea illis verbis: *Interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, &c.*

Alia quædam argumenta Pinellus adfert. quæ non videntur mihi vrgere: nā quod adfert ex l. penul. ff. de Curatore furioso, non est solidum, quia illa lex non dicit id, quod Pinellus testatur, vt quilibet ex ea facile cognoscet.

Respondet Bartolus distinguendo, vtrum filius adeat sponte hæreditatē, an verò iussu Curatoris patris furiosi. Priore casu dicit sibi acquirere ex d. l. Cùm hæres. Posteriori acquirere patri ex d. l. Antistius. Addit Paulus Castrensis rationem, nimirum hæreditatem commoda, & etiam onera continere, & ideo æquum non esse, vt pater ignorans oneribus hæreditarijs, propter filij aditionem, sit obstrictus.

Ego puto vnà cum Pinello, non eam esse sententiam d. l. Cùm hæres, ut filiofam adeunti hæreditatem acquiratur emolumentum, & non patri, in cuius potestate est licet furiosus sit. Primò, quia hoc illa lex non dicit, quod tamen dicere debuisset, si ea erat mens; quoniam iurisconsultus nouerat filium in patris potestate esse, licet furiosi. Item sciebat effectum acquisitionis, quem producit patria potestas, & ideo casus ille verbis claris & disertis excipiendus erat a regula generali, quod tamen factum non est. Secundò, quia textus mentionem facit gratiæ diui Pij concedentis filiofam. vt adire possit hæreditatem, & perinde habeatur, ac si pater adiuisset: non censetur autem id concessisse in præiudicium patris, cui hęreditas acquirebatur neque enim solet Princeps aliquid vni largiendo, alteri præiudicare. l. s §. Meritò ff. pro socio. Tertiò, quia textus dicit Imperatorem filiofam permisisse, vt seruos hæreditatis manumitteret. Certè nō erat opus ea permissione, (quod ante me Pinellus notauit) si filius, dominus esset hæreditatis Quartò, quia hæc interpretatio repugnat d. l. Antistius. §. vlt. vbi patet, patri furioso commodum hæreditatis quæri per filium. Et parum probabilis est illa explicatio, vt intelligatur, quando filius cum consensu curatoris patris furiosi adiuit; non autem, quando sponte filius adiuit ex Principis gratia, cuius fit mētio in d. l. Cùm hæres Nam verba d. l. §. vlt. optimè cōueniunt, & aptari commodè possunt vtrique casui, cùm videlicet etiam sponte filius adiuit. Postremò, quia ratio Pauli Castrensis existimantis non esse iustum, vt onera hæreditaria transeant patrem furiosum & ignorantem, non habet multum ponderis: quoniam hæc disputatio, qua de agitur, tūc solùm incidere potest, cùm curator patris furiosi vult agnoscere hæreditatē & eius onera subire; si enim nolit, & filio adeunti relinquat hæreditatis commoda & incommoda, cessabit omnis dubitatio. Filio enim tūc soli adeunti hæreditatem Principia permissu totum acquiretur emolumentum ex hac repudiatione, pręsertim nouissimo iure. l. vlt. C. de bonis. quæ lib. Cùm itaque fundamentum d. l. Cùm hæres super quo sententia primo loco relata nititur, non sit satis firmum, non vereor posteriorem sententiam longè probabiliorem esse affirmare, eamque priori anteponere.

A

CAPVT XXXIX.

Quomodo sit accipiendum, quod dicitur in l. ult. §. Vbi autem in unum, C. de bonis, quę liber. uidelicet patrem legitimam administratorem bonorum filij aduentitiorum, mouere & excipere actiones posse adhibito filij consensu.

IMperator Iustinianus ita statuit: *ubi autem uoluntas eorum* (scilicet patris, & filij) *in unum concurrit: & pater usumfructum, & filius habeat proprietatem, & in agentibus, & fugientibus pater quidem suscipiat actiones, & moueat, cuiuscunque ętatis filius inueniatur: Adhibeatur autem filiorum consensus, nisi adhuc in prima ętate sint, &c.* in l. ult. §. Vbi autem. C. de bonis. quæ liber.

B Controuersia est autem, quomodo illud sit accipiendum, quod de consensu filij adhibendo pręcipitur. Et ratio dubitationis oritur, ex l. 1. C. de bonis matern ubi Cōstantinus nulla mentione facta consensus filij ita constituit: *Parentes autem penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debens tuendę rei diligentiam adhibere: & quod iure filijs debetur, in examine per se, uel per procuratorem poscere; & sumptus ex fructibus impigrè facere, & litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tanquam eis integrum perfectumque dominium acquisitum fuisset, &c.*

Hic nullum uerbum, quod filij consensus adhibendus sit a patre; ut meritò dubitetur, cur eiusmodi consensus à Iustiniano requiratur in d. l. ult. §. Vbi autem.

Controuersia est, dixi, quomodo id accipiendum sit. Et prima est sententia Bartoli in d. §. Vbi autem consensum filij in constituendo procuratore non requiri: quia C dum filius consensit patri in aditione hęreditatis, uidetur etiam tacitè consentire, ut procuratorem constituat.

Hæc sententia refellitur ex uerbis dict. §. Vbi autem. Nam Iustinianus ibi loquitur de filio, & patre in unā uoluntatem concurrentibus circa aditionem hęreditatis, & tamen requirit filij consensum, dicens: *Adhibeatur autem filiorum consensus, &c.* Ex quo patet nō sufficere consensum præstitum circa aditionem hæreditatis.

Secunda est sententia Angeli in vlt. §. Pupillus. ff. de verb. oblig. patrem absque consensu filij constituere posse procuratorem, argum. l. 1. C. de bonis mater. nisi de nuda proprietate lis instituenda sit: tunc enim etiam filij consensus erit adhibendus; & ita accipiendum, quod habetur in d. §. Vbi autem.

Sed huic sententiæ repugnant uerba d. §. Vbi autem. quibus exigitur filij consensus nulla distinctione adhibita inter proprietatem, & vsumfructum.

Tertia est sententia, distinguendum esse inter procuratoris cōstitutionem, & alios actus iudiciales. Pater itaque procuratorem absque consensu filij constituere D potest, ut in d. l. 1. C. de bonis mater. ubi nullum uerbum de consensu filij adhibendo: sed actiones mouere, & suscipere non poterit, nisi filij consensus interueniat. Ita Baldus & Castrēsis in d. l. vlt. §. Vbi autem. C. de bonis quæ liberis. qui textus non loquitur de procuratore, sed de actionibus mouendis uel suscipiendis. Eandem sententiam secutus est Pinellus alijs adductis in l. 1. C. de bonis mater. in 2. part. sub nu. 66.

Sed obstat, quod etiam in l. 1. C. de bonis matern. textus loquitur de actionibus mouendis, & excipiēdis a patre, ut patet ibi: *In examine per se vel per procuratorem poscere.* Et rursus ibi: *Et litem inferentibus resistere.* Et tamē nulla fit mentio consensus filij in hoc adhibendi. Rursus obstat quod hæc distinctio inter procuratorem, & alios actus iudiciales, rationē nō habet diuersitatis, cur potius in vno, quàm in altero casu filij cōsensus adhibendus sit. Et quod Pinellus dicit maius esse periculum in agendo

vel defendendo, quàm in procuratore constituendo, nihil mouet: quia hæc sunt paria, agere per se, vel per procuratorem, & ideo in procuratore constituendo idem periculum versatur; Imò aliquando maius tam propter mandati formam, quàm etiam propter ipsam personam procuratoris, vt sit idoneus & non suspectus.

Postrema est sententia, vt mihi videtur, vera & communior; textum in l.1. C. de bonis mater. declarandum & supplendum ex l.vlt. §. Vbi autem, C. de bonis quæ lib. nempe patrem agere posse, & defendere, & procuratorem constituere, vt in d.l.1. Sed tamen adhibito consensu filij, vt in d §. Vbi autem. Hæc sanè interpretatio nullam habet difficultatem, quia non est nouum, vt una lex per aliam declaretur, suppleatur & interpretetur. Ita docuerunt Innocentius in cap. Accedens. de procurat. Imola & Aretin in l.vltima. § Pupillus. ff de verborum oblig. Angelus in § Actiones, numero 4. in Instit. de act. Romanus in consilio 241. numero 10. Capella Tholosana decis. 105. Et hanc esse magis receptam Legistarum & Canonistarum sententiam, alijs adductis authoritatibus, fatetur Pinellus loco proximè citato. Quamobrem & ipse eam sequor.

CAPVT XL.

Possitne paterfam. absque Prætoris decreto, res aduentitias filij, ob æs alienum distrahere?

SCribit Salicetus in l. Præses. C de Transact. patrem legitimum administratorem bonorum aduentitiorum filij alienare non posse absque decreto Prætoris bona immobilia, etiam causa æris alieni soluendi, argumento sumpto ex legibus, quibus idem in patre tutore filij constitutum est l.3. C. de Prædijs minor. l. Si pupillorum. §. Si pater. ff de rebus eorũ, qui sub tut. vel cur. sunt. Eandem sententiam tuetur ibi Iason nu. 5. & pro eius confirmatione præter alia perpendit verbum ritè, in l. vltima, §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ liber. & adfert iuris regulam, quæ colligitur ex l. Si quando C. de inoff testamen. quoties licentia conceditur aliquid faciendi, intelligi debet adhibita iuris solennitate: Et ideo patri licentia concessa alienãdi bona filij aduentitia propter æs alienum, ita debet intelligi, vt iudicis decretum interueniat. In eandem sententiam propendet Curtius iunior ibidem numero decimoquinto, & eam secutus est Crotus in l. Frater à fratre numero tertio, ff. de cond. indeb. Cassaneus in Consuet. Burgundiæ, Rub. 6. § 5. numero 14.

Sed hæc sententia facilè refelli potest perpenso textu d l.vlt § Sin autem æs alienum C de bonis quæ lib. Cuius verba hæc sunt: *Sin autem æs alienum ex defuncti persona descendit: Cùm etiam apud veteres hęc esse substantia intelligatur, quę post detractum ęs alienum superfederit: habeat pater licentiam ex rebus hęreditarijs, primum quidẽ mobilibus, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus, sufficientem partem nomine filij venundare, vt illico reddatur ęs alienum, & non vsurarum onere pręgrauetur.*

Hic ego perpendo tria. Primùm licentiam expressè ab Imperatore concessam patri hoc in casu alienandi bona filij, non igitur decreto Prætoris opus habet: quid enim est aliud Prætoris decretum, quàm permissio alienandi? l.5 §. Non passim. ff de reb. eor.

Deinde hoc perpendo; licentiam ab Imperatore datam alienandi, causa addita, *ne vsurarum nomine pręgrauetur*, & modo siue ordine etiã adiecto, circa alienationem istam, nempe *ex mobilibus primùm, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus* In his autẽ potissimum versatur Prætoris diligẽtia & officium, vt scilicet excutiat, an aliunde possit æs alienum solui, quàm ex immobilibus. Quare frustrà in hac re Prætoris decretũ desideraui, cũ in ea agenda modum & formã Imperator designauerit.

Tertiò, animaduerto nullam fieri mentionem decre-

A ti iudicis seu Prætoris in hac alienandi licentia ab Imperatore data: & sanè non immeritò. Nam lex confidit multum de patris prudẽtia, hoc in casu potissimùm, quoniam ipsius patris interest, vt res filij tam mobiles quàm immobiles conseruentur, & si fieri possit non alienentur; quia & ipse pater in his habet vsumfructum, quamobrem non dubitat lex, quin alienatio à patre facta in vtilitatem filiorum cessura sit.

Contrariam itaque sententiam, decretum scilicet non requiri, probabiliorem esse iudico, quam amplexus fuit Azo, & receptissimam esse Pinellus testatur allatis authoritatibus in l.1. C de bonis matern. in 3. par. nu. 21.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nam quod attinet ad primum, illud locum habet in patre tutore filij emancipati: nos autem loquimur de patre legitimo administratore bonorum filij, qui plus iuris habet; habet enim vsumfructum, & alienandi potestatem à le-
B ge propter æs alienum simpliciter, & absolutè secundùm formam legis, nulla mentione facta decreti adhibendi, vt dictum.

Ad secundum respondeo, solennitatem hoc in casu aliam non requiri, quàm à lege positam, ut scilicet causa subsit æris alieni dissoluendi. Item vt primum ex mobilibus, &c vt in d § Sin autem æs alienum.

Ad tertium ex verbo, *ritè*, respondeo, non esse in textu: quod si in aliquibus exemplaribus habeatur, significat ordinem seruandum à patre in ipsa alienatione fienda, nimirum, ut primùm mobilia distrahantur, tum immobilia; non autem significat iudicis decretum: quia hoc in casu nec à lege requiritur, nec necessariũ videtur.

CAPVT XLI.

Ad l. lege obuenire. 130. ff. de verb sign & l. 3. §. De illo ff pro socio.

C VLpianus *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex testamento defertur: quia lege 12 tabularum testamentariæ hæreditates confirmantur.*

Paulus. *De illo quæritur, si ita societas coita sit, vt si quę iusta hæreditas alterutri obuenerit, communis sit, quę sit iusta hæreditas? vtrum quę iure legitimo obuenit, an etiam quę ex testamento; & probabilius est ad legitimam hęreditatem tantum non pertinere.*

Iam controuersia oritur, quomodo hæ responsa accipienda sint. Nam si non impropriè legitima hæreditas dicitur apud Vlpianum, quæ ex testamento defertur, ergo & apud Paulum respondendum videbatur etiam hęreditatem ex testamento delatam in ea specie conneсti. Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ, quas hic ordine recensebo, tum eligam, quæ mihi probabilior vibidetur.

D Prima est sententia Iasonis in l. Vn. num. 8. C quando non peten. part. distinguendum, vtrum à lege, vel ab homine prosferantur hęc verba: Si à lege, tunc etiam testamentaria hæreditas intelligitur; si verò ab homine, tunc intelligitur ea, quæ ab intestato defertur.

Refellitur à multis hæc interpretatio, quia nec rationẽ affert vllam diuersitatis inter verba hominis, & verba legis: quia non est satis rationi consentanea, cùm verba hominis accipienda sint secundùm interpretationem legis.

Secunda est sententia communior cæteris, Vlpianum loqui secũdum latiorem significationem verbi: Paulum verò secundùm strictam & propriam. Ita omnium primus docuit Accurs in l. Legitimum. 8 ff. de pent. hęred. Decius & Cagnol ad d l. Vn. C. quando non peten. par. latè Bellonus lib. 3. Supputationum iuris; cap. 7. & Pinellus ad l 2. nu. 7. C. de bonis matern.

Huic sententiæ obstare vidẽntur illa verba Vlpiani: *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit,*

& eam

& eam quæ ex teſtamento defertur. Et ideo Alciatus ſemper communem hanc ſententiam impugnauit, arbitratus tam quæ ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur, hæreditatem legitimam propriè dici, vt latè proſequitur lib. 4. Paradoxorum, cap. 7. & in commentarijs d.l. lege obuenire. A

Tertia igitur eſt ſententia ipſius Alciati locis annotatis, legitimam quidem hęreditatem vocari, tam eam, quę ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur: ſed iuſtā hæreditatem eam appellari, quæ ab inteſtato defertur: Et de ea Paulus locutus eſt, non autem de legitima: *Igitur ſciendum eſt*, inquit, *iuſtum non ſimpliciter dici quod a iure peruenit: ſicut quod à lege legitimum: ſed eò amplius dictio hæc eam habet emphaſim, vt illud ſignificet, quod omni ex parte perfectum eſt, & cui ad rem, de qua agitur, nihil deeſt.* Et infrà: *Itaque vt ad rem redeamus*, inquit, *iuſtam hæreditatem iuris author definiit, quæ ab inteſtato capitur: quoniam ea non ex lege ſolùm, ſed & naturali ratione ex bono, & æquo debetur.*

B Sed Alciatum refellunt locis ſuprà annotatis Pinellus, & Bellonus eo argumento, quòd frequentius in iure iuſtum accipiatur pro legitimo, veluti iuſta ætas, id eſt, legitima l. Cum filio. in fine. de leg. 3. Iuſta poſſeſſio pro ciuili. l. Quod ſeruus. ff. de acq poſſeſ. Iuſtus filius pro legitimo, ſiue adopt. l. 2. ff. de adopt. Imò & iuſta vxor dicitur, quæ ſolo reſcripto Principis vxor fit. l. Si ſenatori. ff. de ritu nupt.

Ego ex pręmiſſis ſententijs ſecundam ordine relatam communiorem, ut dixi, eligo, & pro eius confirmatione, adſero primùm Cuiacium nouiſſimè ad lib. 32. Pauli ad Edictum, vbi tractans locum illum, l. 3. § De illo, ſcribit: *Ergo vt legitima, ita iuſta hereditatis nomine ſignificatur tantum ea quæ obuenit ab inteſtato, non quæ ex teſtamento, quamuis etiam ea ſit legitima: ſed legitima propriè ea dicitur, quæ ex ſola lege defertur, ſine teſtamento, ſine voluntate defuncti: iuſta quæ ex ſolo iure defertur.* C

Secundo adſero Fornerium in commentarijs d.l. lege obuenire. ff. de verb. ſign. qui præclarè hanc ſententiam confirmat. Et totam hanc rem eleganter explicat. Eius verba hæc ſunt: *Etenim ſi verum amamus, ea demum legitima dicetur hęreditas, quę a lege 12. tabularum, Edictis S C. vel qua alia iuris parte ab inteſtato defertur, l. 3. § De illo pro ſocio. l. penult de ſtatu hom § Cęterum ſi. de legitim. agnat. ſucceſſ. l. 11. Is autem. de iure patron. l. 11. Capitis. de ſuis & legitim. hęred. l. 1. l. 2. ad S. C Tertyl l. 6 quia l ſeq. Si quis omiſſa cauſa teſtam. l 8. legitima. de petitio hered. l. 26. ſi cum. de neg geſtis l 47. ſi pater de fideicom. libert. l. 10. Pater de capt. l 3. de interd. & releg Vnde ſit vt teſtamētaria ac legitima hereditas inuicem, ſicut hæres legitimus ac teſtamentarius, perpetuò opponantur. d. §. De illo l 14. Cōtrouerſia de Tranſact. l. penult de except. rei iud l. 82 ſi quis omiſſa cauſ l 9. Proponebatur. de Caſtrenſi peculio l. 77. Cum pater. § Filius de leg 2. l. 29 ſtatu liberi. de ſtatu lib. l. 12. ſi quis. §. Famus. de relig.* D *Non ſecus ac teſtamentaria tutelæ legitimę ex aduerſo reſpōdet, vt quamdiu illa ſperatur, hęc ceſſet: legitimos tutores nemo dat: ſed lex 12. tabularum legitimos tutores facit. l. 11. ſi quis ſub. l. 27. Idem. de teſtam. tut l. 1. l. 5. l ſeq de leg. tuto. Teſtamentarius igitur hæres minus propriè legitimus. l. 15 Nam ſi l ſeq de inoff teſtam imò non legitimus perſpicuè vocatur l. 24 Generaliter. de fideic. libert. Veruntamen propter confirmationem legis, non adeo impropriè lege obuenire videtur, & ea, quæ teſtamento defertur hereditas.* Hactenus Fornerius qui paulò ante illa verba enarrans d. l. lege obuenire: nempe *non impropriè. Vt inter velle, & nolle*, inquit, *medium, & interiectum eſt non nolle: ſic & inter propriè, & impropriè eſt non impropriè.*

CAPVT XLII.

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis.

CONtrouerſia eſt circa l. 3 C. de bonis maternis: interpretationem; an pater uirilem uſusfructus portionem conſequatur, tanquam vxoris hæres, & quaſi vxori ſuæ ſuccedat; an verò per ipſos liberos, quos emancipauit. Nam Baldus, Salicetus, & Corneus dixerunt per liberos eam portionem acquiri. Sed Io. Faber, Cyn. Fulgoſ. & Caſtrenſ virum in ea portione uxori ſuccedere contendunt, & ante eos Accurſ. in uerba, Præſcripta, dicens, *nota caſum in quo vir ſuccedit vxori in aliquo.*

Poſteriorem hanc ſententiam ſecutus eſt Pinellus in commentarijs d l. 3. eo potiſſimùm argumēto, quod auo paterno competit hæc portio cum nepotibus ex filio emācipato natis poſt emancipationem: & ſic quos auus in poteſtate non habuit, nec in eos beneficium cōtulit: Item, quia datur etiam eadem portio auo materno cum nepotibus, quos nec habuit, nec habere potuit ſub poteſtate; & ſic patet auum hæredum, maritumq; defunctæ ſuccedere ex beneficio legis, non autem per nepotes id acquirere, cùm eos nunquam habuerit in poteſtate, deficiatq; illud neceſſarium poteſtatis fundamentum, quo parenti per liberos acquiri ſolet.

Sed priorem ſententiam ego puto eſſe probabiliorem, & ſic exiſtimo, ſi bona obueniant filio iam emancipato materna, patri concedi virilem portionem uſusfructus, non tanquam in hac parte hæredi vxoris ſuæ, ſed munus capienti à lege oblatum reuerentiæ patris manumiſſoris, ut uerbis utar Cuiacij in paratitlis illius tituli.

Non obſtat argumentum Pinelli, quia notanda ſunt uerba textus: *Nam licet hoc nouum*, inquit, *preſens lex conſtituat in nepotes; non tamen abs re eſt, vt in hoc caſu deteriores eſſe nepotibus filij non ſinantur.* His enim uerbis indicat textus in nepotibus, & alijs ad quos extenditur legis conſtitutio, non habere locum rationem huius beneficij; quia propter emancipationem patri collatum eſt à lege; ſed tamen idem nihilominus ſtatui alia ratione, ne ſcilicet abſurdum ſequatur, ut filij deterioris conditionis exiſtant nepotibus. Quaſi dicat, cùm in filiorum præiudicium ſit conſtitutum, ut pater emolumentum illud conſequatur uirilis portionis uſusfructus ob memoriam beneficij in filios collati emancipationis; æquum bonum eſt, etiam in præiudicium nepotum idem ſtatui.

CAPVT XLIII.

Hęreditatem petens ab inteſtato, tanquam conſanguineus, an probare teneatur ſe proximiorem eſſe.

IS, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus ſiue conſanguineus defuncti ab inteſtato, utrum neceſſe habeat probare ſe proximiorem eſſe: an uerò ſufficiat ei probare ſe cognatum, uel conſanguineum. Nō eſt parui momenti controuerſia, aliquibus affirmantibus ſufficere conſanguinitatis ſeu cognationis probationem, aliquibus contrà aſſerentibus docendum eſſe de proximiori gradu. Authorum nomina utriuſque ſententiæ, & loca diligenter, & copioſè refert Couuar. lib 2 uariar. reſol. capit. 6. & poſt eum Ioſephus Maſcardus de probat. volum 3. concl. 1245 qui ſi tam accuratè fundamenta iuris expendiſſet, omnia opera noſtra ſuperuacanea uideri poſſet. Nos igitur laborem eius in Authorū catalogo conſcribendo laudantes, argumenta adferemus, eaque expendemus pro more noſtro, & pro ſtudioſorum utilitate: non ingratum nos facturos arbitrati viris doctis, &

eruditis, qui non ex Authorum numero, sed ex momentis rationum iuris controuersias expendere soliti sunt ac definire. A

Igitur qui putant hoc sufficere, vt consanguinitas cognatiove iudici probetur, adducti in eã sententiam sunt, Primùm ex l. Si scriptum C. de probat. Diocletianus: *Si scriptum hæredem ab amita tua, vel testamenti vitio, vel quacunque alia ratione non posse obtinere hæreditatem, probare à te posse confidis: de hac hæreditate apud Rectorem prouinciæ agere potes.*

Hæc lex non iuuat sententiam istam, tantùm enim hoc vult, cognatum agere posse, & hæreditatem petere; nihil autem textus dicit circa probationem, qualis esse debeat, & sine dubio præsupponit eum, qui agit, proximiorem esse amitæ suæ.

Secundò, ex l. Amitæ. C. commu. de successionibus; quæ lex nihil ad rem nostram pertinet, declaraturque & restituitur a Cuiacio libro 12. obseruat. capitulo septimo, Non ego frustrà huc verba eius adferam, cum facilè legi possint, & nihil prorsus contineant, vnde argumentum sumi possit. B

Tertiò, ex l. Si auiæ. C. de successorio edicto. quæ nihil ad rem facit: hoc enim dicit, si is, qui in quarto gradu constitutus est, non petat, uel non rectè petat bonorum possessionem, eum, qui est in quinto gradu, admittendum esse. Hoc autem cum proposita quæstione nihil commune habet.

Quartò, ex l. Ex facto §. penul. ff. ad Trebell. vbi hoc perpenditur, quod non sit necesse probare grauatum decessisse sine liberis; quia *si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo filius simul cum patre perierit, magis est non defecisse conditionem* (fideicommissi) *quia non est verisimile filium superuixisse patri.*

Hoc autem nil ad Rhombum, bona doctorum pace: quid enim hæc res commune habet cum quæstione nostra? Nostra quæstio est, an probandus sit gradus proximior eius, qui hæreditatem petit tanquam cognatus, Vlpianus scribit patre, & filio simul pereuntibus, non deficere conditionem fideicommissi, quod patri scilicet iniunctum erat, si absque liberis moreretur; quia non præsumitur filius superuixisse patri. Longo hæc res distat interuallo ab eo, quod quæritur in specie proposita, ut patet, qua de re latè Couuar. libro secundo, variar. resol. capitulo 7. C

Quintò, ex notatis in Glos. l. Cum de lege ff. de probat ubi textus dicit. Cùm de lege Falcidia quæritur, hæredis onus esse probandi, locum esse Falcidiæ; Glos. autem ibi dicit hæredem hoc probare; *Si probet tot esse legata, & tantùm esse in bonis: etsi legatarij dicunt tantum apud hæredem manere, quod sufficiat ad Falcidiam, ipsi debent probare.*

Sed mirum quantum hæc res distet à quæstione nostra: ego certè sic censeo, tam aliena argumenta, & ex diuersis conflata, cõfutatione apud viros graues, & doctos non egere.

Sextò, quia cum aliquis tanquam consanguineus hæreditatem petit, uerisimile est, si alij extarent proximiores, petituros esse, quare, si nulli alij petant, credendum est non extare; & consequenter consanguineo eam petenti attribuenda est. D

Sed responderi potest accidere posse, ut alij extent proximiores, qui absint, uel ignorent hæreditatem sibi delatam; & consequenter argumentum non est satis firmum.

Septimò ex eo, quod difficilè probari potest hæc negatiua, ut loquar cum nostris doctoribus, nempe proximiores alios non extare. Et ideo rarò possent cognati, & consanguinei hæreditatem obtinere.

Sed responderi potest, difficile quidem id futurum, si necessariæ probationes requirerentur; sed quæ est difficultas ex ijs testibus, qui consanguineum esse petitorem hæreditatis, & cognatum testificantur, intelligere, alios non extare cõsanguineos defuncti proximiores? Testes, qui ad hæc probanda adhiberi solent, plerumque sunt vicini, eiusdem ciuitatis, & tales, qui sicut eum nouerunt, qui hæreditatem petit, esse cognatum, ita facilè alios non extare scitent. Est enim hæc negatiua satis coarctata loco, tempore & personis, & idcirco non ita difficilis eius probatio uidetur.

Postremò, quia quod alij extent proximiores consanguinei, ex facto pendet: Quod autem in facto consistit, non est præsumendum, sed probandum. l. In bello §. Factæ. ff. de capti.

Responderi potest, non præsumi quidem alios extare: sed tamen, quia, ut extarent, fieri posset, eius esse partes id probare, quod non extent, qui in eo suam intentionem fundat.

Nec obstat id, quod replicatur, non incumbere onus probandi ei, cui militat iuris præsumptio: Nam negatur militare iuris præsumptionem pro actore. Aliud enim est dicere, non esse præsumendum alios extare proximiores, quod sponte nos fatemur: aliud uerò præsumendum esse, non extare: quod ideò negamus, quia iure non probatur: est enim hoc incertum, extent necne alij proximiores. Quamobrem ei, qui dicit non extare, onus probandi incumbit.

Contrarium igitur sententiæ fundamentum est præcipuum, quia is, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus, sine dubio dicit, se in aliquo gradu coniunctum fuisse defuncto, puta in tertio, quarto, quinto, &c. Ergo ex hoc apparet alios caruisse in proximiori gradu: neque enim potest vnus in tertio, uel quarto gradu coniunctus esse, nisi alij in secundo, & propinquiori fuerint coniuncti. Debet igitur hæc duo probare, se in eo gradu coniunctũ esse, & alios, qui præcesserunt non extare. Nam præsumuntur extare, & adhuc uiuere.

Sed certè, quòd præsumantur extare, vel adhuc uiuere, non uidetur mihi satis iuri consonum. Et ideo magis semper placuit vitam, vel mortem ab eo probandam esse, qui eam allegat, ut declarat Couuar. lib. 2. variar. resolut cap. 7 nu. 6. & nos aliàs diferemus.

Existimo itaque hanc sententiam, quæ docet, probandum esse proximiorem gradum, probabiliorem esse ex communi regula iuris: quemlibet probare debere id, quod est fundamentum suæ intentionis. l. Actor. C. de probat l. In illa Hoc inte ff. de verb. oblig. l pen. §. Docere. ff. ne quis eum, qui, &c.

Hoc est autem actoris intentionis fundamentũ, quod sit proximior. Nam hæreditates a lege non deferuntur simpliciter cognatis, & consanguineis, sed proximioribus. Iustinianus Nouella de hæredibus ab intestato venient. §. penult. *Si verò, inquit, neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum uniuscuiusque gradus prærogatiuam, ut uiciniores gradu ipsi reliquis præponantur.*

CAPUT XLIV.

Tractatur controuersia de eo, qui fideicommissum petit sub conditione relictum, si institutus absque liberis decesserit: an teneatur probare grauatum absque liberis decessisse?

TEstamento hæres institutus rogatus est per fideicommissum, si absq; liberis moriatur, hæreditatem Caio restituere: Vtrum Caius hærede defuncto, hæreditatem ex fideicommisso petẽs, probare teneatur, eum absque liberis decessisse? Non teneri, sed potius eum, qui asserit hæredem superstitibus liberis decessisse, id probare debere, Authores sunt Bartol. & Angel. in l. Ex facto §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Alex. in consi. 39. lib. 1.

lib. 1. Paulus Caſtrenſis in conſilio 387. libr. 1. Decius in conſil. 578 non procul à principio. Alciatus de Præſumpt. Regula prima, Præſumpt. 49. alios citat Maurica de coniecturis vltimarum voluntatem, lib. 11. tit 4 & poſt eum Maſchardus de probat. vol. 1. concl 343. & lib 3. conclu. 1344. vbi latiſſimè & nouiſſimè Menochius de Præſumptionibus, lib 4. Præſumpt. 182. nu. 5.

Argumenta ſunt iſta: Primum ex d. l. Ex facto. §. Si quis autem ff. ad Trebell. Vlpianus: *Si quis autem ſuſceperit quidem filium, verum viuus amiſerit, videbitur ſine liberis deceſsiſſe: Sed ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſſu, vel quo alio modo ſimul cum patre perierit: an conditio defecerit videamus? Et magis non defeciſſe arbitror: quia non eſt veriſimile, filium eius ſuperuixiſſe. Aut igitur filius ſuperuixit patri, & extinxit conditionem fideicommiſſi; aut non ſuperuixit, & extitit conditio. Cum autem quis antè, & quis poſtea deceſſerit, non apparet: extitiſſe conditionem fideicommiſſi magis dicendum eſt.*

Hæc poſtrema verba pro hac ſententia adferuntur. Nam ſi pronunciandum eſt in dubio fideicommiſſi conditionem extitiſſe; Ergo pronunciandum eſt in dubio hæredem grauatum abſque liberis deceſſiſſe, atque adeò fideicommiſſi conditionem euenìſſe.

Secundum argumentum eſt; quia quod quis decedat abſque liberis, congruit cum primo ſtatu naturali hominis: Hæc enim eſt qualitas, quæ ineſt cuilibet ab initio, quia non habet liberos, quare is qui contrarium dicit, probare debet.

Tertium argumentum eſt; quia quod aliquis liberos habuerit, in facto conſiſtit, & præſupponitur vxorem quoque habuiſſe, & eos ſuſcepiſſe, ac ſuperſtites reliquiſſe, quæ omnia non præſumuntur, ſed probari debent. l. 1. C. de probation. l. Adſeueratio. C. de non num. pec.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus, Imola, Alexander & Ripa in d. l. Ex facto §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Et fundamentum eorum eſt: quia vnuſquiſque tenetur probare id, in quo conſiſtit ſuæ intentionis fundamentum, vt in l. In illa, in l. Ita ſtipulatus §. Quod ſi initio. ff de verb. obligat. l. pen. § Docere. ff. ne quis eum, qui in ius vocat. eſt vi ex im. l. actor. C. de proba. Sed hoc fundamentum intentionis actoris, quod hæres grauatus fideicommiſſo abſque liberis deceſſerit; quia ſub illa conditione, ſi videlicet abſque liberis decederet, grauatus fuit, ergo id probare debet.

Couuar. lib. 2. variar. reſol cap 7. num. 7. & poſt eum Mantica loco ſuperius annotato, diſtinguunt hanc rem in aliquot caſus.

Ego vero in poſteriorem hanc ſententiam lubens deſcendo, omiſſa caſuum diſtinctione, quocunque enim modo res proponatur, exiſtimo actorem fideicommiſſariũ probare debere hoc, quod eſt ſuæ intentionis fundamentum, nempe grauatum hæredem abſque liberis deceſſiſſe: Dixi actorem fideicommiſſarium; Nam ſi is ſit reus, & in poſſeſſione bonorum, & aduerſarius auferre ei hæreditatem velit, eam ob cauſam, quòd dicat grauatum deceſſiſſe liberis ſuperſtitibus, non dubito, quin is probare debeat liberos ſuperſtites fuiſſe. Et in his terminis reſpondit Caſtrenſis dicto conſi 387. lib. 1. Excipio autẽ caſum, de quo loquitur Vlpianus in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. vt videlicet, ſi pater & filius perierint ruina, vel naufragio, locus ſit fideicommiſſo, quaſi in dubio filius prius deceſſiſſe præſumatur, vt ibi dicitur.

Cur autem in hanc potius ſententiam, quæ paucorum eſt, deſcenderim, illud effecit: quoniam in eligenda opinione hoc potiſſimùm obſeruare ſoleo, vt momenta rationum expendam, tum et ſententiæ adhæream, quæ ſolidiori nititur fundamento. Iam pro hac ſententia, quam ſequor, pugnat iuris regula, quæ docet actorem probare debere ſuam intentionem; Ergo fideicommiſſarius, qui eſt actor, probare debet grauatum hæredem abſque liberis deceſſiſſe. Hæc eſt enim intentio ſua, quia fidei-

A commiſſum illam conditionem habuit, ſi abſque liberis hæres moreretur, & conſtat fideicommiſſum, quod ſub conditione relictum eſt, non deberi, niſi conditio euenerit l. Legata 41. ff. de conditione, & demonſtratione cum alijs multis; Ergo, iuris rationi conuenit, vt id probetur ab actore fideicommiſſario, qui aſſerit conditionem eueniſſe; non autem ab aduerſario eius id negãte: Et enim onus probandi incumbit, qui dicit; non qui negat. l. 2. ff. de probat.

Contrà verò, ſententia prior, licet magis communiter recepta, nullo firmo nititur fundamento. Nam quòd attinet ad text. in l. Ex facto §. Si quis autem. ff. ad Trebell.

B ille ad quæſtionem iſtam non pertinet. Rectè enim ſumitur argumentum ex illo reſponſo, quoties dubiũ eſt, vter prior deceſſerit, pater an filius, præſumendum eſſe priorem patrem deceſſiſſe, vt fideicõmiſſo ſit locus; ſed non inde inferri poteſt in omnibus caſibus ita pronunciandum, alioquin eodem modo generalis inde ſumeretur concluſio, quod fideicommiſſum conditionale petẽs non teneretur docere, conditionem eueniſſe, quod tamen repugnat iuris regulis & rationi.

Cur autem in ea ſpecie, qua pater & filius naufragio, vel ruina perierunt, & ignoretur vter prior deceſſerit, illa interpretatio locum habeat, illa eſt cauſa; quia teſtator voluit hæreditatem peruenire, primò ad hæredẽ inſtitutum, deinde ad eius liberos, quos ſubſtituto prætulit, iuxta l. Lucius. ff. de hæred. inſtit. Tertiò ad ſubſtitutum Cùm igitur hæres deceſſerit, & filij non extẽt, quos teſtator prædilexit; extet verò fideicommiſſarius, ſiue ſubſtitutus, ad quem teſtator voluit hæreditatem filijs non extantibus peruenire, meritò, vt voluntas teſtatoris effectum ſortiatur, & ſeruetur, illa interpretatio adhibetur, ut ſi non conſtaret patrẽ prius deceſſiſſe, & res dubia ſit, locus ſit fideicommiſſo.

Et ſanè falluntur, qui putant vltima verba d. §. *Si quis autem*, non pertinere ad ſpeciem ibi propoſitam, cùm verba ſint clara. Nam poſtquam Vlpianus dixit, conditionem fideicommiſſi non defeciſſe, nec filium præſu

C mi patri ſuperuixiſſe, reſumens articulum, & ex omni parte eum tractans, ac expendens, tres caſus conſtituit: primum, ſi conſtet filium ſuperuixiſſe, & tunc, inquit fideicommiſſum extingui. Secundum, ſi conſtet, patrem ſuperuixiſſe, & tunc dicit conditionem extitiſſe fideicõmiſſi. Tertium, cùm non apparet quis antè, & quis poſt deceſſerit, id eſt, an pater, an verò filius, & tunc extitiſſe conditionem magis dicendum eſſe, reſpondit.

Quod autem ſecundo loco dicebatur, illam præſumptionem præualere, quod quis abſque liberis deceſſerit, quia conformitatem habeat cum primo naturali ſtatu hominis; quia ſcilicet, is natus liberos non habet, nihil mouere debet. Nam hæc eſt debilis admodum argumentatio, & nulla lege, nulla firma ratione munita. Homo in lucem editus vxorem non habet, non liberos; igitur nec poſtea præſumitur habuiſſe. Eiuſdem farinæ ſunt, quæ de paupertate dicuntur, quia naſcimur nudi, ideo non præſumatur quis diues. Sunt hæc brocardica

D planè, & parum probabilia, nec digna quæ pro deciſione controuerſorum iuris articulorum adferantur Cùm longè diuerſus ſit hominis ſtatus, qui poſtea ſequitur ab eo, quem primò habuit. Et frequenter vxorem ducat, liberos procreet, diuitias acquirat, & longè aliam, quàm initio habuit, conditionem conſequatur. Quo fit, vt incertũ ac obſcurum planè, exiſtat, an quis, abſque liberis, vel cũ liberis mortuus ſit; Et ideo is, qui dicit mortuum quempiam abſque liberis, probare tenetur; ſi iuris regulas magis ſequi, quàm leues coniecturas velimus.

Non procul ab his diſtat, quod tertio loco dicebatur, quæ in facto conſiſtunt, non eſſe præſumenda: Hæc autem in facto conſiſtere, quod quis vxorem duxerit, & liberos procreauerit, &c. Nam non dicimus præſumi quẽpiam liberos habuiſſe, ſed dicimus id incertum, dubiũ, & obſcurum eſſe, habuerit necne. Quare probationem

ei iu-

ei incumbere, qui dicit abſque liberis hæredem grauatum fideicommiſſo deceſſiſſe. Hic enim illud moneo, quod & in præcedenti capite, hæc inter ſe differre, quempiam non præſumi ſuperſtitibus liberis deceſſiſſe. Item quempiam præſumi mortuum abſque liberis. Prior propoſitio vera eſt. Nam cùm incertum ſit, an quis deceſſerit liberis ſuperſtitibus necne, non videtur temerè affirmandum, ac præſumendum, eum liberis ſuperſtitibus obijſſe. Poſterior autem propoſitio vera non eſt. Nam cũ id incertum ſit, an liberos reliquerit ſuperſtites necne, non eſt temerè affirmandum ac præſumendum non reliquiſſe: ſed veritas eſt inquirenda, & probandi onus actori, ſecundum regulas iuris, iniungendum videtur.

CAPVT XLV.

Controuerſia de pupillari ſubſtituto, qui probat mortem inſtituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigiſſe, vt obtineat?

AGit pupillariter ſubſtitutus impuberi teſtatoris filio, & probat mortem eiuſdem filij inſtituti; controuerſia eſt, an ſufficiat ea generalis probatio mortis, an verò neceſſe ſit probare eum in pupillari ætate deceſſiſſe. Et quidem probationem mortis ſufficere, nec requiri, vt probetur in pupillari ætate eam contigiſſe, reſpondiſſe fertur Baldus in conſilio quodam, incipiẽte, Ex parte contingenti. Quod ſanè reſponſum nemo hactenus in libris impreſſis inuenire potuit, ſed multi tamen grauiſſimi interpretes huius reſponſi mentionem faciunt, & hanc ſententiam amplectuntur, Socinus in conſi. 89 colum. 4. lib. 1. Decius in cap. In præſentia, nu. 30. de probat. Ioan. Bapt. a S. Seuerino in l. Precibus, nu. 58. C. de impub. & alijs ſubſtitut. & multi alij, quos commemorat Maſcardus de probat. vol 2. concl. 666. nume. 39. & volum. 3. concl. 1347. num. 4. qui tamen Maſcardus errauit in citanda deciſione 391. in vna Fulginatenſi apud Puteum, lib. 2. Dixit enim, Rotam ita determinaſſe, cùm tamen nil determinauerit, ſed vnus ex iudicibus dubitauerit: *An probata morte eius, cui facta eſt ſubſtitutio pupillaris, præſumatur mortuus in pupillari ætate* Rurſus non fideliter citauit Paulum Caſtrenſem in lege. Ex facto §. Si quis autem, ad Trebell. quaſi eiuſdem ſententię authorem, cùm tamen contrariam ſententiam amplexus videatur.

Fundamentum huius ſententiæ, quatenus mihi diligenter quærenti intelligere licuit, poſitum eſt in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell quatenus ibi pronũciatur locum eſſe fideicommiſſo, cùm incertum eſt, an prius pater deceſſerit, vel liberi eius. Præſumit enim lex prius liberos deceſſiſſe, vt locus ſit fideicommiſſo; Ergo & in propoſita ſpecie præſumẽdum videtur eum, cui pupillaris ſubſtitutio facta eſt, impuberem deceſſiſſe, vt locus ſit pupillari ſubſtitutioni, quæ fauorabilior eſt fideicommiſſo.

Contrarium reſpõdit Bartolus in conſi. 56. ad finem lib. 1. Couuar. lib. 2. variat. reſolut. cap. 7. num. 6. poſt eum alijs adductis, Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 5. tit 9 nu. 6. poſt Mãticam Maſcardus locis proximè citatis. Poſt Maſcardum Menochius de Præſumpt. lib 4 Præſumpt. 182. nu. 4.

Fundamentum eſt in iuris regula. Quilibet tenetur probare, quod eſt fundamentum ſuæ actionis, ſiue exceptionis. l. Actor. C de probat. l. 2. ff. de probat. l. In exceptionibus. ff. eod. tit. Sed hoc eſt fundamentum actionis inſtitutæ, quod is, cui ſubſtitutus eſt, impubes deceſſerit, vt patet; ergo ſubſtitutus id probare debet.

Ego nõ dubito, quin hoc ſit firmiſſimum fundamentum. Contrà autem vix quemquam ſummum puto, qui non facilè intelligat, quàm infirmum ſit alterius ſenten- A tiæ fundamentum, quamobrem poſteriorem hanc ſententiam veriorem puto, ipſeq; amplector.

Ad textum in d. l. Ex facto. §. Si quis autem reſpõdeo, non obſtare, nec pertinere ad rem noſtram. Primò, quia continet ſpeciem longè diſſimilem. Secundò, quia conſtare non poterat in illa ſpecie, an prius pater mortuus fuiſſet, vel eius liberi. In quæſtione verò noſtra conſtare poteſt, an is, cui facta eſt ſubſtitutio, mortuus fuerit impubes, vel pubes. Tertiò, quia hæc prędſumptio, quod quis impubes mortuus fuerit, non eſt legitima, nec veriſimilis; cùm vita hominis ſit longior plerumque, & vel centum, vel certè ſeptuaginta anni ordinarium vitæ curſum hominis conficiant.

CAPVT XLVI.

B *Hæreditatem petens tanquam proximior in ſucceſſione inteſtati, an probare teneatur eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito teſtamento deceſſiſſe.*

LIcet hanc controuerſiam diligenter poſt antiquos & nouos interpretes ad l. Si emancipati. C. de collat. exequatur Franciſcus Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 2. tit. 1. & ante eum Couuar. lib. 2. Variar. reſol. cap. 6. numero 5 & poſt eos Menochius de Pręſumpt. lib. 4. Præſumpt. prima, & Maſcardus de Probationibus, volum. 2. concl. 997. & volum. 3. concl. 1352. ſpicas tamen poſt optimorum meſſorum terga, & ipſe colligã nonnullas, ex quibus vera ſententia magis adiuuetur foueaturque.

Aio petentem hęreditatem probare debere ſe proximiorem eſſe defuncti, ac proinde a lege ſibi delatam hæ C reditatem; Nego incumbere illi probationem, teſtamentum a defuncto conditum non fuiſſe; Ego huius ſententiæ confirmatione non confugio ad l. Si emancipati. C. de collat. neque enim illa huc pertinet: nec ad vulgatum brocardicum illud: *Facta non præſumuntur*. Teſtamentum autem eſt quid facti, Ergo non præſumitur: nec ad alterum: Negatiuam non coarctatam *loco & tempore* probari non poſſe. Tum quia his brocardicis non multum fido; tum quia in decidendis controuerſijs, vbi leges non ſuppetunt, firmam iuris rationem valere oportere iudico. Ea verò hæc eſt: Defuncti hæreditas pertinet de iure ad proximiores eius, Iuſtiniano ita decernente poſt veteres legum authores in Nouella de hæred ab inteſt. veniẽt. §. Si verò neque fratres. Et in lege 12. tabularum antea conſtitutum: *Agnatus proximus familiam habeto.* l. Pronunciatio §. Familiæ. ff. de verborũ ſignificatione. Hanc propoſitionem nemo negat. Sed is, qui hæreditatem in hypotheſi noſtra petit, proximiorẽ ſe eſſe defuncti probat: Igitur ad eum pertinet hæredi- D tas defuncti. Fieri autem poteſt, vt is, de cuius agitur hæreditate, teſtamentum fecerit, ac in eo hunc proximiorem hæredem non inſtituerit. At ſecundum iuris regulas: *Ab ea parte, quæ dicit aduerſarium ſuum prohiberi ſpecialiter aliqua lege vel conſtitutione, id probari oportere*. Paulus reſpondit in lege. Ab ea parte. ff de probat. Ergo is, qui dicit, teſtamentum eſſe conditum, & alios hæredes inſtitutos eſſe, id probare debet: quia nihil aliud dicit, quàm proximiorem hunc prohiberi propter teſtamentum hæreditatem capere. Cur enim iſte legitimus hæres probare teneretur nullum conditum teſtamentum, cùm & ſi conditum eſſet, fieri tamen poſſit, (& frequentius fieri ſolet) vt in eo ſit hęres ipſe inſtitutus? Nunquid leges hoc exigunt ab actore, vt poſtquam intentionem ſuam probauerit, teneatur etiam probare nulla exceptione excludi eam poſſe? Non hoc exigunt: ſed vt reus ſuas probet exceptiones, præcipiunt l. In exceptionibus. ff. de probat. Ex quo apparet actori ſuffi-

sufficere suam intentionem probare: si enim reus exceptiones suas non probauerit, condemnabitur. Argumenta contrariæ sententiæ refert, & refellit satis luculenter Mantica, quamobrem ipse non refero, neque refello, ne actum agam.

CAPVT XLVII.

Ad c. Cum esses, de testamentis.

HAnc epistolam decretalem Alexandri tertij præclarè defendit Melchior Canus locorum Theologicorum libro sexto, capit. 8. Hoc nunc non agimus, sed iustam eius interpretationem inquirimus. Variæ & pugnantes sunt Doctorum sententiæ. Prima est Glossæ in verbo Improbamus, epistolam illam accipiendam esse de testamentis ad pias causas, iuxta eiusdem Pontificis Maximi responsum in cap. sequenti, & ita respondit Fulgosius in consi. 29. Paulus Castrensis in consi. 431. lib. 2. quibus & alij accesserunt à Neuzano citati in cons. 26. num. 16. & à Michaele Crasso de successionibus §. Testamentum, q. 56. in fine.

Verùm illud ipsum sequens capitulum hanc interpretationem euertit, quoniam in eo Summus Pontifex de relictis ecclesiæ loquens diuersam formam statuit ab ea, quam statuerat in dicto cap. Cùm esses. Nam in c. Cum esses, sic statuit, *testamenta, quæ Parochiani coram presbytero suo, & tribus vel duabus alijs personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma esse.* At in cap. Relatum sequenti: *Mandamus quatenus, cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis.*

Cùm itaque in relictis ecclesiæ duo vel tres testes sufficiant ex cap. Relatum. In alijs autem casibus duo vel tres testes requirantur vnà cum presbytero parochiali, ex cap. Cùm esses, perspicuum est, hoc postremũ capitulum non loqui de relictis ad pias causas tantùm, & consequenter idoneam non esse hanc primam interpretationem.

Secunda est interpretatio, quæ versatur in altero extremo, videlicet hanc decretalem accipiendam esse generaliter in omnibus legatis tam pijs, quàm profanis, & tam in foro seculari, quàm ecclesiastico; explosis iuris ciuilis solennitatibus tanquam legi diuinæ aduersantibus, quæ dicit: *In ore duorum vel trium stet omne verbum.* Et ideo non valeant ciuiles leges, quæ septem testes requirunt in testamentis. ita Host. Ant. Butr. & Abbas in dicto cap. Cùm esses. Alciat. in l. 1. in verb. liber sit stylus. C. de sacrosanct. eccl.

Refellitur hæc sententia à Couuar. in relect. dicto c. Cùm esses, quia dum lex diuina duorum vel trium testimonium approbat, indicat non sufficere vnius testimonium, non autem prohibet plures, quàm duos vel tres adhiberi, si ita reipub. expedire pro qualitate causæ videatur, & hoc est, quòd textus docet in c. Licet vniuersis, de testibus, sic dicens: *Licet quædam sint causæ, quæ plures, quàm duos exigant testes, nulla tamẽ est causa, quæ vnius testimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Tertia est sententia Alciati in cap. Nouit de iudicijs, num. 47. hanc epistolam locum habere in foro conscientiæ, non autem in foro iudiciali. Pro confirmatione huius sententiæ perpendit primò verba illa textus: Penitus rescinduntur. Visum enim est Pontifici Maximo iniquum esse, vt testamenta absque iuris ciuilis solennitate penitus rescinderentur, quia debebant sustineri saltem per denunciationem euangelicam, de qua in cap. Nouit de iud. quando veniens ab intestato haberet cõscientiam læsam. Secundò, rationem illam ex lege diuina: *In ore duorum vel trium stet omne verbum.* *Quæ*

A *ratio*, inquit, *fuit introducta, quoad forum conscientiæ*, vt apparet in euangelio. Tertiò, Alciatus animaduertit Summum Pontificem præsupponere talem in eo Episcopatu consuetudinem fuisse, vt testamenta rescinderentur, nisi cum subscriptione septem, vel quinque testium fierent; ergo Summus Pontifex loquitur de foro conscientiæ; non autem de foro contentioso: quia in foro contentioso talia testamenta non per consuetudinẽ, sed per legem rescissa fuissent. l. Si vnus. C. de testam.

Non placet hæc interpretatio; quia Summus Pontifex apertè ibi decernit, testamenta, quæ parochiani coram presbytero suo, & tribus, vel duabus alijs personis idoneis fecerint, firma permanere: *Et sub interminatione anathematis prohibet, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta.* Ergo, nemo poterit etiam in foro externo & contentioso aliter pronunciare, quàm sit à Pontifice constitutum. Nec obstant illa verba, *penitus rescinduntur*, quia hoc vult dicere Summus Pontifex, talia testamenta rescindi non debere, *sed firma permanere*, vt in
B verbis sequentibus postea decernit. Nec illa ratio, *quia in ore duorum*, &c. pertinet ad forum duntaxat cõscientiæ; sed etiam ad forum contentiosum, & externũ; quia duo testes vel tres regulariter sufficiunt cap. Forũ. § In omni quoque negocio. de verborum significatione lege. Vbi numerus ff. de Testibus licet in testamentis & vltimis voluntatibus ob iustas causas non sufficiant secundùm leges.

Quod verò Summus Pontifex illam consuetudinem Hostiensis ecclesiæ reprehendat, & per eam testamenta infirmari præsupponat, nihil mouet, quoniam absque vlla hæsitatione dicendum est, consuetudinem illam iuri consentaneam fuisse, quod ex verbis textus patet, dũ ait: *Secundum quod leges humanę decernunt.*

Postrema est interpretatio vera, communis, & vsu recepta, & ideo amplectenda; Summi Pontificis epistolam intelligendam esse, vt locum habeat in quibuscunque testamentis, & etiam in foro contentioso, tam eccle-
C siastico, quàm seculari: sed quantum ad forum seculare in ditione Summi Pontificis tantùm, in qua ius canonicum seruandum est, saluis iuris Cæsarei solennibus in testamento adhibendis, & legibus ea de re loquentibus in foro Cæsaris suum obtinentibus vigorem. Hæc interpretatio est consentanea verbis textus, rationi conueniens, & nihil ei obstare potest. Nam Summus Pontifex suis in vtroque foro subditis ferebat leges, Hostiensibus nẽpe ciuibus; ideo legem ciuilem, qua Imperatores in regionibus suis vtuntur, improbare noluit: sed iudices etiã laicos in ecclesiæ patrimonio, non secundum Imperatorum leges, sed secundum statuta canonum de testamentis iudicare. Nec enim æquum esse censuit, vt in rebus temporarijs adiudicandis tam solicin essent canones, quàm sunt leges, honestiusque esse iudicauit, in ciuitatibus & oppidis, quę in ecclesiæ iure ac dominio sunt, non legis ciuilis, sed canonum consuetudinem obseruari. Vide Couuar. in d. c. Cum esses. Clarum. §. Testamen-
D tum. quæst. 57. Mascardum de Probationib. vol. 3. conclus. 1352. nu. 27.

CAPVT XLVIII.

Hęres an pręsumatur habere notitiam testamenti postquam hęreditati se immiscuit.

CElebris est distinctio Bartoli inter suos & extraneos hæredes, vt extranei notitiam habere præsumendi sint testamenti à defuncto conditi; sui autem hæredes, haud quaquam: ita. ille docet in lege. Eius, qui in prouincia in V. notab. ff. si certum petat. & in l. Qui Romæ. § Duo fratres, in tertia quæstione ff. de verborum obligatione, & alibi. Alexand. in dicto. §. duo fratres, numero 53. & ibidem. Ripa & Crot.

Iason

Iason in d.l. Eius qui.num.4. Cagnolus ad l. Qui in alterius.nu.12 de reg iuris, quàm distinctionem impugnarunt Fulgosins, Paulus Castrensis, Crauetta, & alij, quos commemorant Rolandus à Valle, in cons.36.lib.2. Mascardus de Probationib. vol.2.concl 780. & concl. 849. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 19.in 1.parte, & isti latè & copiosè adferunt authores, qui Bartoli sententiá secuti sunt, eam communiorem esse profitentes, qua de re, non tam ipse solicitus sum, quàm vtra ex dictis sententijs iuri magis consona videatur.

Pro Bartoli distinctione, quãtum ad suos hæredes attinet, pugnare videtur regula iuris: Ignorantia præsumitur, nisi probetur scientia.l. Verius ff. de probat.c. Ignorantia de reg iur.lib.6. Deinde ratio illa, quòd cum ipso iure hæredes sint.l.3. C.de iure delib.§. Sui.in Instit. de hæred.qualit. & differ. siue testamentum conditum sit, siue intestatus parens decesserit, necesse non est vt testamentum inspiciant: & ideo nullla est causa, cur præsumere debeamus ipsos notitiam habuisse testamenti conditi.

Quantum verò ad extraneos attinet, quoniam hæredes non possunt esse aliter, quàm ex testamento, necesse est, vt sciant hæreditatem ex testamento delatam esse, atque adeò se institutos hæredes. Quare cùm viderimus eos immiscuisse se hæreditati, & pro hęredibus se gessisse; in consequentiam quasi necessariam existimare debemus eos notitiam testamenti habuisse.

Pro contraria autem sententia hoc argumentum adfertur. Sui hæredes beneficium habent abstinẽdi §. Sed his prætor.in Instit.de hæred.qualit. & differ. Quamobrem est perinde, ac si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent. l. Nam & emancipatus.de leg.1. Ergo ipso iure sunt hæredes non magis, quàm emancipati vel extranei. Et sicut clausis tabulis testamenti sui possunt hæreditatem adire.l.3.C. de iure delib. Ita etiam & extranei.l.Vn.§.In nouissimo.C.de cad.tollend Quare nõ videtur inter suos & extraneos, quantum ad hunc effectum attinet, constituenda differentia.

Respondet Alexander in l. Qui Romæ.§. Duo fratres post nu.53.ff.de verb.oblig *Si quęratur, an ad hoc, ut per immixtionem fiat filius in potestate cum effectu heres, adeò quod possit conueniri à creditoribus hęreditarijs, & quoad alios effectus, quos non operatur sola existentia suitatis: & uerum est, quod ad talem effectualem immixtionem requiritur illa eadem notitia testamenti, quę requiritur in emãcipato, uel in extraneo. Aut solùm quęrimus, an eo ipso, quod filius in potestate confitetur se simpliciter hęredem, etiam absque eo, quod dicat ex testamẽto uel ab intestato: uel ubi non apparet, quod dixerit se hęredem, aliquo modo pręsumatur habere scientiam contentorum in testamento; & sic non possit postea allegare se ignorasse contenta in testamento, & tunc dicendum est, quod non pręsumitur scientia.* Hactenus Alexander.

Sed certè doctores loquuntur, quantum ad effectualem immixtionem, vt ipse loquitur, verbi gratia, si quid
D hæres fecerit, promiserit, dixerit, tanquam hęres: & dicunt non præsumi notitiam contentorum in testamento, & fideicommissorum habuisse, si sit suus, puta per diuisionem hęreditatis factam, quæ sine dubio fit post immixtionem: & tamen dicunt renunciatum fideicommisso non censeri; quia non pręsumitur hęres suus notitiam habuisse fideicommissi.

Ego in hac controuersia sic statuo, si clausis tabulis testamenti adeatur hęreditas, prout adiri posse constitutum est in d.l.Vn.§. In nouissimo C. de cad.toll.tam in suis hęredibus, quàm in extraneis ignorantiam contentorum in testamento pręsumendam esse: quia cùm tabulæ sint clausæ, testamenti tenor proculdubio ignoratur.

Cęterùm, si non clausæ proponantur tabulę testamenti, puto scientiam præsumi, quia non potest hæreditas adiri, quantum ad hoc, vt oneribus hęreditarijs obbige-
A tur hæres (in quibus terminis hęc quæstio accipiẽda est) nisi hæres sciat an ab intestato, vel ex testamento fuerit delata: Item an purè vel sub cõditione institutus fuerit. Moueor ex l 22 ff.de acq. hæred. Paulus: *Nam vt quis pro hærede gerendo obstringat se hęreditati, scire debet, qua ex causa hęreditas ad eum pertineat, uelut agnatus proximus iusto testamento scriptus hęres antequam tabulę proferantur, cùm existimaret intestatò patremfamil mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, hęres tamen non erit.* Et ex l.32.ff eod tit. Vlpianus: *Sed etsi sciat, hæres, se hęredem institutum, sed utrũ purè, an sub conditione ignoret, non poterit adire hęreditatem, licèt purè hæres institutus sit, uel sub conditione, & paruerit conditioni.*

Si ergo adiri non potest hæreditas, nisi cognito tenore testamenti, nec antequam tabulæ testamenti proferantur, sequitur dicendum, si fuerit adita hæreditas, & hæres se obstrinxerit ad aliquid faciendum, præsumendum esse (si dicamus valere gesta ab hærede) ipsum cognouisse, ex qua causa sibi delata sit hæreditas, & quo
B modo hæres institutus fuerit, & consequenter testamenti notitiam habuisse: Neque enim verisimile est eum, qui vnam partem testamenti vidit, reliquas partes ignorare.

CAPVT XLIX.

An hęreditas repudiata esse intelligatur, cùm quis dixit, se nolle hæreditatem adire.

SI quis dixerit, se nolle hæreditatem adire; controuersia est, an videatur hæreditatem repudiare, vt videre licet ex Glos. & doctoribus ad l. Qui se patris.C. vnde liberi tam antiquis quàm recentioribus: & præterea ex Mantica de coniecturis vlt.volunt.lib.12. tit.14. Mascardo de Probat.vol. 2.conclus. 833. Menochio de Præsumpt.lib.4.Præsumpt.102.nu.5. Mihi & verborum
C naturam, & eorum vsum apud Iurisconsultos intuenti, probabilior eorum sententia videtur, qui dixerunt huiusmodi verbis repudiationem significari. Nam negari nõ potest, quin horum verborum ea sit vis, & significatio, quòd quis nolit hæres esse, & hæreditatem acceptare, consequenter quòd hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et cùm Paulus dicat: *Recusari hęreditas non tantũ verbis, sed etiam re potest, & alio quouis indicio voluntatis:* l Recusari. ff. de acq. hęred. non video, quod sit maius indicium voluntatis, quàm si quis dicat, se nolle hæredẽ esse, vel hæreditatem adire.

Sed Iurisconsultos audiamus, & verborum. & rerum optimos magistros. Paulus: *Filius, qui se nolle adire hęreditatem matris dixerit, an possit mutata uoluntate adire, antequàm consanguineus vel agnatus adierit, uidendum, propter hæc verba: Si nemo filiorum volet hęreditatem suscipere, quib extensiua sunt: & cum uerba extensiua sint, pœnitentia eius, vsque ad annum admittenda est, &c.*
D L. Filij.§.1.ff ad Tertyll.

Vlpianus: *Si nemo filiorum, eorumue, quibus simul legitima hęreditas defertur, volet ad se eam hęreditatem pertinere, ius antiquum esto. Hoc ideo dicitur, vt quamdiu uel unus filius uult legitimam hæreditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat. Itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiauerit hæreditatem, ei portio adcrescet.* L.1.§. Si nemo.ff ad Tertyll.

Vides quod dictum est: *Si nemo uolet ad se hęreditatem pertinere*, idem esse quod repudiare.

Vlpianus in l.1.§ Qui semel ff.de success. edicto. *Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, etsi tẽpora largiantur Vbi n noluit, iam cepit ad alios pertinere bonorum possessio, aut fiscum inuitare* Idem Vlpianus, paulò infrà: *Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit: tunc cęteris bonorum possessio perinde*

com-

competit, ac si prior ex eo numero non fueris.

Et quid est, quod scribit idem Vlpianus. l. Nolle. ff de acquir. hæred. *Nolle adire hæreditatem non videtur, qui non potest adire?* Nisi dicamus nolle adire hæreditatem, perinde valere, atque ipsam hæreditatem repudiare. Et quia is repudiare potest, qui potest acquirere lege. Is potest. ff. eodem titulo, rectè colligi, eum non videri nolle adire, hoc est, repudiare hæreditatem, qui non potest adire.

Denique huc etiam pertinet, quod scribit Paulus in l. In plurium. § vt. ff. de acquir. hæredit. *Et ideo dicendũ est, & in eo casu, si respondit, neutram hæreditatem ad se velle pertinere, bona defuncti à creditoribus possidẽda sunt.* Item quod respõdit Vlpianus in l. Si seruum. § Si quis suus. ff. eod. tit. *Si quis suus se dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amouerit, abstinendi beneficiũ non habet.* Et l. Filium. 60. ff. eod. ibi: *Nam filius emancipatus cùm hæreditatem testamento datam, ad se pertinere noluit, continuò ea ad substitutum hæredem transit.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, non hoc decidi his legibus & responsis, quod illa verba: *Nolo hęreditatem adire*, repudiationem significent, sed præsupponi hæreditatem repudiari, & de repudiationis effectu disputari, & responderi. Sed hoc ego contendo, verba illa ita à Iurisconsultis vsurpari, vt significent hæreditatis repudiationem, atque idem esse Iurisconsultis repudiare, & nolle adire hæreditatem; quòd sanè negari non potest.

Quod verò dicunt pro contrariæ sententię fundamẽto, hæc verba: Nolo adire hæreditatem, Nolo hęres esse, accipi etiam posse de eo hærede, qui liberare velit, quasi nondum deliberauerit, non tamen absolutè velit hæreditatem repudiare, nihil mouet. Potest enim huic rectè obijci, vt sententiam quidem suam retineat, sed alijs vtatur verbis: Nondum decreui hæreditatem adire, Nondũ adeo, Deliberabo. Hæc verba non significant repudiationem, & ad hæredem deliberare volentem pertinent: non autem illa: Nolo hæreditatem adire, neque enim includunt animum deliberandi, sed voluntatem indicant ab hæreditate adeunda alienam, quod voluntatis indiciũ sufficit ad repudiationem inducendam ad l. Recusari. ff. de acquir. hæred.

Quæ verò adferuntur leges pro huius sententię confirmatione, confutatione non egent, nihil enim iuuant eam sententiam. l. Nonnunquam. ff de collat. bonor l. Celsus §. vlt. cum l. seq. ff. de recept. arb. l. Quia poterat. ff. ad Trebell. & si quæ sunt aliæ, nihil iuuant eam sententiam, vt quiliber videre potest. imò ex l. Quia poterat. contrarium sumi potest argumentum, ex illis verbis: *Quia poterat fieri, vt hæres institutus nolit adire hæreditatem, &c.* Nolit adire, id est, repudiare: ideo cogi potest à fideicommissario, vt ibi dicitur.

CAPVT L.

His verbis: Volo hęreditatem adire, an censeatur adita hęreditas?

NOn censeri aditam hęreditatem his verbis ab hęrede prolatis: *Volo hęreditatem adire*, scriptum reliquerunt multi, ijque grauissimi authores, nonnullis tamen moderationibus adhibitis. Bartolus, in l. Gerit, nu. 10. ff. de acquir. hæredit. Menochius alios citans de arbitrarijs iudicum, casu 496. num. 21. & nouissimè de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 100. nu. 10. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 11. Mascardus de Probationibus, vol. 1. concl. 41. nu. 5.

Fundamentum est, quia non hæc videtur esse mens proferentis eiusmodi verba, vt tunc hæreditatem adeat, sed eiusmodi verbis significat se adire velle, scilicet alio

A tempore, sicut cùm quis dicit; *Ego volo eligere, testari, ire, agere*, non tunc eligit, nec testatur; sed in tempus futurum suam refert dispositionem.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus & Aretinus in d. l. Gerit. regulariter ex ijs verbis aditionem hæreditatis induci affirmãtes, quibus me socium adscribo. Etenim latum mihi uidetur esse discrimen inter aditionem hæreditatis, & alios actus, qui pro similibus adferri solent. Nam, verbi gratia, actus testandi non expeditur per solam & nudam voluntatem, quam quis habet testamentum faciendi: sed necesse est, vt ad rem ipsam, nempe ad testamenti confectionem procedat, & cum effectu testetur. Sic & electio sola voluntate non fit, sed requirit actum ipsum. Et si quis dicat, volo relinquere, & similia, requirit ista factum ipsum, & actum apparentem & realem. Verùm hęreditatis aditio non est huiusmodi, sed nuda voluntate expeditur. Paulus: *Gerit pro hęrede, qui animo agnoscit successionem.* l. Gerit. ff. de acquirenda hęreditate. l. Si auia, ibi: *Et sola animi destinatione pater tuus hęres fieri poterat.* C. de iure delib. Iusti-
B nianus in § vlt. in Institut. de hæredum qualit. & diff. *Potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate hęres fieri.* Quare si quis dicat. *Volo hęreditatem adire*, videtur mihi satis clarè suam voluntatem exprimere, & quia nuda voluntas sufficit, videtur eo ipso hæreditatem adire, & agnoscere: id fatentur Doctores contrariæ sententiæ, si quis dicat: *Volo hęres esse*, ex l. Iam dubitari. ff. de acquirenda hæred. Quæ igitur hęc est subtilitas, id negare, cùm quis dicit: *Volo hęreditatem adire?* Profectò hæc non differunt: qui enim vult hæres esse, vult hæreditatem adire; & econtrariò, qui vult hæreditatem adire, vult quoque hæres esse.

Denique, si vera est ea sententia, quam in capite pręcedenti posui, atque defendi, illa verba: *Nolo adire hęreditatem*, repudiationem indicare, non intelligo, cur & hęc sententia vera non sit, verba ista, *Volo adire hęreditatem* aditionem importare, atque significare. Aditio enim, & repudiatio ijsdem regulis consistunt. § vlt. in
C Institut. de hęredum qual. & diff. ibi: *Sicut autem nuda voluntate extraneus hęres fit, ita contraria destinatione, statim ab hęreditate repellitur*, & idem probat lex. Sicut. C. de repud. hęred.

Excipio speciem illam, in qua manifestè apparet, eum, qui dicit, *Volo hęreditatem adire*, non habuisse animum tunc adeundi, quod vix arbitror accidere posse, nisi quoties conditione annexa proferuntur illa verba, puta: Volo hęreditatem adire, si prius inuentarium fecero, eius vires comouero, si hoc vel illud erit. Alioqui certè mihi videntur illa verba tam apertè animum adeundi, & destinationem voluntatemq; significare, vt uix dubitandi mihi locus videatur, licet contraria sententia magnos ha bear propugnatores.

CAPVT LI.

D

Aditio hęreditatis an ex eo inducatur, quòd debita quis non soluerit?

SIt hęc facti species. Pater famil. dotem ab vxore accepit, ex ea liberos suscepit; Vxor moritur, liberis infantibus relictis, si nõ restituerit dotem acceptã, videtur filiorũ noie matris hęreditatem adire, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib. Similiter, si liberi grandiores nati, dotẽ matris defunctę (patre quoque mortuo) non restituant, videntur matris hęreditatem adire. Ita docuit Bartolus in l. nu. 28 ff de acquirẽda hęreditate; id ita sibi locum vendicare dicens, si filij ipsi ex hoc se hęreditatẽ adiuisse allegauerint, non si alij, aditę ab eis hęreditatis inde argumentũ attulerint. Bartolum secuti sunt quàmplurimi apud Manticam de coniecturis vltimar. volunt.

lib. 12,

lib. 12. tit. 13. & apud Menochium de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. cap. 1. nu 89.

Sed contrarium multi docuerunt, Baldus in l. 1. num. 40. C. Qui admitti. & alibi sæpe Salicetus in l. Cum antiquioribus, num. 3. C. de iure delib. Aretinus ad l. Gerit. num. 5 Zasius in l. Etsi contra tabulas, in fine ff. de vulg. & pupillari.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Primum est ex l. Recusari. ff de acquirenda hæreditate. Paulus: *Recusari hæreditas non tantùm verbis, sed etiam re potest & alio quouis indicio voluntatis.* Exemplum attulit Iacobus de Arena, cùm quis negligit res hæreditarias, & patitur eas interire; & sic ex non facto, vt Doctores loquuntur, induci potest repudiatio: ergo similiter & aditio, quia ijsdem regulis consistunt. l. Sicut. C. de repud. hæred. §. vlt. in Instit. de hæred. qualit. & diff.

Hoc argumentum ideo nullius momenti mihi videtur, quòd vt maximè verum esse proponatur, ijsdem regulis aditionem ac repudiationem consistere, & ex non facto, siue ex negligentia repudiationem induci: non tamen inde efficitur, ex negligentia, siue ex non facto, quo de agitur, induci. Non enim ex omni negligentia induci posse, vel aditionem, vel repudiationem, probatur, sed ex ea, quæ indicat animum repudiandi: quamobrem probandum est, hanc, qua de agimus, negligentiã animum adeundi indicare.

Secundum argumentum est ex l. vlt. § Sin autem aliquis. C. de iure delib. Iustinianus: *Vt sciant omnes, quod omnimodò post petitam deliberationem, si adierint, vel pro hærede gesserint, aut non recusauerint hęreditatem, omnibus in solidum hæreditarijs oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minimè conscripserit: & vel adierit hęreditatem, vel minimè eam repudiauerit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis falcidię beneficio minimè vtatur.*

His verbis patet, aditionẽ hęreditatis induci, & probari ex eo, quod quis post tempus sibi datum ad deliberandum, eam non repudiat; siue enim adierit, siue non recusauerit hæreditatem, hęreditarijs oneribus tenetur, & sic adiuisse hæreditatem intelligitur.

Hoc argumentum nihil ad rem pertinet, quia tempus ad deliberandum conceditur, vt vel hæreditas adeatur, vel repudietur: si ergo lapsum fuerit tempus, & hæreditas repudiata non fuerit, meritò adita esse videtur: quę res quàm longo à quæstione proposita distet interuallo, nemo non intelligere potest. Neque enim in specie nostra certum tempus ad deliberandum hæredi conceditur, an velit adire, vel repudiare. Quare etsi textus iste à Bartolo rectè allegatus sit: *quando scilicet ad petitionem creditorum assignatus est terminus heredi ad adeundum, vel repudiandum, & intra terminum nihil facit*, non tamen rectè applicatur ad quæstiones & exempla, quę postea ipse Bartolus proponit, in quibus non ita terminus hæredi est assignatus ad adeundam, vel repudiãdam hęreditatem, & in his nostra versatur in præsenti disputatio, quare nihil ad eam argumentum allatum pertinere, manifestum est.

Tertium argumentum est. Debitor adueniente die tenetur soluere. l. Magnam. C. de contrahen. & commit. stip. si non soluat, dicitur esse in mora. Sed mora est delictũ l. Quod te. ff. si cert. pet. l. Qui sine, de reg. iur. l. Omne delictum. ff. de re milit. Delictum autem non præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Ergo in dubio præsumere oportet hæredem, eundemque debitorem ideo non soluisse debitum, quoniam hęreditatem adire voluerit; quo casu debitum ipsum extinguitur.

Sed hoc argumentum ita confectum, non admodum est forte; primò, quia negari potest moram esse delictũ; est quidem culpa, negligentiaue, sed non delictum, & loquimur de mora in soluendo debito commissa, non de militis segnitia, contumacia, vel desidia, dę qua loquitur tex. in d. l. Omne delictum. ff. de re milit. Illa enim meritò ponitur; quia est contra disciplinam militarem, vt ibi dicitur. Secundò, quia debitor, qui non soluit, à culpa excusatur hoc in casu, cùm nullus hæres esset, cui soluere t. l. Pecuniæ ff. de vsuris. §. vlt. ibi. Si tamen post mortẽ creditoris nemo fuit, cui *pecunia solueretur, eius temporis inculpatam esse moram constituit.*

Postremum argumentum est huiusmodi: Sicut hæreditas aditur solo animo, qualitercunque fuerit declaratus. l. Pro hærede. l. Gerit. ff de acquir hæredit. Ita etiam peculium seruo adimitur nuda voluntate. l. Non statim. ff. de peculio. Sed si dominus est debitor serui, & non soluit, in dubio creditur illud de peculio adimere, seu diminuere voluisse. l. Peculium. §. Sicut. ff. de peculio leg. Ergo sic, & in proposito casu, si debitor non soluit, probabilis est coniectura, eum voluisse adire hæreditatem.

Sed longè hæc distant, & valdè dissimilia sunt. Peculium, Dominus, ademptio, hæreditas. Hæres, nõ solutio debiti, hæreditatis aditio. Quare argumentum proculdubio latis firmum & solidum non est; & ipsum retulisse, confutasse est.

Sed & posterioris sententię argumenta non satis firma sunt. Adfertur enim l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. vt ex ea probetur, in adeunda hæreditate factum requiri, propter verbum *gesserit*, quod argumentum nullius est argumenti, cùm ex nuda voluntate aditio inducatur. §. vlt. Instit. de hæred. qual & diff. Item l. Nõ hoc. C. vnde legitim quæ nihil facit propter illa verba: acquirendę sibi hęreditatis. Item l. Si filius. C. de pent. hæred. vbi aditio præsumitur ex longi temporis patientia; sed non rectè ex eo licet argumentari, aditionem non induci, licet longum tempus nõ præterierit, si alia adsint voluntatis eius adeundæ argumenta atque indicia. Et quædam aliæ adferuntur leges, quæ nullum pręstant probabile argumentum. Illud nonnihil vrgere uidetur, aditionem præsumendam non esse in dubio hęrede tacente, ne videatur se oneribus hęreditarijs obligare, argumen. l. Inuitus. ff. de probat. & eius quod vulgò dicitur: tacentem non videri consentire in sui præiudicium. l. Qui vas. §. Vetare ff de furtis, cum alijs similibus. c. Qui tacet, de reg. iur lib. 6.

Mihi tamen diligenter totam hanc disputationẽ mẽte agitanti, prior sententia verissima videtur. Nam omissa nimia quadam iuris subtilitate, quæ plerumque perniciosa est, ipsam iustitiam, æquitatem, veritatem considerandam arbitror; Tum quod rationi magis consentaneũ est, & veritati magis proximè accedit, uerisimiliusque & probabilius uidetur, nobis hęc species proponitur. Filij vocantur ad matris defunctæ hęreditatem; aut eam adire debent, aut repudiare. Si repudiare uolunt, illa defertur proximioribus, secundùm ordinẽ edicti successorij, quibus ipsi filij bona materna, tanquam hęredibus, scilicet dotem, & si qua sunt alia bona, restituere tenentur. Si adire velint, omnia bona materna consequuntur, & iustissimè retinent. Iam nobis non constat, an voluerint adire, uel repudiare; sed constat eos nemini bona materna restituisse lapso iam tempore, quod legibus ad dotem restituendam hæredibus vxoris constitutum est. Hic alterum ex duobus pręsumere debemus, eos, vel adiuisse hęreditatem, uel repudiasse: Si præsumamus eos repudiasse, multa ex hoc incommoda oriuntur. Primum est, quòd dicere cogimur filios iniustè bona materna retinuisse, cum alijs legitimis hæredibus ea restituere deberent, secundum quod suam hanc repudiandi voluntatem iniustè occultauerint, & non manifestauerint; tenebantur enim repudiare palàm, ut cæteris adeundi hæreditatem potestas esset, ipsis recusantibus. Tertium est, quòd non sit verisimile, si filij repudiassent, alios defunctos hæredes, qui adiuissent hæreditatem, aut similiter eam repudiassent. Si verò præsumamus filios adiuisse, omnia incommoda cessant, & res uero similis, & rationi consona

sona uidetur. Nam si filij sunt, meritò sunt hæredes. A Isti maximè præsumuntur; quia bona materna retinuerunt. Cur matris hæreditatem repudiassent, retinendo dotem? non expressè eam recusando, non dotem offerendo, alijs, qui ad hæreditatem vocantur, deponendo? Si igitur hæc præsumptio locum habeat, cessat omnis iniustitia, & id quod naturæ, rationi, veritati maximè consentit, asseritur; Si contraria præsumptio præferatur, filios iniquos iudicamus aliena retinentes; hæreditatem iacuisse, & a nemine aditam fuisse fateri cogimur, quid plura? à veritate, à ratione, ab æquitate discedimus animam iuris subtilitatem sequentes. Multa huc adferre possem ad ostendendum ex generalibus Doctorum regulis præferendam hanc, quam sequimur, interpretationem, sed quia πρακτικε hæc scribo, non dupondijs, notissima referre superuacuo.

CAPVT LII.

Aditio hæreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur?

NOn censeri aditam hæreditatem ex eo, quòd is, cui delata est (id non ignorans) fructus ex rebus hæreditarijs perceperit, sed standum esse ipsius hæredis declarationi Bartolus docet in l. Gerit. num. 24 quem sequi videtur Ruinus in cons. 113. num. 4. lib. 3. & Menochius de Præsumpt. lib 4. Præsumpt. ca. 1. num. 71. quibus ego non assentior. Fundamentum enim ponunt l. Pro hærede. §. Seruos. ff. de acq. hær. quia lex eam sententiam nihil iuuat. Verba eius hæc sunt: *Seruos hæreditarios pauit (hæres) iumita, aut pauit, aut distraxit si hoc, vt hæres gessit; pro hærede, aut si non, hæres, sed ut custodiat: aut putauit sua, aut dum deliberat, duo fecit, consuluit, ut salua sint res hæreditariæ, si forte ei non placuerit, pro hærede gerere. apparet non videri pro hærede gessisse: Pro inde, etsi fundos, aut ædes locauit, uel fulsit, uel quid aliud fecit, non hoc animo quasi pro herede gererit, sed & dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato hæres exstiturus prospicit aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, vt pro hærede non gessisse videatur: quia non hoc animo fuerit.*

Hæc lex Vlpiani ideo non iuuat Bartoli sententiam, quia loquitur de eo, qui hæc fecit non eo animo, vt pro hærede gereret; Sed nos loquimur in dubio, cùm videlicet non constat, hæredem animum non habuisse pro hærede gerendi, sed incertum est, & hoc in casu videtur præsumendum hæredem ea fecisse animo adeundi, & gerendi se pro hærede. Id ex Vlpiano eadem lege non obscurè colligitur in verbis procedentibus, dum ita scribit: *Et ideo solent testari liberi: qui necessarij existunt, non animo hæredis se gerere, qua gerunt: sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo, &c.*

Hæc igitur protestatio operatur, vt non præsumatur hæres animo adeundi hæreditatem, ea quæ sequuntur in eadem lege gessisse, ex quo rectè inferri videtur ex factis D istis adeundæ hæreditatis animum præsumi, alioquin superflua protestatio esset.

Et hæc sententia, quod ex fructuum perceptione arguatur aditio hæreditatis euidenti argumento, vera esse demonstratur. Nam certum est ex fructuum perceptione possessionem probari l. Titia. ff. de soluto latissimè id probat Mascardus de probationibus vol 3. concl 1183. Ergo hæres fructus percipiendo dicitur res hæreditarias possidere. Sed non potest res hæreditarias iuste possidere. Sed non potest res hæreditarias iustè possidere, nisi pro hærede se gerat. Nullam enim aliam causam eum habere possidendi supponendum est; Ergo præsumere debemus eum iniuste possedisse. Hoc autem est absurdum; quia cùm potest alia coniectura sumi, cessare debet illa, quæ dolum includit, secundum regulas vulgares.

Dices posse capi coniecturam, eum custodiæ causa fructus percepisse, vel vt substituto, aut heredibus alijs prospiceret. Respondeo, protestationem requiri, ut locum habeat hæc coniectura, qua scilicet declaret, hæres se custodiæ causa id fecisse, velaliam ob causam, argum. d l pro hærede. in illis verbis: *Vt ideo solent testari liberi, &c.*

Nulla facta ab hærede protestatione, præsumi debet suo nomine potius, quàm alieno fructus colligisse. Id enim est magis vero simile, & iuris præsumptioni consonum, iustius est, sæpius fit, sua enim quisque curat magis, quam aliena Denique alieno nomine hæredem nihil protestantem id fecisse, possibile est; suo autem nomine fecisse verisimile est.

Atque ita repudiata Bartoli sententia docuerunt Imola in l. Gerit. col. vlt. ff de acquir. hæred. & ibidem Aretinus colum. 5. vers. In quantum. etiam ipse Bal in l. 1. C. de repud hæred. Corneus consil. 103. num. 4. lib. 3. Barbatia consil. 5. colum. 3. in fine lib. 1. Mantica de coniect. vltimar. vol. unt. lib. 12. tit. 11. num. 8. vers. Illud autem. qui B bus & ipse assentior.

CAPVT LIII.

Hæreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paternæ.

VIdeo tres diuersas interpretum sententias in hoc iuris articulo: si filius post mortem patris domum paternam habitauerit an hæreditatem videatur in dubio adiuisse. Nam aliqui id negant, & probandum esse contendunt filium habitasse, tanquam hæredem. Alij affirmant. Alij denique ita hanc rem explicant, si filius dotis maternæ causa hypothecam in domo habuerit, & ideo eo nomine habitare potuerit, præsumitur adiuisse hæreditatem, uel non adiuisse, prout ei vtilius est, in C eoque standum eius assertioni & testimonio Vide Bartolum in l. Gerit. num 21 ff de acq. hær & ibi Cattr Aret. Imolam & alios, Baldum in l. Non hoc & ibidem Sal. Alex. & alios. Manticam de Coniecturis vltimar. voluntatum, lib 12. tit. 12. num. 8. Mascardum de Probationibus, vol. 1. concl 44. num 22 & concl. 45. in prin. Menochium de Præsumpt. lib 4. Præsumpt. cap 5. num. 34. Ego eorum sententiam magis probo, qui affirmãt, ex habitatione domus præsumendum esse filium hæreditatem adiuisse paternam Moueor duobus argumentis, quorum primum sumitur ex lege, alterum ex iuris ratione. Quod attinet ad primum, illud sumitur ex. l. 1. C. de repud hær. Imperator Antoninus: *Si paterna hæreditate te abstinuisse constiterit, & non ut heredem in domo, sed vt inquilinum vel custodem, vel ex alia iusta ratione habitasse, liquidò fuerit probatum: Ex persona patris te conueniri procurator meus prohibebit.*

Hac lege apparet filium probare oportere se a paterna hæreditate abstinuisse, & non ut hæredem in domo habitasse; ergo præsumitur in dubio habitasse, tanquam hæres patris. Nam si id non præsumeretur, sed probandum esset, filio non incumberet probatio, se paterna hæreditate abstinuisse: quia fundatam haberet intentionem, vt loquuntur nostri ex sola negatione, se tanquam heredem patris habitasse; sed Imperator probationem requirit, per quam constet filium se abstinuisse ab hæreditate patris, & non tanquam hæredem in domo habitasse; ergo argumentum hinc sumitur filium habitantem in paterna domo, præsumi hæreditatem patris adiuisse, & tanquam hæredem in ea habitasse.

Quod verò ad alterum argumentum attinet, illud est huiusmodi. Hæreditatis aditio præsumitur ex facto, quod licitè & iustè geri citra ius & nomen hæredis non potest. l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acqu. hær. ibi:

Itaque nunc pro hærede geri dicendum esse ait: quoties accipit, quod citra nomen, & ius hæredis accipere non poterat.

Dixi *iniustè & licitè*; quia de facto & iniustè multa fieri possunt citra ius & nomen hæredis in aliena hæreditate. Sed filius iustè domum paternam habitare non potest citra ius & nomen hæredis: Ergo dumum habitando præsumitur pro hærede se gerere, & sic hæreditatem adire.

Minor propositio probatur: quia, si filius nolit hæres esse, possidere non potest bona patris, sed illa pertinent ad alios hæredes substitutos, vel ab intestato vocatos. Si dicatur possidere filium posse, vel custodiæ causa, vel vt deliberet, an velit adire, vel repudiare; respondeo, id fieri posse, sed non præsumi, & necessariam esse protestationem filij, vt in d. l. Pro hærede. ff. de acq. hæred. ibi: *Et ideo solent contestari liberi non animo hæredis se gerere, quæ gerunt. sed aut pietatis, aut custodiæ causa.* Et ratio est. Nam filius possidere potest ex titulo pro hærede, de quo iam constat; quia si filius, ergo hæres, & quidem hæres suus, & id plenum, & certum est: vtrum autem custodiæ causa possidere velit, incertum est, eo præsertim id non contestante. Ergo in dubio præsumendus est filius possidere domum paternam ex titulo, de quo iam constat, quam ex causa, quæ in certa est, & non apparet. Præsumitur enim quis possidere ex titulo præambulo. l. 1. §. 1. ff. de except. rei vend. l. 1. C. de acq possess. l. Non solùm. §. Quod vulgo. ff. de vsu cap. vbi illa verba ad rem nostram pertinent: *Idem hic, si a domino hæres institutus fueris, vel bonorum possessionem acceperit, incipiet pro hærede possidere.*

Rursus, si dicatur filium possidere posse, ex causa dotis maternæ propter hypothecam quam habet in bonis paternis, iuxta l. Vn. C. de rei vxo. act. Respondeo, nullo iure concessum creditori, vt propria autoritate bona debitoris possideat, id probatur in l. Dotis. C. sol. matr. ibi: *Ingredi enim possessionem rerum dotalium hæredibus mariti non consentientibus, sine autoritate competentis iudicis nullam habet facultatem.*

Porrò contrariæ sententiæ argumentum facilè confutatur. Est enim sumptum ex l. Non hoc. C. vnde legitimi. Diocletianus: *Non hic, an tenuerit quis res hæreditatis necne sine voluntate adquirendæ sibi hæreditatis quærendum est, sed an admiserit hæreditatem, uel bonorum possessionem.*

Respondeo textum loqui in casu certò, quando scilicet, *sine uoluntate adquirendæ hæreditatis* quis possedit res hæreditarias; nos autem loquimur in dubio, quando nō constat, an habuerit hæres animum adeundæ hæreditatis, & dicimus præsumendum esse, quod habuerit, nisi constiterit eum abstinuisse, iuxta l. 1. C. de rep. hæred.

CAPVT LIV.

Aditio hæreditatis, an inducatur eo quod inuentarium hæres confecerit?

EXplicanti mihi iuris articulos, qui inter Doctores controuersi sunt, non alienum visum est, hoc in loco admonere lectorem, nullam verè controuersiā esse super eo iuris articulo, quem proposui, licet dissentientes Doctorum sententiæ referantur a Mascardo de Probationibus uol. 1. conclus. 48. & Menochio de Præsump lib 4 Præsumpt. c. 1. num. 94. & ante eos etiam ab antiquioribus interpretibus ad l. vltimam. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. Ponunt isti, aditionem hæreditatis ex inuentarij confectione simpliciter induci ex sententia in primis Bartoli in l. Gerit. col. vlt. vers. Ad tertium. ff. de acq. hær. qui hoc non dicit. Secundo Cyni ad l. vlt. § Si verò postquam. C. de iure deliber. vbi hoc non dicit ait simpliciter, sed quando vt hæres inuentarium conficit. Tertiò Ruini in cons. 168. num. 1. lib 4. ubi nihil aliud dicit, nisi quod Bartolus in d. l. Gerit. & loquitur, quando quis ita hæres fecit inuentarium. Quartò Capræ 10 cons. 9 num. 1. vbi nihil de hoc scribit. Quintò Cacherani decis. Pedemont. 147 num. 22. vbi nullum de hoc uerbū Postremò, Crauettæ in cons. 348. nu 34. lib. 3. vbi loquitur de eo, qui tanquam hæres protestatus est, se nolle inuentarium conficere, & disputat, an videatur adire hæreditatem, si inuentarium sit nullum.

Post hæc adferunt autores negantes aditionem induci ex inuentarij confectione, Salyc. Alex. & Iasonem in d. l. vlt. §. Sin autem hoc C. de iure delib. in cons. 9. nu. 15 Francis. Marc. decis. 29 par. 1. Rol a Valle, de confect. inuen. par. 3. §. Sed an per confectionem. Manticam de cōiect. vl. uolunt. lib. 12. tit 9 num. 15.

Sed isti non loquuntur, quando aliquis, vt hæres inuentarium conficit, sed quando simpliciter describuntur hæreditatis bona ab hærede, vt deliberat, an velit adire vel repudiare, quo in casu nemo est, qui dicat aditionem hæreditatis induci ex confectione inuentarij. Hoc enim in casu hæreditas adhuc repudiari potest, & inuentariū conficitur animo deliberandi, vt cognitis rebus hæreditarijs hæres deliberat, an velit adire, uel repudiare. Sic enim statuit Imperator in d. l. vlt. C. de iure delib. *Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conscripserit (necesse est enim omni modo deliberantem inuentarium cū omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitum, si non recusauerit hæreditatem, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio.*

Ad rem non pertinet tex. qui ab aliquibus adfertur in § Sin autem dubius. Hæc indicare volui, vt nostrorum hac in re non curantia proderetur, ut lector autores videat, non semper referentibus fidem adhibeat: *Namque opere in longo fas est obrepere somnum. Omnium habere memoriam et in nullo penitus errare, diuinitatis potius esse, quam mortalitatis.*

CAPVT LV.

Per cessionem, vel in solutum dationem bonorum, vel inuentarium hæreditatis, an hæreditas adita esse censeatur, si protestatur is, qui cedit, vel in solutum dat, se non animo adeundi cedere, vel in solutum dare.

HAeres Institutus si cedat iura hæreditaria, vel in solum dat creditoribus, protestans se non animo hæreditatem adeundi hæc facere controuersia est, an uideatur nihilominus adire. Affirmant videri nihilominus adire hæreditatem, Socinus iunior in cons. 107. lib 2. Eiusdem sententiæ malè citantur a Mascardo de Probationib. vol. 1. concl 44. nu 3. Rim. senior consil. 346. num. 17. lib. 7. & Anchar. in cons. 252. num. 3. quia non dicunt. Negat autem Alciat. hæreditatem aditam videri hoc in casu, propter factam protestationem in consil. 344.

Fundamentum Alciati est, quia hoc operatur protestatio, ex qua animus colligitur. Hæreditatis. n. aditio ex animo pendet. Adfertur textus in l. Et si quis § Plerique ff. de religio. & sumpt. funer. ibi: *Tamen ne uel miscuisse se necessarij, vel cæteri gessisse se pro hærede uideātur, solent testari pietatis gratia se facere sepulturam, &c.*

Sed clarior & ad rem magis accommodatus est tex. in l. Pro hær. ff. de acq hæ. ibi: *Et ideo solent testari liberi*, &c.

Et licet factum videatur repugnare protestationi tamen id nihil iuuat aditionem. argumento l. Qui aliena. §. Celsus. ff. de acq. hær.

Fundamētum Socini est: quia protestatio est cōtraria facto, & ideo factū ipsū cessionis, uidelicet & in solutū dationis creditorib. factæ, inspici debet, & consequenter

ter aditio hęreditatis induci, argumento. l. Pro hęrede § Papinianus. ff de acquir. hęred. vbi filius qui se abstinuerat ab hæreditate patris, (Hoc proculdubio idem valet, quod protestatio) nihilominus adire censentur, recipiendo pecuniam a statu libero, qui hęredi dare damnatus erat. A

Respondet ad l. Qui in alien. §. Celsus distinctionem adhibendam esse inter actum, qui fit contrarius protestationi, vtrum ex sola uoluntate protestantis pendeat, an verò cum alio geratur. Prioris casus exemplum est, si quis protestetur, se nolle adire hęreditatem, deinde adierit, tunc non inducitur aditio, & ita loquitur textus in d. §. Celsus. Posterioris autem casus exemplum est, cùm hęres soluit alteri, vel accipit solutionem: & tunc protestatio contraria non impedit ipsam aditionem hęreditis. Pro cuius distinctionis confirmatione adferri possunt, quæ notantur a Mascardo d. volum. 1. de Probationibus, conclus. 47. numero 11. & 12. B

Verùm Alciatus respondet ad l. Pro hęrede. §. Papiniani. textum illum accipiendum esse, de facto contrario protestationi, quod gestum est cum alio ignorante, qui aliàs deceptus remansisset. Nam statu liber ille soluit filio tanquam hęredi, ignorans eum ab hęreditate abstinuisse, ideo ex solutione facta filius censetur adire. Potest enim etiam postea quàm se abstinuite nihilominus adire. l. vlt. C. de repud. hęred.

Ego puto Alciati sententiam verissimam esse. Nam certum est, actus, qui alioqui ad heredem pertinent, & aditionem hęreditatis significant, non tamen eam inducere, quoties alio animo, quàm adeundæ hæreditatis facti sunt, quod ex protestatione colligitur, ut in l. Pro hęrede. ff. de acq. hęred. Etsi ergo cessio bonorum vel in solutum datio ex his actibus sint, qui ad hęredem pertinent, & ideo immixtionem hęreditatis significare uideantur, & aditionem inducere: tamen protestatio facta efficit, vt aditio non indicatur. Potest. n. quis cedere, vel in solutum dare creditoribus bona hęreditaria, uel negocij hęreditatis gerendi causa, uel aliam ob causam. Nam si hęres, qui protestatur, ita faceret tanquã hęres, & nulla alia causa subesse posset, tunc voluntas ex ipso facto appareret adeundi hęreditatem, & proinde contrariam, quę ex protestatione oritur, pręsumptionem tolleret, & in his terminis nec loquitur, nec intelligendus est Alciatus. C

Quod uerò in contrarium adfertur argumentum, ex l. Pro hęrede §. Papinianus. nihil prorsus mouet. Nam nos loquimur, quando eodem tempore; quo actus geritur, is qui cum gerit, testatur se non animo hęreditatis adeundę illum gerere. Operatur hęc protestatio, ut hęreditas non censeatur adita; quia aditio ex uoluntate pendet & uoluntatem adeundi deesse, verba protestationis ostendunt, quam ob rem actus aliam ob causam gestus fuisse iudicari debet, siue ualidus sit, siue non sit ualidus. D Sed Iurisconsultus in d. §. Papinian. loquitur de eo, qui prius ab hæreditate patris se abstinuit, postea a statu libero pecuniam accepit, & tunc siquidem is iussus erat hęredi dare, uidetur filius hęreditatem adire; etsi n. prius eã recusauerit, tamen licentiam habet, rebus paternis in eodem statu permanentibus nihilominus adire. l. ult. C de repud. & abstin. hęred. Potest ergo coniectura sumi, quod filius hoc in casu pœnitentia deductus uoluerit adire hęreditatem, quandoquidem post abstentionem pro hęrede se gessit, recipiendo a statu libero pecuniam. At in specie nostra coniectura ista locum habere non potest: quia eodem tempore, quo actus geritur conueniens aditioni hæreditatis, protestatio fit, quod non animo hęreditatem adeundi geratur, quæ protestatio facit, vt hęreditas adita non uideatur. l. Pro hęrede. ff de acquir. hæred. Atque ita sentio, saluo meliori iudicio.

CAPVT LVI.

Si filius asserat se aliqua bona patris defuncti possidere pro sua legitima, an videatur adiuisse hæreditatem sibi testamento relictam.

RECte docet Bart. in l. Gerit. num. 22. ff. de acq. hæred. Filium asserentem se aliqua bona possidere pro sua legitima, adiuisse hæreditatem: quia legitima est pars hæreditatis, & non potest quis hæreditatis partem adire, & partem repudiare, l. 1. l. 2 ff. de acquir. hæred. & unam portionem adeundo, omnes acquirit, l. Si solus, ff. eo. tit. Vnum casum excepit, quando filio vulgaris datus est substitutus, de quo differemus in sequenti capite. Sententiam Bart secutus est ibidem Aret. colum. 5. uers. Item adde & multi alij a Tiraquello citati, de iure primogenio. q. 35. num. 10. & q. 75. num. 5. Et confirmari potest ex his, quæ nos suprà lib 4. c. 65. attulimus in ea cõtrouersia, an filius possit legitimam portionem acceptare, & reliquam hæreditatem repudiare. Nam pendet huius rei definitio ab illius articuli definitione. Sic enim argumentari licet: Aditio hæreditatis inducitur ex actu, qui non potest fieri citra ius, & nomen hæredis. l. Pro hærede, §. Papinianus, ff. de acq. hæred. Sed iste actus, nempe acceptationis legitimę fieri non potest, nisi quis totam hæreditatem acceptet: quia legitima est pars hæreditatis, & hæreditas aut tota debet acceptari, aut tota repudiari, ut dictum est. Ergo in præsenti casu aditio hæreditatis inducitur.

Contrariam sententiam in hoc ipso articulo aditionis hæreditatis nonnullorum autoritatibus adductis defendi posse scribit Menoch. de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. cap. 1. num. 53. cuius argumentis respondendum est, & hæc addi poterunt ijs, quæ deduximus dicto lib. 4. capit. 65. Primum argumentum est ex eo, quod filius possit legitimam portionem acceptare, & hæreditatem repudiare: Consequenter non uidetur hæreditatem admisisse, Antecedens probat, quia filius est creditor legitimæ. Creditor autem potest repudiare hæreditatem debitoris saluo eius credito. Respondi huic argumento suprà lib. 4. cap. 65. diuersam esse rationem legitimæ ab alijs creditis: quia legitima est pars hæreditatis, consequenter sola acceptari non potest, reliqua parte repudiata. l. 1. & 2. ff de acq. hæred. quod impedimentum non habet locum in alijs creditis; & ideo nil mirum, si saluis alijs creditis repudiari potest debitoris hæreditas.

Secundum argumentum est: Legitima differt ab hæreditate; est. n. pars bonorum, non autem pars hæreditatis: Ergo potest filius illam acceptare, & hæreditatem repudiare, sicut potest legatum quis acceptare, & hęreditatem repudiare: quia legatum est diuersum ab hęreditate. l. Filio pater. de leg. 1. l. Cum responso. C. de legat.

Respondi aliàs, & repeto, legitimam esse trientem, uel semissem hæreditatis, iuxta Nouellam de Triente, & Semisse & consequenter partem hæreditatis esse. Nec obstat, quod legitima intelligitur deductu ære alieno. l. Papianus, §. Quarta, ff de inoff. testam. Quia id pertinet ad quantitatem, & supputationem ipsius legitimæ: neque enim intelligi potest quanta sit, nisi prius deducatur æs alienum. Sed alio qui debetur tanquam pars hæreditatis, & titulo hæreditario.

Non obstat id, quod replicatur, titulo hæreditario legitimam filio relinquendam fauore ipsius filij: Ideo quod fauore inductum est, non debet in odium retorqueri. l. Quod fauore, C. de legib. Nam legitima semper est triens uel semis hæreditatis, & secundùm legem titulo hæreditario, siue institutionis relinquenda est. Hoc ius est certum, & generale, ideo non potest filius eius formam immutare, atque adeò efficere, ut non sit

pars hæreditatis, vt non relinqui debeat titulo institutionis; & sic naturam legitimæ à lege constitutam immutare non potest: & licet possit in aliquo casu testamentum approbare, in quo legitima non titulo institutionis relicta sit, non efficiet tamen, quin ipsa legitima sit triens, vel semis ipsius hæreditatis: quia non est in potestate priuatorum legum sanctiones, & iuris formã pro libitu euertere. l. 3. ff. de Testam. Et in quæstione nostra ex facto proponitur, filium velle legitimam acceptare, & hęreditatem repudiare: Ergo vult acceptare partem ipsius hæreditatis, nempe trientem, & reliquã partem repudiare. At hoc non potest, vt dictum est.

Illud autem argumentum: Legitima propter inobedientiam vel propter non confectum inuentarium non perditur, & tamen perditur hæreditas. Auth. Hoc amplius, C. de fideicom. Auth. Sed cum testator, C. ad legem Falcid. Ergò legitima est quid diuersum ab hæreditate: ita refellitur; quia licet legitima sit pars hæreditatis, est tamen filio debita, & necessariò relinquenda titulo institutionis, atque ideo hoc singulari iure donata, vt nulli grauamini, nulli conditioni obnoxia esse queat: nullam ob causam auferri, nisi ea sit legitima & iure approbata, quæ singularia locum non habent in reliqua hæreditate, ideo nil mirum uideri debet, si ea ex causis suprà relatis non amittatur; reliqua autem hæreditas amittatur.

Tertium argumentum, repudiatio & aditio hæreditatis eodem iure censentur, §. penult. Instiut. de hæred. qual. & diff. Sed repudians hæreditatem non dicitur repudiare legitimam; ergo ex contrario, receptans legitimam non videtur adire hæreditatem.

Respondi aliàs & repeto negando argumenti assumptionem. Nec enim id probatur ex l. Si quando, §. Et generaliter, C. de inoff. testam. Nihil enim aliud dicit, nisi eum qui simpliciter agnouit, & approbauit defuncti iudicium, non idcirco prohiberi legitimæ repletionem petere. Minus iuuat illud argumentum. Dos est ad instar seu loco legitimæ; Sed filia potest dotem retinere repudiata patris hæreditate. l. vlt. ff. de collat. dotis ergo similiter & filius legitimam retinere poterit hæreditate repudiata. Respondeo enim in hoc esse discrimen inter dotem & legitimam, (quod attinet ad rem nostram) quoniam legitima est triens, & sic pars hęreditatis, & dos non est pars hæreditatis sed debitum, quo pater viuens obstringitur. Tenetur enim filiæ dotem dare. l. Qui liberos, ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis, promiss.

Quartum argumentũ, Filius in legitima grauari non potest. l. Quoniam in priorib. C. de inoff. testam. Sed si diceremus filium non posse hęreditatem repudiare, & legitimam retinere, grauaretur in ea ipsa legitima, quia contra suam voluntatem cogeretur acceptare hæreditatem. Est enim onus, cogi aliquid facere contra propriam voluntatem; Ergo dicendum est filium posse hęreditatẽ repudiare, & legitimam retinere.

Respondi aliàs, & confirmo, id non esse grauamen legitimæ adiectum ab homine, sed iuris hanc esse formã, ut quis non possit partem hæreditatis retinere, & partẽ repudiare; legitima autem est para hæreditatis. Nulla ratio eiusmodi oneris habenda est, qui id ex iuris forma procedit. Sicuti nemo dixerit grauamen adiectum esse legitimæ eam ob causam, quod non aliter debeatur, quã si filius erga parentes ingratus non extiterit. Hoc enim summa ratione iure constitutum est, vt filij ob iustas ingratitudinis causas exhæredari à parentibus possint, ut in Nouella. Vt cum de appell. cognosc. §. Aliud. Iuris igitur forma non continet iniuriam, sed obseruari debet.

Quintum argumentum. Legitima debetur iure naturali, sed ius naturale perimi non potest iure ciuili; ergo legitima non potest auferri per non aditionem hæreditatis, qui actus iuris ciuilis est: ex quo sequitur legitimam retineri posse repudiata hęreditate.

A Respondeo, legitimam non posse auferri iure ciuili ex causa iusta. etenim si absolutè auferri non posset, non liceret parentibus filios exhæredare etiam ob iustas ingratitudinis causas: Id enim iure ciuili constitutum est: & tamen id nemo dixerit. Hęc est autem iusta causa, quando filius reliquam repudiat hæreditatem, sic enim partem hæreditatis acceptaret, & partem repudiaret. quod fieri non licet, iustissimas ob causas; ne quis pro parte testatus, & pro parte intestatus moriatur, quod repugnat iuris regulis: ne pro parte hæredem habeat, pro parte non habeat, quod rationi repugnat, & multa continet incommoda, & absurda.

CAPVT LVII.

Possitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæreditatem repudiare, si substitutum habeat vulgarem?

B PApinianus ita scribit: si libertus patrono hærede instituto ab eo petierit, vt seruum manumittat, vel vt decem alicui det. *si substitutũ habebit, a quę decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione, cætera pars ad substitutum perueniat.* l. Si libertus patrono, ff. de bonis libert.

Huius legis autoritate communiori Doctorum sententia receptum est, filium, cui datus est vulgaris substitutus, hæredem institutum repudiare posse hæreditatẽ, & legitimam retinere, si legato rei proprię grauatus sit. Nam si ita respondit Papinian. in patrono, cui legitima portio in bonis liberti debetur, id multò magis recipiendum uidetur in filio cuius causa est longè fauorabilior, Bartol. in l. Gerit. num. 23. ff. de acquir. hęred. Paulus Castren. & Alexand in l. 3. C. de impub. & alijs substitu. Iason ibid. nu. 152. Conuar. in c. Rainuc § 13. num. 11. de testam. Menochius de Pręsumpt. lib. 4. Pręsumpt. c. 1. nume. 69. Alexand. Trentacinq. de substitut. parte 1. cap. 10.
C num. 27.

Istis ego non assentior, quia aut filius hæres institutus, est in legitima grauatus, quia non habet integram legitimam; aut quia onus aliquod & grauamen seu conditio ei est adiecta: Priore casu testamentum impugnare non potest, sed repletionem petere l. Omnimodo, C. de inoff. testamen. Posteriori casu grauamen seu conditio adiecta non valet, & pro non scripta habetur, l. Quoniã in prioribus, C. eod. tit. Cùm testamentum impugnare non possit, non uidetur etiam ei licere legitimam retinere, & reliquam hæreditatem repudiare: Quoniam, ut dictum est in pręcedenti capite, nemo potest partem hęreditatis adire, partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. Nec refert siue substitutum habeat, siue nõ habeat, l. Si solus, ff. eod. tit.

Non erant hæc in legitima patroni ita constituta Papiniani tempore, ideo nil mirum, si patronus sic grauatus repudiata hæreditate legitimam portionem retinerẽ
D potuerit quod sanè nec Bartol. ignorauit. Sic enim scribit in l. Excusatus, ff. si quis omissa causa testamen. *Si aliquis est grauatus in legitima, habet iustã causã omittendi. Hodie ista non esset iusta excusatio, quia de debita portione subducitur omne grauamen, tam in patrono, quam in libertis.*

Sed non solus uideor communi sententiæ aduersari, autores habeo Salicetum in l. Quoniam in prioribus, C. de inoffic. testament. & Ancharanum in consil. 312. incipiente: Ex sola vulgari. Verba quin adscribam facere non possum, etsi paulò rudiora: *Sed saluo semper sanioris iudicio credo, quod grauamen in legitima non potest prętendi, si in reliqua portione hæreditatis, in qua est filius institutus, dato substituto, non allegetur grauamen, nec est ista causa iusta rumpẽdi iuris regulas, nec etiam nouissime leges, quę de nouo ius agendi ad supplementũ introduxerũt;*

hæc

hoc, sed oppositum voluerunt, dum tam filijs quàm etiam testamentis, & voluntatibus testatorum subuenire voluerũt. ut patet in l. Quoniam in prioribus et in l Omnimodo C. de inoff. testam. secundum enim illas leges grauamen succedendi est, & filius remanere debet hæres, vt testator disposuit, ut sic tam testatori, quàm filio consulatur, & hęc cognitio: an filius sit grauatus in legitima nec ne, est iudicis, non ipsius filij. Nã oportet ad hoc eum agere. Si enim deductis legatis & alijs oneribus, legitima non superest, iudex eam supplere debet: Si verò superest legitima, & etiam forte multũ vltra non credo filium posse legitimam retinere, & illud repudiare, & substitutio locum facere: quia ille concursus instituti, & substituti, & partẽ adire, & partem repudiare, est contra iuris regulas. Non obstat l. Si libertus patronus. ff de bonis libertor. Nam illum casum specialem in legitima patroni non traham ad legitimam filij l Quod contra ff de legibus. Vel secundum illam legem ius agendi ad supplementum, & submouendi omne grauamen de legitima, non erat cognitum Ideo forte illa lex non haberet locum in patrono, & multò minus in filio, cui est planè consultum per l Omnimodo & hoc sensit expresse Bartol in l Excusatus ff si quis omissa causa testament. Hactenus Ancharanus.

CAPVT LVIII.

Bonorum possessionem an agnouisse præsumatur ille, qui possessoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores instituit?

INter veteres ac nouos Interpretes, qui commentaria scripserunt in Rub. C. qui admitti, &c. controuersia agitata est de eo, qui possessoriam hæreditatis petitionem instituit, an videatur bonorum possessionem agnouisse, prout requiritur. C Et post eos iterum hæc res in examen vocata est a Mantica de Coniecturis vltimar voluntat. lib. 12. tit. 15. & a Menochio de Præsumpt. lib. 4 Pręsumpt. 103 Controuersia inde orta est quòd olim causa cognita & decreto Prætoris interueniente agnoscenda erat bonor. possess l. 3. §. Si causa cognita. ff. de bonor. possess. Nunc verò qualiscũque testatio amplectendæ hæreditatis apud quemcumque iudicem sufficit ex lege Constantini, quæ est l. vlt. C. qui admitti. Est igitur in eo controuersia posita, an ex eo, quòd quis in iudicio possessoriam hæreditatis petitionem mouet, videatur bonorũ possessionem agnoscere. Et mihi eorum sententia magis probatur, qui dixerunt videri Nam procul dubio is, qui agit in iudicio, & bona ipsa vindicat, satis declarat se bonorum possessionem agnoscere, atque hæc videtur esse sufficiens *testatio amplectenda, hęreditatis*. Neque enim aliqua verborum solennitas ad hoc est necessaria, neque etiam decretum iudicis est necessarium, vt aliàs disputatum est, D quia Constantinus *manium verborum* sustulit *captiones* & hoc *obseruari* decreuit, *vt qualiscunque testatio amplectendæ hæreditatis ostendatur*, illaque sufficiat loco antiquæ solennitatis. Si ergo qualiscunque sufficit testatio, testè inferunt, & hanc, qua de agitur, sufficere.

Responderi solet specificam expressionem (ita. n. loquuntur) requiri, & præterea Prætoris consensum. Et ideo non iudici agnitionem ex possessoria hęreditatis petitione institutâ: neque enim specificam id expressionem continet, neque iudicis decretum.

Sed replicari potest, specificam illam non requiri expressionem. id enim meritò negari potest, cum ex Constantini lege sufficiat qualiscunque testatio, hoc est, declaratio amplectendæ hæreditatis. Hęc autem est aliqua declaratio amplectendæ hæreditatis. Nam qui possessoriã hæreditatis petitionem mouet, sine dubio agnoscit bonorum sibi delatam possessionem, & satis apertè declarat, se illam amplecti. Id confirmari potest ex responso Papiniani in l. Cum quidam. ff. de bonor. possess. in illis ver-

A bis: *Attamen, quia hęc propositio accusationem instituit, vt ius suum sibi seruet agnouisse successionem non immeritò videbitur*.

Quod verò dicitur, decretum iudicis esse necessarium nequaquam defendi posse, multis rationibus a nobis supra disputatum est, & ostensum lib. 5. c. 74.

At, inquiunt contrariæ sententiæ autores. Bonorum possessionis agnitio iudicis præsentiam requirit, quod patet ex d. l. vlt. C. qui admitti. ibi: *apud quemlibet iudicem, &c.* Ergo requirit & intelligentiam. l. Coram. ff. de verborum signific. Non intelligit autem iudex actorem velle bonorum possessionem agnoscere, sed iam agnouisse præsupponit, quandoquidem actionem instituit.

Respondeo, immo iudicem optimè intelligere ipsum actorem agnoscere, quæ enim clarior amplectendæ hæreditatis contestatio esse potest, quàm illius, qui bona ipsa hæreditaria vindicat eo nomine, quòd ei delata sit ipsa B bonorum possessio? Ea vindicatio includit animum agnoscendæ possessionis tunc esse, utrum prius fuerit, incertum est: quid enim prohibet, quo minus tunc primũ, cum possessio uindicatur, animus agnoscendi detegatur?

CAPVT LIX.

Bonorum possessio an intra statuta a legibus tempora agnita fuisse præsumatur?

MAxima est controuersia, vtrum, si constet agnitam fuisse bonorum possessionem ab eo, cui delata est, præsumatur fuisse agnita intra tempora legibus constituta ad agnoscendam bonorum possessionẽ. Nam multi affirmant, multi negant? Alij alijs atq; C alijs distinctionibus utuntur, vt videre licet ex antiquis & nouis Doctoribus, qui commentati sunt in Rub. C. qui admitti, & nouissimè ex Mantica de coniecturis vl. volunt, lib. 12. tit. 15. num. 13. & Menochio de Pręsump. lib. 4 Præsumpt. 104.

Non animaduerti ego aliqua lege nunc iuris articulum decidi posse, quanquam multa variaque hinc inde proferantur argumenta. Hoc enim duntaxat legib. decisum est, agnoscendam esse bonorum possessionem intra tempora statuta l. vlt. C. qui admitti. quod ad decisionem huius articuli non rectè trahitur, quemadmodum nec illa verba Iustiniani trahi possunt in §. vltim. in Instit. de bono. possess *Sed quocunque modo admittentis eam indicium (intra statuta tamen tempore) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.*

Horum enim verborum eadem est sententia, quæ Constantini in d. l. vltim. C. qui admitti. *Qualiscunque testatio amplectenda hæreditatis ostendatur statutis prisco* D *iure temporibus coarctanda, &c.*

Sed non est hoc punctum, de quo disputatur: Quod enim intra statuta tempora sit agnoscenda bonorum possessio, ex his testimonijs satis constat; Vtrum verò præsumatur agnita intra constituta tempora nostra, hæc disputatio quærit.

Ex generalibus ergo iuris regulis & præceptis petenda est decisio. Prior regula sit hæc. Si agnoscens bonorum possessionem bona ipsa teneat atque possideat, & ab alio conueniatur negante fuisse agnitam constituto tempore, iste negans probare debet, & donec id probauerit, præsumendum erit agnitam fuisse tempore constituto. Hæc regula probatur ex eo, quòd pro possessore præsumitur. §. Commodum. Instit. de interd. l. vlt. C. de rei vind. cap. Ex litteris. de prob. l. 2. ff. vti possid. l. 1. §. 1. ff. Si pars hæred. petatur.

Secunda regula: Si non possideat, Sed tamen ipsa bonorum possessio iudice pręsente, & suam interponẽte autoritatem agnita sit (quanquam. n. necessarium nõ sit iu-

dicis decretum, nihil tamen prohibet quo minus intercedat) tunc præſumetur agnita tempore legibus conſtituto: quia præſumitur index rectè & ritè proceſſiſſe. l. 2. C. de off. ciui. iud. c. Abbate. de verb. ſig.

Tertia regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio non ignotauerit ſibi delatam eſſe, ex morte eius, cuius de hæreditate agitur, non erit difficile intelligere, an intra tempora legibus conſtituta fuerit agnita necne. Nam dies delatæ bonorum poſſeſſionis ſpectabitur, & agnitionis factæ: & ex his facilè cognoſci id poterit, ac proinde nullus diſceptationi locus eſſe poterit.

Quarta regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ignorauerit eam ſibi delatam, eamque agnouerit, aduerſario dicenti non fuiſſe agnitam in tempore, probatio incumbet. Nam tempus ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem non currit, niſi ex die ſcientiæ. l. a. l. Quamdiu C. Qui admitti. Cùm ergo ignorauit delatam eſſe, non poteſt in dubium vocari, an tempore conſtituto agnouerit, niſi probetur ex die ſcientiæ lapſum eſſe legitimum tempus, intra quod agnita non fuerit.

Quinta regula: Si non conſtet, vtrum is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ſcierit, vel ignorauerit ſibi delatam, in dubio præſumitur ignorantia. l. vlt. ff. pro ſuo. l. Verius ff. de probatio. c. Ignorantia. de reg. iuris, lib. 6. niſi probetur ſcientia, quæ facilè probabitur, ſi mors in eadem Ciuitate contigit, publicè omnibus cognita, ſi is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, fuit præſens, & ab inteſtato delata ſit: ſicut e contrariò, ſi fuerit abſens, vel ex teſtamento delata ſit, & fortè ſit extraneus, ignorantiæ præſumptio erit. Verùm hæc ex varijs cauſarum figuris & circumſtantijs variè definiri poterunt.

Alia multa ex Mantica & Menochio adferri poſſunt, locis annotatis; ſed cum ea non expenderim, conſultius fore putaui, ad eos Lectorem remittere his paucis, quæ ad principalem controuerſiam pertinent, & iuris regulis uidentur mihi conſentanea, contentus.

CAPVT LX.

Si quis dixerit; Credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendam, & mihi non expedire, *an repudiata cenſeatur poſt menſium lapſum?*

SI hæres inſtitutus non repudiauit, neque adiuit hæreditatem, ſed dixit eam reſpuendam credo, uel ſibi non expedire, hæc verba cùm concurſu trium menſium inducunt repudiationem, ita docet Bartolus in l. vlt. §. Cùm igitur. nu. 1. C. de iure deliber. & in l. Si quis ſuus nu. 8. ff eod. tit. Sequitur Paulus Caſtrenſis in d. l. §. Cùm igitur. num. 9. & in l. Qui ſe patris. nu. 2. C. vnde liberi. Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 12 tit. 14. num. 20. & alij, quos commemorat Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 102. nu. 7.

Sed non placuit hæc ſententia Iaſoni in d. l. Qui ſe patris. nu. 41. verſ. Secundò limitat. nec Decio ibidem nu. 18. nec alijs, quorum facit mētionem Maſcardus de Probationib. vol. 2. concl. 853. num. 16. 17. Nec mihi quoque placet, niſi verba ſint talia, quæ per ſe repudiationem inducant, iuxta ea, quæ diſſeruimus ſuprà hoc eod. lib. cap.

Nam fundamentum, quo prior nititur ſententia, valdè eſt infirmum: Eſt enim poſitum in l. vlt. §. Similique modo C. de iure delib. *Similique modo* (inquit Iuſtinianus) *ſi non titubante animo reſpuendam, vel abſtinendam eſſe crediderit hæreditatem, et apertiſſimè intra trium menſium ſpatium, ex quo ei cognitum fuerit, ſcriptum ſe eſſe, vel uocatum hæredem, renunciet, nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, ſit alienus ab eiuſmodi hęreditate, ſiue onerosa, ſiue lucroſa ſit.*

Hęc eſt Iuſtiniani ſententia: quia hæres intra ſpatium trium menſium, ex quo ſcit hæreditatem ſibi delatam eſ-

A ſe, inuentarium facere tenetur, ſi intra illud tempus apertiſſimè hæreditati renunciauerit; quia non titubante animo, ſed deliberato & firmo crediderit non ſibi expedire, vt eam agnoſcat, & adeat, & ideo abſtinendam vel repudiandam eſſe: tunc alienus erit ab eiuſmodi hæreditate, ſiue damnoſa, ſiue lucroſa ſit, nec erit opus, vt inuentarium faciat, vel quid aliud expectetur; quia ſcilicet manifeſtum eſt eum nolle hæreditatem adire, & ei renunciare.

Hoc in loco ſpatium trium menſium nihil operatur, ſed apertiſſima renunciatio eius, cui delata eſt hæreditas, totum facit, quamobrem, vt dixi, ſi renunciatio ex verbis, aut factis non appareat, non puto aliquid ad eam inducendam valere lapſum trium menſium.

Nec obſtat, ſi dicatur aliquid valere lapſum trium menſium, quia illud tempus datur ad conficiendum inuentarium: Et ideo, ſi hæres illud non conficiat, videtur ſignificare, ſe non habere animum hæreditatem a-
B deundi: præſertim cùm dixit illa verba, *ſibi eam non expedire; Eam abſtinendam ſiue reſpuendam credere.* Nam reſpondeo, ſi hæc verba dixerit is, cui delata eſt hæreditas, quia *non titubante animo*, ſed certo ac firmo decreuerit abſtinere, vel repudiare, ſicut loquitur textus, non tamen eam repudiauerit, vel abſtinuerit *apertiſſimè*, tunc nihil profuturum eſſe lapſum trium menſium: Ex eo enim lapſu temporis excludetur quidem hæres a beneficijs inuētarij, quia illud non confecit: ſed non propterea ab hæreditate excludetur. Neque enim ideo minus hæres eſſe, & hæreditatem adire aliquis poteſt, quoniam inuentarium facere neglexit. Et ſi enim ab initio dubitauerit, an eſſet adeunda, & procliuis eſſet ad eam reſpuendam, vel abſtinendam; quia tamen poſtea non renunciauit, præſumi poteſt velle deliberare, iuxta l. Cùm antiquioribus. C. de iure delib.

Et ideo nequaquam eorum ſententiam probo, qui
C hoc in caſu, quo labitur trimeſtre ſpatium, hærede non apertè renunciante, exiſtimant eum adiuiſſe hæreditatem. Cur enim hanc coniecturam capiunt repugnantem priori eius conteſtationi, cùm alia capi poſſit huic negotio magis accommodata, vt videlicet, ſi non perſpicua ſit repudiatio ex priori conteſtatione, uel aliàs poſtea intra trium menſium ſpatium eum, cui delata ſit hæreditas, credatur uelle deliberare, cùm poſſit conſtitutionis beneficium inuentario non confecto intra ſtatuta tempora negligere, & ad deliberationis auxilium conuolare? d. l. vlt. § Sin autem hoc aliquis fecerit. C. de iure delib. ibi: *Cum enim gemini tramites inuenti ſint, vnus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis, & nouus a noſtro numine repertus, per quem adeuntes ſine damno conſeruantur: Electionem ei damus, uel noſtram conſtitutionem eligere, & beneficium eius ſentire: uel ſi eam aſpernandam exiſtimauerit, & ad liberationis auxilium conuolauerit, eius effectum habere.*

D
CAPVT LXI.

Repudiatio hęreditatis an inducatur ex eo, quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtetur ſe nolle adire.

VNum reſtat de repudiatione controuerſum: Sitne repudiatio hæreditatis inducenda ex uerbis futurum tempus denotantibus, puta ſi is, cui delata eſt hæreditas, dicat; *Non adibo, Profiteor me non adituturum.* Affirmāt induci repudiationem Baldus in l. Qui ſe patris. nu. 12. C. unde li. nec non ibidem Salycetus & Al. nu. 6. uerſ. Tertio fallit. Mantica de Coniecturis ult. vol. lib. 12. tit. 14. nu. 22. Menoch. de Præſump. lib. 4. Præſum. 102. nu. 9. Negant Iaſon in d. l. Qui ſe patris, poſt nu. 41. verſ. Quarto mirabiliter. Decius poſt nu. 18. & quidam alij a Maſcardo relati de Probationibus, vol. 2. concluſ.

853. vbi

8 5 3. vbi quandam diſtinctionem adhibet ad conciliandas opiniones ex Benedicto Plumbino.

Sed certè hac in re diſtinctione opus non eſt, quoniam ſatis plana eſt, & perſpicua. Etenim conſtat inter omnes, recuſari hæreditatem poſſe verbis, & quocunque indicio voluntatis, l. Recuſari, ff de acq. hæred ſed quæ nam ſunt verba magis apta iſtis: Non adibo, Profiteor me non aditurum? His verbis vſi ſunt ad declarandam hæreditatis repudiationem Iuriſconſulti, vt in l. 1 ff. de Curatore bonis dando, & in l. Vnius, §. 1. ff. Quibus ex cau. in poſſeſſ. eatur. Vnde non obſtat, quod reſponderi ſolet, hæredi ſtatutum fuiſſe tempus ad repudiandum, uel adeundum in caſibus, de quibus Iuriſconſulti reſponderunt; quia unum hoc perpendo, uſos eos fuiſſe uerbis illis, & ita interpretatos, ut repudiandi animum ſignificent.

Quod uerò Iaſon attulit, non tam ad impugnandam hanc ſententiam pertinet, quàm ad oſtendendum nullum eſſe diſcrimen inter uerba præſentis, & futuri temporis. Quod etſi concedi poſſe non dubitem; quoniam illa uerba, *nolo adire*, mihi repudiandi animum ſignificant, ut ſuperius explicaui, tamen non idem omnibus uidetur, & leges ab Iaſone citatæ nihil eum iuuant; quoniã in eo caſu loquuntur, quo certum eſſe præſupponitur, hęredem animum repudiandi habere, quòd Decius Iaſoni parum æquus non reticuit.

CAPVT LXII.

Vtrum pater feudum vni ex filijs prælegare poſſit?

VTrum pater prælegare vni ex filijs feudum poſſit, variæ ac diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ, ut uidere licet ex Curtio iuniore de feudis in quarta par. Tiraquello de retractu conſanguin. §. 1 1. Gloſ. 6. nu. 23. Claro in §. Feudum q. 40.

Prima eſt ſententia; patrem poſſe feudum prælegare uni ex filijs, ita reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſil. 179. *incipien.* In cauſa, quam Magnificus, lib. 1. qui multos habuit ſequaces. Fundamentum eius eſt, quia ualet argumẽtum ex ſimilib. l. Non poſſunt, ff. de legibus. Sunt autem multi caſus ſimiles, in quib. pater poteſt uni ex filijs aliquid prælegare. Nam lucra nuptialia tenetur mater reſeruare filijs primi matrimonij: & tamen unum ex eis poteſt eligere, & alios excludere, l. 2. C. de ſecund. nupt. Et licet illa lex Nouella Iuſtiniani ſublata ſit, tamen ratio illius ſublata non eſt.

Secundò, ius patronatus deſcendit in omnes liberos æqualiter, l. Vt iuriſiurandi, § Si liberi, ff. de operis libert. tamen poteſt uni ex filijs aſſignari, alijs excluſis, l. 1. ff. de aſſign. liber.

Tertiò, ſi quis rogatus ſit aliquid familiæ relinquere, poteſt unum ſolum ex familia eligere, cui relinquat, l. Vnum ex familia. de leg. 2.

Quartò, licet quis receperit emphyteuſim pro ſe & liberis ſuis, poteſt tamẽ vnum eligere ex eis, cui relinquat, cęteris excluſis, ut docet Speculator tit. de locato. q. 78.

Sic ergo, & de feudo reſpondendum, licet teneatur pater illud omnibus filijs reſeruare, pro quibus fuit conceſſum. Poterit tamen illud vni prælegare.

Nec obſtat, ſi dicatur non eſſe permiſſum, ut quis de feudo teſtetur, ut in c. 1 de ſucceſſ. feudi. Quoniam id intelligendum eſt, quando in extraneos quis teſtari uellet, & extraneis feudum legare: non autem ſi liberis relinquere uelit, præſertim ſi hoc faceret propter publicam utilitatem, ut puta, ſi feudum iuriſdictionem haberet annexam. Expedit enim, ut uni tantùm aſſignetur: quia melius per unum, quàm per multos iuriſdictio adminiſtratur.

Cæterum hoc fundamentum Pauli Caſtrenſis facilè
A deſtruitur. In primis tex. in cap. 1. de ſucceſſ. feudi. excludit interpretationem, quam ipſe adfert. Sic enim ait: *Si quis igitur deceſſerit filijs, & filiabus ſuperſtitibus, ſuccedunt tantùm filij æqualiter, vel nepotes ex filio, loco ſui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manẽte, uel ualente.*

Illa uerba textus: *Nulla ordinatione*, excludunt omnem ordinationem. Sunt enim generalia. Et quoniam in præcedentibus uerbis dictum eſt, filios æqualiter in feudo ſuccedere, & ſtatim ſubiecta eſt illa clauſula *Nulla ordinatione*, &c. ſatis apertè colligitur non ualere ullam defuncti ordinationem, per quam filij non æqualiter ſuccederent.

Deinde, quod attinet ad l. ſecundã, C. de ſecund. nupt. illa eſt prorſus ſublata ex Iuſtiniani Nouella 2. & 22. Quare, ut maximè olim ex ea liceret argumentum ſumere, quod uni ex filijs pater feudum prælegare poſſit, exemplo matris, quæ lucra nuptialia uni ex filijs poterat relinquere: hoc tamen argumentum non poteſt amplius adferri; quoniam matri ius illud eligendi unum ex filijs a-
B demptum eſt.

Denique, argumentum ex iure patronatus ideo non obſtat; quia de eo teſtari pater prohibitus non eſt, ſicut de feudo, imò teſtamento aſſignare libertum poteſt, l. Teſtamento, ff. de aſſignan. liber. Similiter nec ille, qui aliquid familiæ rogatus eſt relinquere. Quod uerò adfertur ex Speculatore de emphyteuſi argumentum, non magni ponderis eſt; tum quia controuerſia eſt illa Speculatoris ſententia; tum quia in emphyteuſi talem prohibitionem teſtandi non habemus.

Solet a nonnullis, & hoc argumentum adferri, quòd ſi pater uni ex filijs feudum prælegauerit, ideo conſiſtat legatum; quia non poteſt alter filius patris uoluntatem impugnare, cùm ſit hæres, l. Ex qua perſona. De reg. iur. l. Cum a matre. C. de rei uind. Sed facilè refellitur hoc argumentum. Etenim non eſt filius, qui hoc in caſu patris uoluntatem impugnet, ſed eſt lex, quæ prohibet patrem teſtari, & conſequenter feudum ipſum prælegare. Ita
C quoque nemo diceret, hæredem obligatum eſſe ad legata præſtanda, quæ ſecundùm legem nullius ſunt momenti, ut in §. Non ſolùm. in Inſtit. de legatis & tamen, quia defuncti uoluntatem impugnare hæres non poteſt, dicendum eſſet, teneri ad ea legata præſtanda, quòd eſt abſurdum.

Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum antiquum, & nouum, uidelicet a patre ipſo quæſitum: ut ſi de feudo antiquo agatur, illud pater uni ex filijs prælegare non poſſit: ſi uerò de nouo feudo agatur, poſſit. Autores huius ſententiæ putantur fuiſſe, Andreas Iſernia in c. 1. de aliena. feud. Andreas Siculus in conſil. inſerto inter conſil. Alex. 4. lib. conſi. 55. nu. 58. 59. & eam ſecutus eſt Clarus d. §. Feudum, q. 40. & multi alij a Tiraquello citati loco annotato.

Fundamentum eſt, quia in feudo antiquo non poteſt pater filijs præiudicare, quibus eſt ius quæſitum ex antiqua conceſſione a domino facta, c. 1. de aliena. feudi pater
D ni. Cæterùm in feudo nouo, quod ipſe pater acquiſiuit, poteſt, argumento l. 3. ff. de ſeruis exportan. & d. cap. 1. de aliena. feudi. pater a contrario ſenſu.

Sed hęc ſententia haud difficulter refutari poteſt. Quoniam dato, quod pater uiuens alienando præiudicare poſſit filijs ſuis in feudo nouo, non tamen ſequitur eum poſſe teſtando præiudicare: quia alienatio feudi cum conſenſu domini ualet, ſed teſtamentaria diſpoſitio de feudo non ualet.

Tertia eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Nam, ſi ſit hæreditarium, ut puta conceſſum pro quibuſcunque hęredibus, etiam extraneis, uidetur patri licere illud uni prælegare: ſecus, ſi non ſit hæreditarium. Ita poſt alios Alexander reſpondit in conſil. 28. colum ultim. lib. quinto, & Curtius iunior hanc ſecutus eſt ſententiam loco ſuprà citato, nec non etiam Clarus. Et fundamentum eſt, quia tale

tale feudum transire potest ad quemcunque extraneum; ergo multò magis ad filium. Item, quia non transit ad filios, nisi sint hæredes patris? Ergo non licebit eis impugnare defuncti testamentum ac uoluntatem. argumen. l. Cum a matre. C. de rei uindic.

Sed hęc sententia non est recipienda propter duas causas. Prima est, quod cùm disputamus, an feudum possit vni a patre prælegari, id de feudo proprio accipiendum uidetur. Illud autem est impropriè feudum, quod transit ad extraneos hæredes. Deinde, quia etiam in einsmodi feudo improprio locum habet generalis prohibitio testandi, & ratio illius, ut ex sequentibus patebit. Et quod dicitur, filium hæredem patris impugnare non posse eius uoluntatem, refutatur ex his, quæ superius dicta sunt.

Quarta igitur sententia docet, patri non licere feudum uni ex filijs prælegare, quæ mihi uerissima uidetur. Et est communis sententia, teste Zasio de feudis in 8. part. in 3. particu. vers. Et hanc partem. multi eam secuti sunt, quos loco annotato Tiraquellus commemorat. ego addo Iacobum Cuiacium in commentarijs ad lib. 4. feudor. titul. 54.

Probatur multis argumentis. Primò, quia nulla defuncti ordinatio in feudo ualet, ut in cap. 1. de success. feudi. ergo nec illa ualebit, qua uni ex filijs feudum prælegauerit.

Secundò. Nam patris ius omne, quod habet in feudo, morte eius extinguitur, & alijs defertur, qui ex concessione uocati sunt. Nemo autem legare potest ius, quod morte sua periturum est l. Vxor patrui. C. de legat.

Tertio, nam si posset uasallus de feudo testari, & feudum legare, illud alienare, & in alium transferre posset absque domini consensu, quod legibus feudorum repugnat. cap 1. de prohib. feudi alienat. per Fridericum. Nec dicatur posse adhiberi domini consensum: *Nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* l. Illa institutio. ff. de hæred. instituend.

Quartò, omnes filij æqualiter in feudo succedunt. c. 1. de success. feudi. ergo non licet patri aliter disponendo efficere, ut unus tantùm succedat. argumento Nouellæ 2. & Nouellæ 22.

Si dicatur etiam in alijs rebus idem constitutum esse, ut æqualiter liberi ab intestato parentibus succedant, & tamen licet ipsis parentibus plus uni legare, quàm alteri. l. Parentibus. C. de inoff. testament. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam in alijs rebus permissum est parentibus testamentum condere. At in feudis permissum non est. Deinde in alijs rebus ius filijs non competit excepta legitima portione, at in feudo ius competit ex concessione domini, qui post mortem patris liberos ad feudum inuitauit. Quod si proponas patri duntaxat feudum concessum fuisse, non etiam eius liberis, tunc res erit magis perspicua, quod pater non possit feudum uni prælegare; quoniam ius quod habet, morte ipsius perimitur, & filijs defertur non tanquam à patre transmissum, sicut cętera iura transmittuntur ad hæredem; sed tanquam a lege delatum ipsis filijs, non tanquam patris hæredibus; sed tanquam filijs.

Hæc postrema ratio locum non habet in feudo hæreditario; sed tamen in eo sufficere possunt aliæ rationes, præsertim, quia de feudo proprio disputatio accipienda est, non de eo, quod propriam feudi naturam non habet, quale est illud, de quo loquitur tex. in capit. 1. tit. de feudo non habente propriam naturam feudi. & si qui alij sunt similes.

CAPVT LXIII.

Pater an prælegare possit emphyteusim uni ex filijs suis.

PAter emphyteusim stipulatus est sibi suisque liberis, vtrum eam testamento prælegare uni ex liberis possit? Negat Bartolus ad l. Vt iurisiurandi. §. Si liberi. ff. de operis libertor. Affirmat Io. Imolensis in c. potuit, num. 68. de locato. Vtrique non desunt ad stipulantes, ut uidere licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. par. post nu. 132. Vers. Subijcit tamen. Claro. in §. Emphyteusis, q 6 Couuar. uariar. resol. lib. 2. cap 18 num 2.

Fundamentum Bartoli est primo in cap. 1. de success. feudi, ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo tenente, vel valente.* Idem igitur, & in emphyteusi. Secundò, quia filijs ius quæsitum est omnib. æqualiter ex stipulatione patris, ergo non potest eis auferri. arg l Si cum pater. §. Si pater. ff. sol. matr. l. id quod nostrum. de reg. iur.

Fundamentum Imolẽsis est; quia filijs ius acquisitum est beneficio patris, ergo pater auferre potest. arg. l. 3 ff. de seruis exportand l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de uerbor. oblig. cum ibi notatis a Bartolo.

Deinde, quia pater dum acquirit filijs suis aliquid, uidetur illis donare. l. Filiæ. C. fam hercisc. sed donatio reuocari potest, ut ibi dicitur. Videtur autem reuocari ex eo, quod pater uni prælegauit, quia ex eo apparet patrem nolle, ut alij habeant Ergo prælegatum ualet. Addi potest emphyteusim alienari posse, & in alios transferri. l. 3. C. de iure emphyt. § Adeò in Instit. de locat. Ergo & legari poterit.

Ego puto Bartoli sententiam veriorem esse, & moueor hoc argumento: Quoties pater filio stipulatur in tempus, quo sui iuris est, actio ipsi filio acquiritur. l. Non quodcunque, 45. § si quis ita. ff. de uerb. oblig. Vlpianus: *Si quis ita stipulatus, post mortem meam filiæ meæ dari. vel ita: post mortem filiæ meæ mihi dari, utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiæ utilis actio competit, licet hæres ei non existat* Dicitur autem utilis actio competere, & non directa: quia nemo alteri stipulari potest, *tamen hoc in* casu ualet stipulatio, quia pater est, qui filio stipulatur: sed quia refertur stipulatio in tempus, quo sui iuris est, uidetur idem, ac si extraneo, uel emancipato stipuletur, ideo non oritur directa actio, sed utilis.

Sed in præsenti casu pater filijs suis stipulatur in tempus, cum erunt sui iuris effecti: nimirum post mortem ipsius patris: quia emphyteusis hoc modo concessa, intelligitur concessa primum patri, & eo mortuo filijs: ergo post mortem patris actio filijs acquiritur.

Hoc ita posito sic argumentor: Emphyteusis post mortem patris ad filios spectat æqualiter, quia æqualiter omnib. pater acquisiuit, & stipulatus est. Ergo non licet patri eam uni tantum prælegare.

Probo consequentiam. Nam si filijs omnibus emphyteusis acquiritur post mortem patris: ergo patris ius morte finitur. Sed quando aliquis legat rem aliquam in qua ius habet, sed illud morte eius extinguitur, non ualet legatum. l. Vxor patrui. C. de legatis. l. Si domus, § ult. & l. Quod in rerum natura §. 1. de leg. 1. Ergo in proposito casu legatum non ualet.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo: illud procedere, quando id, quod pater stipulatur, uel acquirit filijs, non refertur ad illud tempus, quo sui iuris sunt: quia tunc ius acquiritur filijs, ac proinde eis auferri non potest. Nec ad rem pertinet, l. tertia, ff. de seruis exportand. & similes, quibus dicitur, uendito seruo, ut intra certum tempus manumittatur, posse uenditorem ab hac manumissionis lege discedere, & eo pœnitente, non teneri emptorem seruum ea lege uenditum manumittere. Nam ratio est ibi manifesta, quia seruus est uenditoris, quia pactum adiecit,

neque

neque seruo actio quæsita est; licet enim libertatis sit capax, ac proinde fiat liber ex eo pacto: non tamen ius acquirit irreuocabile, sed hoc pendet ex uoluntate domini. At in casu nostro actio filijs acquiritur ex stipulatione patris, quia refertur in illud tempus, quo sui iuris sunt, quo casu patri non acquiritur.

Ad secundum argumentum concedo donationem esse; sed quia confertur in tempus, quo filij sui iuris sunt, illis actio competit, quam pater auferre non potest prælegando; quia prælegatum post mortem patris effectum habet, quo tempore pater nullum ius habet in emphyteusi.

Ad argumentum, quod attuli de alienandi potestate, quæ patri competit, respondeo, diuersam esse rationem inter alienationem & legatum. Nam alienatio fit inter viuos à patre, qui tūc obtinet & possidet emphyteusim; ac proinde potest illam alienare. Nam acquirendo sibi & filijs, primùm sibi acquisiuit, deinde filijs. quare si velit, potest meritò alienare. Neque enim dum filijs stipulatus est, intelligitur sibi prȩiudicare voluisse, quò minus suo iure rem alienare posset. Sed prælegatum fit in vltima voluntate, & in tempus refertur, quo pater nullum ius habet: sed filijs ex stipulatione ius competit. l. Illa institutio. ff de hæred. instit.

Si quis autem huc adferat iuris regulam: Hæredem non posse voluntate defuncti impugnare; ac proinde filium, qui est patris hæres, prælegatum agnoscere, ac minimè impugnare oportere, cùm & res aliena legari possit, & ipsius hæredis propria. Respondeo, non filium hæredem patris legatum impugnare sed legem, quæ hanc legati speciem non fouet: quia hoc legatum interpretatur, non tanquam rei alienæ legatum, sed tanquam legatum rei propriæ legantis, qui crediderit se ius habere legandi, cùm non haberet. Vis clarius hoc videre? *Vxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas tantùm vsumfructū earum habens, legare non potuit.* l. Vxor. C. de legatis. Hic testator si res alienas legauerit, ideo non valet legatum; quia videtur legare ius quod habet, illud autem morte eius extinguitur: Id non latuit Accursium, qui ita scribit eo in loco: *Sed nonne potuit rem alienam legare? Respondeo vtique, sed cùm non sit sua, ius quod habet tantùm legare videtur, at hic post mortem nullum ius remanebit, quare legatum non tenet* Et sequuntur Iason. Bartol & alij in commentarijs d. l. Vxor.

Atque huc pertinent verba illa l. Sticho. ff. de vsufr. legat. *Videri Stichum potius, quod habere se crederet, quàm quod onerare hæredes vellet, legasse.* Et est communis omnium sententia, quod legatum non valeat, quoties testator legatam rem, in qua ius habet morte sua periturum. in feudo, & emphyteusi exempla adfert post alios ab eo citatos Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 118. nu. 19. 20.

Quod si proponatur testatorem omnino voluisse, etiamsi sciret post mortem suam nihil sibi iuris competere in emphyteusi, sed eam ad liberos pertinere, pro æquis portionibus, eam uni prȩlegare, tunc putarem legatum valere; quia in claris non est opus coniecturis, ex traditis per Alexandrum in consil. 9. nume. 16. lib. 2. cum alijs à Menochio citatis loco proximè annotato. nu. 23. & Præsumpt. 117. nu. 6. 7. eod. lib. Est enim exploratum, rem alienam legari posse l. Cùm alienan. C de legatis, & rem hæredis. l. Vnum ex familia. §. Si rem. de leg. secundo, l. Cum filius. §. Dominus. ff. eodem. cùm multis alijs similibus.

Verùm in istis terminis controuersia à nobis hoc in capite proposita, non est inter Doctores sed quando pater simpliciter, prælegat uni ex alijs totam emphyteusim, quæ communis est omnibus filijs, Tale legatū non valet, quia patris ius morte extinguitur, ex ijs, quæ iam allata sunt.

A

CAPVT LXIV.

De donatione simplici, an sit conferenda ad l. Filia. C. fam. hercisc l. Si donatione C. de collat. & l pen C. eod. tit.

SVperiore libro nonnullas de collationib. quæstiones controuersas exposui, atque illam in primis: an donatio simplex filiofamilias collata sit conferenda necne? quam & in hoc capite iterum exponendam proposui. Iuuat autem eam retractare: quoniā alia quȩdam in mentem venerunt, quæ ueritati magis consona esse planè iudico; nec illud moror, quòd fortè aliqua ex parte, ijs, quæ alias dixi, hȩc aduersabūtur, quoniam hoc vnum mihi præcipuum studium est, veritatis inquirendæ, eiusdemque inuentȩ ad publicam vtilitatem in lucē proferendæ, paratusque semper ero, toties mutare sen-
B tentiam, quoties veritatem vel ipse inuenero, vel ab alijs inuentam cognouero.

Controuertitur; an donatio simplex, ut dixi, conferenda sit. Non esse conferendam probat. l Filiæ. C. famil. hercisc. Conferendam esse probat l. Si donatione C. de collat. Rursus conferendam non esse probat l. penult. C. eod.

Quod attinet ad l. Filiæ. eam sic accipio, ut loquatur condito testamento, propter illa verba: *Si non postea contrarium eius iudicium probetur.* Videntur enim indicare, textum accipiendum esse, quādo aliquod extat patris iudicium, scilicet testamentum, sed non contrarium donationi factæ; Et in hoc assentior Iacobo Cuiacio lib. 3. capite 30.

Quod attinet ad l. Si donatione. quȩ est eiusdem Diocletiani, eam puto accipiendam nullo condito testamento, vt videlicet tunc collationi locus sit: nullum enim
C est ibi verbum, ex quo testamentum conditum significetur.

Sed contra obijcitur, eiusmodi donationem conferendam non esse; quia non valet, & morte patris silentioque cōfirmatur. l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxor. Et ideo videtur filius rem donatam habere quasi ex legato vel fideicommisso, atque adeo post mortem patris aquirere, quo in casu collationi locum non esse inter omnes conuenit, & verum est. l. Nec emancipati. C. de collat.

Item opponitur l penult. in fi C. eo. titulo, vbi dicitur: *Simplicem donationem non aliter conferri, quàm si donator eam legem suæ liberalitati apposuerit.*

Non satisfacit, quod nonnulli dicunt, Diocletiano imperante nondum fuisse constitutum, vt donatio morte patris confirmaretur, quasi id à Iustiniano constitutum fuerit in d. l. Donationes, quoniam etiam Diocletiani tēporibus idem iuris fuisse, ut donatio confirmaretur morte & silentio donatoris, indicant l. 2. C. de inoffic. donat.
D l. Si non verum is, C. de donat. inter vir. & vxor. l. Cum de bonis. 11. C. de donat. & ex ipsa l. Donationes. apparet non Iustinianum illud primum statuisse, sed declarasse, quomodo esset accipiendum id, quod iam erat constitutum, & quod donatio retro trahenda esset ad diem, quo conscripta est.

Et hæc est communis veterum interpretum sententia, quod donatio morte patris olim confirmaretur, vt uidere licet ex Bartolo, Castrensi, & alijs ad l. 5. §. primo, ff. pro donato. quibus non obstat ille textus, dicens, vsucapi non posse rem a patre donatam filiofam. cum alijs a Cuiacio notatis ad l secunda, ff. pro hærede. & ad lib. quintū, senten. Pauli tit. 11. quia, vt post Cynum declarat Castrensis in dicto, §. primo confirmatur quidem morte patris donatio, si pater rem suam donet: secus si alienam, tunc enim iniquum est, vt confirmetur in præiudicium alterius, qui est dominus. Et notandum est, idem esse, quod dicitur, silentio donatoris patris confirmari donationem,

tionem, sicut loquitur l. Donationes. C. de donat. inter. vir. & vxor. ae si dicatur, si pater in eadem volũtate perseuerauerit, vt loquitur Diocletionus in l. Si non verũ is. C. eo. ti. Dicitur enim in eadem uoluntate perseuerasse, qui mortuus est voluutate non mutata. Et ideo Iustinianus in d l Donationes *Ita firmas esse*, inquit, *per silentium donatoris vel donatricis sancimus Si vsque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint insinuatę.* Et paulò infrà; *Tunc & silentium donatoris, vel donatricis & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta est.* Ex quibus verbis appatet Iustiniano idem esse perseuerantiam in eadem voluntate, & silentium donatoris. Et id solum statuisse, vt tunc confirmetur donatio, cum non excedit quantitatem legitimã, vel cum eam exeedens fuerit actis insinuata. Item ut donatio retrò trahatur ad tempus, quo conscripta est, quod antea coustitutum non erat.

Item nou probatur, quòd ad l. pen. dicunt, illam esse accipiendam de filio emancipato, quia ibi loquatur textus de donatione matris, quam constat non habere filios in potestate. Nam nullum ibi fit verbum de filio emancipato, sed de filio simpliciter, & fit mentio etiam donationis patris, & quod caput est, filium emãcipatum conferre debere donationem simplicem, dubitari nõ potest ex forma edicti Prætoris, de quo in l. 1. ff. de collat. bonor. & iu l. Si emancipati C. de collat. & in l. Et liberis. C. eo. ad finem.

Existimo itaque ita respoudendum esse, licet simplex donatio patris non valeat, & morte confirmetur, tamen conferri debet: quoniam legati & fideicommissi naturam non habet, sed potius donationis inter viuos. Id patet, quia retrotrahitur ad tempus, quo conscripta est: & sic non ualet ex die mortis patris, vt cætera legata & fideicommissa, sed fingitur ab initio ualuisse, ut in d. l. Donationes. ibi; *Tunc & silentium donatoris vel donatricis, & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit.* Cùm itaque retrotrahatur, atque perinde habeatur, ac si ab Initio ualuisset, cum fuit conscripta, cessat argumentum, ex quo uidebatur locus non esse collationi, quasi filius donationem post mortem patris consecutus esset, & ex vltima eius uoluntate. Videtur enim eam consecutus patre uiuente; & ideo meritò cõferenda, ut seruetur inter filios æqualitas parentibus intestatis succedentes: vel etiam attento nouissimo iure testamento condito defunctis, iuxta Nouellam de Triente & Semisse §. Illud.

Quod verò attinet ad l pen. non puto sensum esse illius legis hunc, ut donatio simplex non conferatur, si pater, vel mater intestati decesserint: sed si decesserint testamento condito, quod per querelam rescissum sit, tunc enim ex antiquis legibus certum erat, donationem inter viuos conferendam non esse, nisi donator eam legem suæ liberalitati apposuerit, ut in l. Si non mortis. ff. de inoffi. testam. & in l. Si quando §. Illud & §. Generaliter. C. eod. ut. Vlpianus: *Si non mortis*, inquit, *causa fuerit donatum; sed inter viues, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat; at si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certè conferri oportetid, quod donatum est.*

Vides, vt puto, lector, hic locum esse collationi, etiam testamento condito. Item donationem simplicem conferri, qui eam conditionem donator apposuit, ut conferretur. Id patet ex illis verbis: *Hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur.* Est enim perinde, ac si dictum fuisset, hac tamen contemplatione, vt conferatur: quia omnia conferuntur, quæ in quartam imputantur, ut patet ex d. l. pen. C. de collationib. *Vt omnia*, inquit textus, *quę in quartam portionem ab intestato successionis computantur iis, qui ad actionem de inofficioso testamento uocantur, etiamsi intestatus is decesserit, ad cuius hęreditatem ueniunt, omnimode cohęredibus suis conferat.*

A Ad eundem modum loquitur textus in d. l. Si quando §. Et generaliter. C. de inoffi. testa. ut patet. ibi: *Aliquid dederit, ut mortis causa donatione, ut inter uiuos sub ea conditione, ut hęc inter uiuos donatio in quartam ei computetur.* Et post hæc textus loquitur de illa specie, in qua testamentum est conditum, & minus legitima portione filio relictum est.

Donatio itaque inter viuos in legitimam filij non imputatur, & ideo testamentum inofficiosum filius dicere potest: nisi ea conditio donationi adiecta sit, ut in legitimam imputetur Nam eo in casu querela cessat, & conferenda erit, ut in d. l. Si non mortis.

Hæc igitur est sententia Iustiniani iu d. l. penul. C de collat. licet simplex donatio non conferatur, nisi eã conditionem donator, s. pater uel mater, uel alij parentes adiecerint: tamen illo in casu conferenda erit, ut inter liberos æqualitas seruetur, quãdo alter filius confert dotem vel douationem propter nuptias.

B Exemplum esto. Vuus ex filijs confert dotem vel donationem propter nuptias Alter, in quem simplex donatio collata est, negat se conferre debere: Adfert hanc rationem: quia est donatio simplex inter viuos, quæ non confertur, nisi donator eam conditionem apposuerit. Imperator statuit, vt ea exceptione non obstante conferre debeat.

Illa verò exceptio, quòd simplex donatio non conferatur, non habet locum in successione intestati, sed testati duntaxat, & iu hunc modum obijcitur. Nam cum ita constitutum sit, ut si testamentum sit inofficiosum, illud rescindi possit à filio exhęredato, licet donationem inter viuos simplicem consecutus fuerit, ea conditione non adiecta, vt cõferatur, vel vt in legitimam portionem imputetur, & sic eo in casu donatio simplex non conferatur. Tamen fieri potest, ut alter ex filijs, ei, qui simplicem donationem accepit, conferre teneatur dotem, vel donationem propter nuptias, si fortè testamentum tanquam
C inofficiosum rescissum sit. & tunc Iustinianus statuit, illum quoque, qui simplicem donationem accepit, conferre oportere donationem ipsam, vt æqualitas seruetur ea exceptione non obstante. Quod autem rescisso testamento per querelam locus collationis sit doti vel donationis propter nuptias, manifestum est ex l. Vt liberis C. eo. ti. in qua sic statuit Imperator Leo; *Vt liberis siue sui iuris, siue in potestate constitutis quocunque iure intestatæ successionis, idest, aut testamento penitus non condito, aut si factum fuerit contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota recisso, ęqua lance pariq; modo prospici possit, hoc etiam ęquitatis studio pręsenti lege credidimus inserendum, ut in diuidendis rebus intestato defunctorum parentum tam dos, quàm ante nuptias donatio conferatur.*

Hæc est mea hac iu re longè difficillima sententia, ex qua primo perspicuum euadit, simplicem donationem
D filio in potestate factam, conferendam esse, & hanc amplector quicquid dixerim. Secundò, nullam esse antinomiam inter l. Filiæ. & l. Si Donatione. Tertio, aliam esse sententiam, quam vulgo credatur. l. penul. C. de collat.

CAPVT LXV.

Ad l. vlt. C. de collat. an sit extendenda ad filios emancipatos

Controuersia est maximi momenti, an quod constitutũ est in l. vlt. C. de collat. ut aduentitia bona nõ conferantur, iusta interpretatione trahi ad emancipatos possit. Et licet sup. lib. 5. c. 83. ea de re aliquid dixerim, placet tamen diligentius expendere, ne summas difficultates prætetire, & eis quodammodo videar ter-

ga

ga vertere: *Vt nemini,* inquit Iustinianus, *de cætero super collatione dubietas oriatur, necessarium duximus, constitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, ut res quas parentibus adquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Vt enim Castrense peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex prisci iuris authoritate minime cogebãtur: ita & alias res, quæ minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.*

Qui negant hanc Constitutionem ad emancipatos pertinere duo perpendunt. Primum, quòd Iustinianus dicit: *Vt nemini de cætero super collatione dubietas oriatur.* Hæc dubietatio oriri non poterat, quantum ad filios emancipatos, quia certum erat eos conferre debere sua, cum appetunt paterna. leg. prima. ff de collat. bonor. l. Si emancipati. l. Vt liberis. C. de collat. sed oriri poterat hæc dubitatio, quantum ad filios in potestate: quia Iustinianus iam statuerat in l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. vt aduentitia bona patri non acquirerentur, nisi quantum ad usumfructum; quamobrem meritò dubitare quis poterat, an aduentitia conferre tenerentur. Nam eos ad conferendum teneri illa ratio adferri poterat, quod antiquæ leges hunc casum non excipiebant. Contra non teneri: quia cùm patri aduentitia bona non acquirerentur, non uidebantur etiam conferẽda, sicut nec Castrensia, vel quasi Castrensia bona, quæ patri non acquirebantur.

Alterum est, quoniam Iustinianus dicit se hoc addere velle constitutioni, quam iam fauore liberorum fecit, ut res, quas patrib. acquirendas esse prohibuit, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiacerent. Illa autem Constitutio pertinet tantum ad liberos, qui sunt in potestate. Est. n. in l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Ergo, & hæc noua Constitutio de collationibus ad eosdem tantum pertinere debet.

Pro confirmatione addi potest argumentum aliud, nimirum, si emancipatus aduentitia bona conferre non teneatur, fore, vt edicto Prætoris forma quæ in l. 1. ff. de collat. bonor. habetur, una cùm alijs legib. quæ emancipatos conferre præcipiunt, sublata nunc sit, quod tamen cùm expresse à Iustiniano factum non sit, non uidetur esse temerè præsumendum.

Istis non obstantibus ab ea sententia nõ recedo, quàm posui supra dict. lib. quinms, capitul. 83. nempe Iustiniani Constitutionem ad emancipatos etiam pertinere ex interpretatione prudentum, & ideo nec emancipatos hodierno iure ad conferenda bona aduentitia obligatos uideri. Moueor hoc argumento. Nam ratio, cur emancipati olim conferre tenerentur aduentitia bona, hæc erat: quoniam quicquid acquirebat filius in potestate existẽs, acquirebat patri, exceptis Castrensibus, uel quasi. l. Placet. ff. de acquir. hæred. l. prima. ff. Si à parente quis fuerit manu. illud autem, quod acquirebat filius emancipatus; acquirebat sibi, Ergo iniquum erat, ut emancipatus æqualem haberet partem bonor. paternor. in quibus erant etiam bona a filio in potestate quæsita, nisi ipse quoque emancipatus sua bona conferret, & hæc est illa æquitas, cuius meminit Iurisconsultus in l. prima, ff. de collat. bonor. *Vt sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna* & ibi Bartolus optimè declarat. Quapropter, si emancipatus olim aliqua bona acquireret, quæ non acquirerentur patri, licet in potestate patris esset, illa non conferebantur. l. Si fratres. §. idem Papinianus. ff. pro socio. ibi. *Quamuis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri in potestate manenti, quia etsi in potestate maneret, præcipua ea haberet.*

His adde, Iustinianum ipsum in d. l. ult. simili modo ratiocinantem, dum ait: *Vt enim Castrense peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex prisci iuris autoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus acquiruntur, proprias liberis manere sancimus.*

Cùm igitur aduentitia bona ex l. Cùm oportet. C. de

A bonis, quæ liberis. non acquirantur patri, licet filius sit in potestate, cessat prorsus ratio, & fundamentum collationis. Nam sicut emancipatus non acquirit patri, ita nec suus. Ergo ille non potest emancipatum cogere, ut conferat, eam ob causam, quod ipse filius in potestate omnia patri suo acquirat, emancipatus autem sibi. Nam nec suus aduentitia quærit patri, sed sibi. Et ideo res redacta est ad antiquam regulam illam, cuius meminit Papinianus in d. l. Si fratres. §. Idem Papinia. ff. pro socio, *ut quæ emancipatus, si in potestate maneret, præcipua haberet, non cogatur conferre fratri in potestate manenti.* Sed tam aduentitia, quæ emancipatus habet præcipua, simili modo præcipua haberet, si in potestate maneret. ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. ergo conferre non tenetur.

Ad argumenta in contrarium respondeo, fatendo verba Iustiniani pertinere ad filios in potestate manentes, quod satis clarè euincunt rationes superius allatæ, sed nostra disputatio est: an ex interpretatione idem statuendũ nunc sit in emancipatis; & dicimus idem esse statuendum,
B atque ita Iustiniani legem, quæ de suis loquitur, ad emancipatos extendimus, ob causas iam allatas.

Antiquas uerò leges, & Prætoris edictum ideo non offendimus, quia cessat ratio nunc antiquarum legum, & Prætorij edicti, propter nouam l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. Et isto in statu, in quo nunc res est, etiam ueteres Iurisconsultos responsuros fuisse collationi locum non fore, satis perspicuum esse ex supradicto Papiniani responso existimamus.

CAPVT LXVI.

Ad l. Qui se patris. C. Vnde liberi.

C IMperator Constantius: *Qui se patris post auum intestatum defuncti negat hæredem, mortui aui paternas suscipere facultates non potest. maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.* l. Qui se patris. C. vnde liberi.

Iacobus Cuiacius lib. 4. Obseruat. c. 6. *Hoc Rescriptum, ut obscurum esse existimetur, Accursij interpretatio facit, qua nutat, uacillatq́; adeo, vt certi ex ea, quod statuat, colligere uix quisquam possit. Mihi huius Rescripti species apertissima videtur. Si post mortem aui intestati filius delata hęreditate priusquam se immisceat, decesserit, nepos ex eo dubitare potest, an auo hæres sit. Si filius miscuisset se, nihil dubitaremus nec enim tunc, nisi per patrem nepos aui hæreditatem obtinere posset. At si filius non miscuerit se, & decesserit, dubitatur, an nepos auo hęres sit. Et sane, si patris sui, id est, si filij hęreditatem suscipiat, suscipiet etiam aui hęreditatẽ transmissionis iure, quoniam sui etiam ignorantes parẽtum hęreditatem ad hęredes transmittunt. l. Apud hostes. C. de suis & legit. hęred. l. 2. §. Si quis ex liberis. ff. ad Tertyll. At*
D *si nepos nolit filio hęres esse, an dicemus cum auo suum hęredem futurum? Minime uero, idque in emancipato nepote dicemus facilius, quàm in eo, qui est in potestate aui. Sed tamen in vtroq; idem iuris est, quoniam in suis hęredibus successio non est l. 1. § Sciendum. ff de suis & legit. hęred. Tempore enim delatæ hęreditatis eum filius in ea hęreditate præcessit. At defendi potest, daturum ei Prætorem bonorum possessionem Vnde liberi & hoc sensit in eo Rescripto Constantius, cum sit positum sub tit. Vnde liberi, &c.*

Hæc, quam attulit Cuiacius, interpretatio antiquorum fuit interpretum Baldi, Aretini, Iasonis, Cagnoli, & aliorum multorum.

Sed ut reuertar ad Cuiacium, ille explicat causam, ob quam iure Ciuili nepos non admittitur, ut & alij explicarunt, & satis est perspicua. Verum in eo uersatur difficultas, quo pacto nepos bonorum possessionem petere possit. Etenim hæreditas aui ad filium eius transit ipso

iure,

iure, tanquam suum hæredem, qui moriens eam etiam non agnitam ad hæredem transmisit, l. Apud hostes, C. de suis & legit hæret. Sed nepos negat se patris hæredem esse, ergo ad alios patris hæreditas pertinere debet; Et consequenter etiam aui hæreditas, quæ mixta est, & in unum patrimonium redacta.

Respondent Cagnolus, & alij ex antiquioribus, æquitatem Prætoris hoc efficere, propter summam coniunctionem aui, & nepotis, ut hæreditas deuoluatur ad extraneos. Non rectè, quia sibi nepos imputet, qui abstinet ab hæreditate patris, cui admixta est, & aui hæreditas. Nec enim Prætor alijs auferre ius suum potest, & iuris formam tollere.

Alij dixerunt, patrem in specie dictæ legis repudiasse hæreditatem patris sui, id est, aui ipsius nepotis; Glos. Bartolus, Paulus Castrensis, & Aretinus. Sed illis obstat primò, quod tunc nepos potuisset, etiam iure Ciuili succedere in hæreditate aui, l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Secundò, quod nepoti hoc in casu nil noceret repudiatio hæreditatis paternæ. Videtur autem a contrario sensu Constantinus indicare nepotem, si non neget se patris hæredem, iure Ciuili admittendum ad hæreditatem aui. Et tamen id ei non prodesset, si pater eius abstinuisset: neque enim ex persona eius, tanquam hæres, auitam hæreditatem consequi potest.

Alij dixerunt nepotem istum, qui se patris negat hæredem, non uideri bonorum possessionem iure prætorio competentem omittere, l. Suum, C. de iure deliber. l. Quoties duplici. de reg. iur. itaque exclusus ab adeunda hæreditate iure Ciuili, uidetur bonorum possessionem unde liberi petere posse, ita Albericus, quem sequuntur Duarenus, & Decius, repugnante Cagnolo, quoniam hæreditatis appellatione ueniat etiam bonorum possessio, ex l. Hæreditatis appellatione, ff. de verb. signific. & l. Puberem, C. de iure delib. quæ leges id non dicunt.

C Sed libenter scirem, quo pacto id accipiendum sit: an nepos petita bonorum possessione obtineat etiam patris sui facultates; an uerò aui duntaxat? Si patris quoque, sul, res est satis plana, sed uereor, ut Cæsareo rescripto sit conformis; quia præsupponit nepotem patris sui hæredem non esse, & consequenter loquitur eo in casu, quo facultates eius non obuenit: non ponens uim in eo, quod negando se patris hæredem a bonorum possessione exclusus non sit; nec illud requirens, ut nepos bonorum possessionem petat patris sui, sed dicit ad huiusmodi beneficium per bonorum possessionem, nepotem peruenire, ut scilicet aui paterni suscipere facultates possit.

Si uerò aui paterni duntaxat bonorum possessionem nepos consequitur, in superiorem scopulum incidimus, quo pacto liceat Prætori bonorum possessionem hoc in casu concedere nepoti abstinenti ab hæreditate patris, cùm ad alios hæredes ipsius patris pertineat, & hæreditas, & bonorum possessio aui; quæ cum paterna hæreditate in unum patrimonium est redacta.

D Hæc est mea coniectura, hunc, de quo agitur, nepotem suum esse patris defuncti, in cuius est potestate, sed cum beneficio abstinendi, iuxta §. Sui. in Instit. de hæred qualit. & diff. Tanquam igitur patris hæres consequitur etiã auitam hæreditatem: Illam enim, ut rectè dictum est, etiam non agnitam transmittit filius, l. Apud hostes, C. de suis, & legitim. hæred. & ideo ad hunc nepotem hæredem transmittit. Cùm itaque nepos iste, tanquam hęres patris, etiam hęreditatem aui obtineret, uolebat abstinere ab hæreditate patris, & aui hæreditatem retinere. Respondit Constantinus iure Ciuili non posse id fieri; quia uidetur esse vna, & eadem hęreditas patris, & aui; iure autem Pretorio id obtineri posse per bonorum possessionem, ratio est; quia licet uideatur una esse hęreditas, tamen considerari debet ex equitate pretoria, ut duplex hęreditas. Nam si nepos, tanquam hęres patris sui,

A vellet se abstinere hoc in casu ab hęreditate aui, posset id facere, l. Si quis filium, 7. §. 1. ff. de acquir hęred. Paulus: *Si filius priusquam sciret se necessarium extitisse patri hęredem, decesserit relicto filio necessario: permittendum est nepoti abstinere se aui hęreditate: quia & patri eius idem ius tribueretur.*

Si, ut una hęreditas consideranda esset, non liceret nepoti abstinere, quia nemo potest hęreditatis partem retinere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acquir. hęre. Sed quia duplex est hęreditas, ideo permissum est nepoti, retenta patris hęreditate, abstinere ab hęreditate aui.

Idem ergo permissum est ex contrario, ut nepos hęres patris sui, & aui abstineat ab hęreditate patris, & aui hæreditatem obtineat. Hoc autem Pretoris beneficio obtinebit per bonorum possessionem, non iure Ciuili: quia in suis hęredibus successio non est l. 1. §. Sciendum, ff. de suis, & legit. hæred. hoc est, non est locus edicto successorio ex persona in personam: & sic ex persona filij in

B personam nepotis. Quamobrem ad hæreditatem aui nepos non uocatur, quia filius gradu eum pręcedit, & suus hęres est ipso iure: nec enim abstinuit isto in casu. Iure tamen Pretorio bonorum possessionem obtinebit ex capite *Vnde liberi.* quandoquidem filius ei non obstat, nec alius extraneus hęres.

CAPVT LXVII.

Aui Qui se patris, C. vnde liberi. hodie sit correcta.

POst hęc breuiter tractanda est illa controuersia, an l. Qui se patris, C. Vnde liberi. correcta sit. Accursius enim correctam esse existimauit, quem postea notes usque ad Bartolum refutarunt. Sed Bartolus, Castrensis, Decius defendunt. Iason contradicit, & quidam alij. Rei difficultas in hoc est posita, quod nouo iure successorium edictum locum habet inter agnatos, ideo, si filius in specie huius legis patris hęreditatem repudiaret, iure Ciuili nepos admitteretur tanquam agnatus, §. Placebat in Instit. de legitim. agnato. succeß. & Bartol. textum pro hac sententia adfert notatu dignum in l. Defunctis, C. de legitim. hęred Diocletianus: *Defunctis suis extantibus hęredibus, & abstinentibus, vel repudiantibus hęreditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest* Respondetur ab aliquibus, sed malè, textus illos de collateralibus loqui; Nam licet de his loquantur, argumentum tamen non tollitur, quia ex ijs textibus apparet suis hæredibus abstinentibus, alios ex edicto successorio uocari: Et consequenter nepotes uocabuntur ex capite *Vnde legitimi.* Nam ex capite Vnde liberi uocari non posse constat, siquidem in suis non est successio, l. 1. §. Sciendum, ff de suis & legiti. hæred. Et ideo, si plures sint hęredes sui uno abstinente, alij succedunt ex iure accrescendi. l. Vn. C. quando non peten. partes. Si unus tantum sit, & abstineat, ad alium gradum defertur, l. 2. §. Sed si sint sui, ff ad Tertyll. l. 1. §. Post suos, ff de suis & legitim. nisi ipse suus uelit ex alio capite succedere, l. 1. §. Sed uidendum, ff. de succeß. edicto.

Igitur Accursij, Bartolique sententia ultimo hoc fundamento, & præsupponit accipiendam esse l. Qui se patris, in eo casu, quo pater nepotis hæreditatem aui repudiauit: tunc enim ad nepotem iure Ciuili defertur ex successorio edicto, quapropter Pretoris beneficio non indigeret.

Fundamentum est firmum, sed legis interpretatio, quæ premittitur, consistere non potest ex his, quę superiore capite deducta sunt, ad refellendam eorum sententiam, qui hanc legem accipiendam putant, eo in casu, quo pater repudiauit. quibus addo nunc argumenti loco illud absurdum, quod ex ea interpretatione sequetur,

quereretur, nempe legem istam repugnare alijs legibus, quibus probatur, suis hæredibus abstinentibus, ad alios hæreditatem pertinere iure Ciuili. Non enim dico correctum esse: Qui enim Diocletianus, qui fuit prior, Cōstantini (Cuiacius putat Constantij esse) legem tollere possit? Hęc igitur lex, quam in manibus habemus, neque correcta est, & alium habet sensum, quàm Accursius, & Bartolus existimauerint, vt in præcedenti capite latius disputatum est.

CAPVT LXVIII.

De euictione inter cohæredes præstanda.

QVæstionem hanc, de euictione inter cohæredes præstanda, nonnihil controuersam elucidare conabor aliquot conclusionibus propositis, atque ut res postulauerit discussis ex his, quæ interpretes adferre solent ad l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2. in l. *Si* familiæ, C. fam. hercisc. in l. Si fratrem, C. commu. vtriusque iud. in l. Qui Romę. §. Duo fratres in vlt. quæstio. Bartol. ff. de verb oblig & post eos Caballinus de Euictionibus. § 4. post nume. 51. Menochius in consil. 87. lib. 1. Burlatus in consi. 173. lib. 2.

Prima conclusio: Si res vni ex hæredibus prælegata sit, ob euictionem actio non competit. Papinianus: *Euictis prędijs, quę pater, qui se dominum esse crediderat, verbis fideicommissis filio reliquit nulla cum fratribus & cohęredibus actio erit.* l. Cum pater. §. Euictis de leg. 2.

Secunda conclusio: Si diuisio facta sit a testatore inter cohæredes, quia prælegatæ cuique res censentur. l. Ex facto. ff de hæred. insti. si res uni assignata fuerit euicta, non competit actio, sed exceptio. Idem Papinianus loco proximè citato: *Si tamen inter filios diuisionem fecit, arbiter coniectura uoluntatis non patietur eum partes cohæredibus pręlegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conseruare.*

Hoc in loco Bartolus, & cęteri cōmuniter ob perpendunt. Papinianum non dicere, rei euictæ nomine actionem dari cohæredi, sed eum se teneri posse exceptione, si conueniatur a cohæredibus, vt prælegata restituat, vt videlicet ea restituere non teneatur, nisi parati fuerint. & ipsi patris iudicium conseruare.

Fulgosius a cęteris dissentit existimans etiam actionem cohæredi competere, propter illa verba: *Arbiter coniectura uoluntatis non patietur.* Nam si hæc voluntatis coniectura est, sequitur, vt ex ea detur tam actio, quàm exceptio. argumen leg. Cùm proponebatur. de leg a. & l. 1. C. comm. de legat.

Ego Fulgosio assentior, tum propter coniecturam istam voluntatis paternæ, tum propter ipsam legis rationem, tum quia Bartoli & aliorum interpretatio de exceptione non est satis solida. Nam si voluntas patris fuit, vt quilibet hæredum prælegatas partes obtineret, vt Papinianus existimauit, & testificatus est, actio competere debet de euictione, quemadmodum competit, quoties rem alienam coniunctæ personæ etiam ignorans alienam esse testator legat. l. Cum alienam, C. de legat. competit, inquam, ad rei euictæ æstimationem, vt declarant Bartolus in l. Si domus. §. De euictione. nu. 3. & ibidem Castrensis, num. 6. Iason, num. 30.

Quod si rationem legis spectęmus fortissimum inde suppetet argumentum. Nam cum vni tantum ex hæredibus aliquid prælegatur, ideo non habet actionem de euictione, ne oriatur inæqualitas, & inuidia inter cohæredes. Neque enim existimandus est testator voluisse legare, si credidisset rem alienam esse, & huc alludūt, illa verba d. §. Euictis. *Pater qui se dominum esse crediderat.* quoniam vt dixi, repugnat ratio inæqualitatis, quæ inde oriretur. Hęc inæqualitatis ratio locum non habet, cùm a testatore facta est diuisio, & alijs etiam cohæredibus partes aliæ prælegatæ sunt: imò coniectura uoluntatis est, testatorem id, quod euictum est, prælegaturum fuisse, licet alienū esse credidisset. & ideo statim textus subdit: *Si tamē diuisionem fecit, arbiter cōiectura uoluntatis*, &c.

Quod autem solida non sit Bartoli, & aliorum interpretatio in eo, quod de exceptione dicunt, perspicuum est ex eo, quòd non negat textus actionem competere: sed sententia legis est, si alij cohæredes velint, & ipsi partes prælegatas consequi, eos conseruare cohæredi partem euictam debere. Nam si nollent succedere, procul dubio non tenerentur. Itaque est perinde, ac si text. diceret eos teneri de euictione, si partem suam consequi intendunt.

Tertia conclusio: Actio de euictione locum habet in diuisione facta inter cohæredes iudicio familiæ herciscundæ. l. Si familiæ. C. famil. hercisc. l. Si fratres C. commu. utriusque iudic. l. Hæredes. §. Item curatę. ff. fam. hercisc.

Quarta conclusio: Non habet locum euictionis actio B inter cohæredes, quoties res euicta est ex facto ipsius cohæredis. l. Fundum meum. ff. de euict. Idem iuris est, si euincatur facto testatoris. Ita omnes docent in dict. §. Duo fratres ubi Zasius num. 15. quia hæres defuncti factum præstat. l. Ex qua persona. de reg. iur. de quo tamē uidendi sunt alij Doctores in d. §. Duo fratres. Est enim articulus, quem ibi latè tractant, a nostra disputatione nonnihil alienus.

Quinta conclusio: Non est locus actioni de euictione inter cohęredes, quoties nō ignorans res diuisas periculo euictionis subiacere, nisi pacto, uel stipulatione conuentum sit, vt euictio præstetur. l. Si fratres. C. commu. utriusque iud l. Si fundum sciens, C. de euict.

Sexta conclusio: Inter scientes tamen res euictionis periculo subesse, præstanda est euictio, quoties uni soli res euictioni obnoxia in diuisione attributa est, ceteris autem bona libera obuenerunt. ita dicebat olim Guido Suzarius Alex. in l. Qui Romæ §. Duo fratres. nu. 34. ff. C de verb. oblig. Alciat. ibidem, num. 40. Menoch d. cons. 87. num. 84. Bursatus in d. cons. 173. num. 19.

Dum tamen in hoc aduertatur, inquit Alciatus, *an qui bona fideicōmissa accepit, id fecerit, quia in pręsētī essēt utiliora, uolueritq; eā utilitatē cū futuri euentus periculo cōpensare* argumento l. De fideicōmisso. C. de Transactio.

Mihi placet Alciati sententia: Amplius generaliter existimo ei, qui sciens bona fideicommisso subiecta acceperit in diuisione, actionē de euictione non competere, nulla ratione habita, quod cęteris hæredibus bona libera obuenerint in ea diuisione. Imputandū est enim huic, quod scienter bona fideicōmisso subiecta acceperit. Itē quod sibi de euictione pacto, uel stipulatione nō prospexerit l. Si fratres. C. cōm. utriusq; iud. Diocletianus: *Nam si fundi scientes obligationē dominiū suscepistis: tantū euictionis promissionē solennitate uerborū, uel pacto promissam probantes, eos conuenendi facultatē habebitis.*

Hoc in loco non distinguitur, an cæteris fratribus D bona libera obuenerint; sed generaliter negatur euictionis actionem ei competere, qui sciuit obligationē, quod iuri consentaneum est d. l. Si fundum sciens. C. de Euict.

Quod si hoc in casu quis lęsus esse dicatur, tunc iuris remedia suppetunt oportona. l. 3. C. comm. utriusq; iud. sed non pertinent ad euictionem.

Septima conclusio. Quoties euictionis periculum inter cohęredes mutuum & commune est, quia omnes possident res obligatas creditoribus, uel aliter obnoxias euictioni: tunc si uni res euincatur, is non habet actionem de euictione aduersus cohæredes, quia uersantur, & ipsi quoque in eodem periculo. Ita post Guhelmum Cunium docet Paulus Castrensis in d. l Si familiæ. nu. 1. C fam. hercis. adducta l. Cum duobus. C. de inoff. testam. quæ nihil probat.

Salycetus autem in d. l. Si familiæ. existimat actionē

KK hoc

hoc in caſu competere, cui Ripa adſtipulatur in d. l. Qui Romæ. §. Duo fratres. nume. 98. Alciatus autem ibid. nu. 34. diſtinguendum putat, vt ſi in limine iudicij euictio immineat, locum habeat ſententia Baldi (Nam & Baldus Cuneum ſecutus eſt) *aliàs*, inquit, *Salycetum ſequar*.

Difficultas in hoc conſiſtit, cum l. Si familiæ. C. fam. hercisc. generaliter dicat, inter cohæredes locum eſſe euictioni, niſi contrarium pacti fuerint, vtrum hæc ſit iuſta interpretatio. Si omnes hæredes res poſſideant pe riculo euictionis obnoxias, & vni fuerint euictæ, alteri non, euictionem præſtandam non eſſe: quia ſufficit alijs quoque cohæredibus idem periculum imminere; & ideo ſi non eis res euincantur, id lucro eorum cedere debere, & caſui fortuito adſcribendum. Non puto iuſtam eſſe interpretationem. Nam diuiſio vicem obtinet permutationis, at in permutatione clarum eſt præſtari euictionem, ſicut in venditionis contractu. Quare ſi uni ſit res euicta præſtanda, eſt euictio. Quod ſi & alteri euincetur, ſimiliter præſtanda erit. Interim non debet ipſe propter periculum, quod imminet, liber eſſe. Denique nulla lege, nulla iuris ratione probari poteſt hæc interpretatio. Lex autem generalis eſt, & euictionem præſtandam inter cohæredes decernit.

Octaua concluſio Quoties euictio ex natura rei contingit, inter cohæredes euictionis actio non habet locum, niſi pacto aliter ſit conuentum. Exemplum Si uni ex hæredibus bona feudalia obuenerint, & eo mortuo abſque filijs maſculis, filia ſuperſtite, feuda fuerint euicta, non datur actio. ita docet Accurſius in d. l. Si familiæ. C. famil. hercisc. & ibid. Bartol. Salyc. Caſtrenſ. Alexand. conſil. 21. nu 4 lib. 5. Socinus iun. conſil. 119. nu. 2. lib. 3. alios citat Menoch d. conſ. 87. nume. 78. Probatur argum. l. Si ſeruus. ff. de euict. illis verbis: *Quia nemo eum euincat, ſed fatum humanæ ſortis.*

Verùm Alciatus in conſ. 138. nu. 3. hoc in caſu locum eſſe euictionis actioni reſpondit, ſi ex coniecturis id actum probabiliter arguatur. v. g quando manifeſta læſio aliàs induceretur; vt quia bona patis æſtimationis eſſent cuilibet fratrum aſſignata. *Videtur enim*, inquit, hoc caſu præſtanda euictio; quia ceſſat ratio, quod mutuum periculum ſuſcepiſſe videantur. quæ fuit opinio Guidonis de Suzario, quem refert Alexander in § Duo fratres. Suadet hoc & æqualitas, quæ inter fratres ſeruari debet, maximè in diuiſionibus. Idem reſpondit Menochius d. conſil. 87. nu 84. 85. 86. Burſatus d. conſ. 173. num. 19

His ego non aſſentior. Nam præſuppono factam eſſe diuiſionem æqualem inter cohæredes ſine dolo & fraude Vnum hoc dubium exiſtere; an ſi uni feudalia obuenerint, & alijs allodialia, præſtanda ſit euictio, quæ contingit ex natura feudi. Ergo nego præſtandam. Pro confirmatione huius ſententiæ addo argumentum aliud. Nā is, qui feudalia bona accepit, ſciebat aut ſcire debebat ea ſecundum naturam ſuam ad maſculos pertinere, nō ad fœminas; quare ſi deceſſit nullis filijs maſculis ſuperſtitibus, filia hæres nō habet actionem de euictione, propter patris ſui ſcientiam. Sicut enim ſcienti actio non datur, vt ſuprà concluſione 5. ita nec hæredi eius. Nec enim melioris conditionis eſt hæres, quàm ſit autor eius. Quod ſi forte res feudales illi obuenerunt, vel ex iudicis ſententiâ, idem eſt dicendum Nam præſuppono iuſtè diuiſionem factam, & conſequenter bona feudalia aſſignata fuiſſe ſecundùm æſtimationem iuſtam, ratione ſcilicet habita qualitatis ipſorum bonorum. Huc accedat, quod in læſione dijudicanda ſpectandum eſt tempus contractus celebrati. l. Si voluntate. in fine. C. de reſcind. vend. Tempore autem diuiſionis factæ nulla læſio interuenit.

Nec Guidonis Suzarij placita me deterrent, quæ ſuperius etiam confutaui: Nec argumentum ex inæqualitate; quia, vt dixi, ſuppono æqualem & iuſtam diuiſionem: Quod ſi caſus eam iniquam fecit, non propterea videtur mihi actio concedenda. Nam & alijs cohæredibus res, quæ attributæ ſunt, ſecundum naturam earum perire potuerunt, ſerui puta mori potuerūt, fructus corrumpi, res aliæ etiam perdi varias ob cauſas, & nemo diceret tunc euictionem præſtandam fore: quoniam non eſt euictio, ſed natura ipſius rei.

CAPVT LXIX.

Diuiſio patris inter filios facta bonorum eius ſi iuramento firmata ſit, an poſſit reuocari.

Exiſtimo diuiſionem bonorum à patre factam inter filios in poteſtate exiſtentes, etſi iuramento firmata ſit, tamen reuocari poſſe. Nam non eſt donatio ſimplex, quæ iuramento firmatur, ut aliàs diſſerui, in 1. part. controuerſ lib. 3. cap. 77 ſed potius ſupremi iudicij diuiſio eſt l Si filia 5. Si pater ff. fam. herci. Vlpianus. *Si pater inter filios ſine ſcriptura bona diuiſit, & onus æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuit, non videri ſimplicem donationem, ſed potius ſupremi iudicij diuiſionem, Papinianus ait*. Supremum autem iudicium reuocari poſſe, procul dubio eſt. Non obſtat iuramentum, quia non mutat naturam rei. Intelligitur enim niſi patrem pœnituerit, ſecundùm naturam vltimæ voluntatis. Itē facit, ut pater ſit periturus, nō vt reuocatio impediatur. Ita reſpondit Oldradus in conſ. 231. Et licet contraria ſententia ſit magis communiter recepta, vt uidere licet ex Caeherano deciſ Pedemontana 125. Seraphino de Priuilegijs iuramenti, Priuilegio 112 Id tamen nequaquam mouet: quoniam præcipuum fundamentum, quo illa nititur, non eſt ſolidum. Fundamentum enim eſt; quia iuramentum cōfirmat patris donationem, & alios contractus, qui aliàs non valent, c. Quamuis. de Pactis. lib. 6. & notatur in l Frater à fratre ff de cond. indeb. Reſpondeo, ut id maximè uerum ſit, ad caſum, de quo agitur, non pertinere, quia nec de donatione loquimur, nec de alio contractu inter uiuos, ſed de vltima voluntate, quæ reuocari poteſt, non obſtante iuramento, ut dixi lib 4. cap. 8 ad fin. *Ambulatoria eſt enim voluntas defuncti, vſque ad uitæ ſupremum exitum* l. 4. ff. de adim. legatis. Eſt autem hæc diuiſio non ſimplex donatio, ſed potius ſupremi iudicij diuiſio, ut in d. §. Si pater. Vlpianus teſtatur. Quamobrem meritò reuocari poterit.

CAPVT LXX.

Ad l. Filium quem habentem C. familiæ herciſcundæ.

Diocletianus: *Filium, quem habentem fundum, portionem hereditatis fratribus, & quibuſdam alijs ſub conditione verbis precarijs reſtituere ſanxit teſtator: poſt eius conditionis euentum hereditaria parte prę du in quarta ratione retenta, compenſato præterea, quod à cohæredibus vice mutua percepit & ſi quid deeſt, in ſupplementum deducto, quod à cæteris in eo fundo ſoluitur, ſupra quartam habens reddere compellitur*. l. Filium. C. famil. hercisc.

Difficillimam hanc legem ueteres dixerunt, quia eā non intellexerunt: Alijs fundum filio in peculium à patre datum exiſtimantibus: Alijs dicentibus donatū, alijs prælegatum fuiſſe. Sed primę interpretationi obſtat, quod ea, quę filijs in peculiū dātur, mortuo patre in hæreditate remanent inter filios cohæredes diuidenda, ex l Certum, C. eod. titulo, conſequenter quarta ex fundo in peculium conceſſo, deduci non poteſt magis, quàm ex alijs rebus hæreditarijs. Et ideo intelligi non poteſt, eur

cux hæreditariam partem prædij in quartæ ratione filius retioere possit, cum prædiom sit commune, sicot aliæ res hæreditariæ cęteris cohæredib. Nec.n. iure probatur, quod solet pro solutione adferri ex couiectura voluntatis paternæ, & ne dura priuatio eius inducatur, fundum iam assignatum in quartam imputari. Hic n. casus exceptus non est a regula iuris, quæ mandat ex singulis rebus quartam deduci l. Liuea. l. Plautius, ff. ad legem Falcid.

Secundæ autem expositioni illud obstat, quod donatio illa morte confirmatur, & ideo vt præcipua filio assignatur. l. Filiæ, C. eo. tit. Nec in quartam imputatur; quia non habet illam filius iudicio testatoris, vt requiritur. l. In quartam, ff. ad legem Falcid.

Tertiæ autem expositioni nihil re vera obstat, sed ideo veteribus nou placuit; quia crediderunt obstare illa verba textus: *Filium, quem non habentem fundum*, &c. Nam si filius fundum habebat eo tempore, quo testamentum fuit couditum, fieri noo potuit, vt illum ex prælegato haberet, quia prælegata ex testamento testatore defuncto debentur, non prius.

Sed verba illa nihil obstant, quia non hunc sensum habent, quod filius fuudum haberet eo tempore, quo testamentum fuit cooditum, sed iodicant legatum fundum filio fuisse, *Vindicationis iure*. Caius in Instit. tit. de legatis. *Vindicationis legatū est, si testator sic locutus fuerit: Illum seruum tibi do, aut lego, uel illam rem tibi prasume, habe, vindica.*

Hunc antiquorum interpretum errorem, & veram expositionem primus omnium Alciatus detexit lib 6. Paradoxorum, c. 5. *Testator*, inquit, *pluribus filijs hæredibus institutis, vni prælegauit fundum per legatum uindicationis, quod fiebat hoc modo Fili mi, talem fundum tibi habe, vel præsume, vel vindica, ut Caius in Instit. sub rub. de Legatis scribit. Idem testator eum rogauit, ut hæreditatem fratribus restitueres, si nauis ex Asia ueniret, mandauitque ut ipsi fratres uice mutua decem illi darent: Ea conditione eueniente, quæritur, quid quarta ex S.C. Trebelliano deducendę imputandum sit Etsi hæreditas restituenda cētum æstimetur, XXV. erunt pro ea quarta retinenda: quæ computatio sic inibitur, ut in primis portionem hęreditariam fundi imputet, quę si fundus XXIV valeat, cùm tres hęredes scripti proponantur, erunt VIII Rursus decem quoque illa, quę a cohęredibus uice mutua percipit, compenset: quod verò ad quartam deest, nempe VII. ex eo, quod restituere debet, sibi suppleat Reliquas enim partes fundi supra quartam habet nec imputat* Hactenus Alciatus.

Huic verissimæ expositioni, si Cuiacij adiungas obseruationem, rectè alium errorem confutabit; Eorum scilicet, qui ex hac lege probari crediderunt, filium per fideicommissum rogatum hæreditatem restituere, non posse nisi vnam quartam detrahere, propter illa verba textus. *supra quartam habēs reddere compellitur*: ac si lex diceret, filium onetatum fideicommisso conditionali reddere compelli, quod supra quartam habet: *Cùm hoc lex potius dicat, simpliciter existente conditione fideicommissi, filium portionem hęreditatis cohęredibus, quibus eā restituere rogatus est, reddere compelli. fundi prælegati partem, quam iure hęreditario capit, imputare in Falcidiam, partem quam iure legati cap it a cohęredibus, quibus vice mutua portionem suam restituit, compensare partem quā iure legati capit a cęteris cohęredibus, quibus nihil restituit. supra quartam habere; id est, neque imputare, neque compensare, & sic extra quartam accipitur in l. In quartam, ff. ad Falcid & supra quartam l. 15. §. pen. ff eo.* Hactenus Cuiacius lib. 8. obser. c. 3.

Gratiæ igitur habendæ sunt in hac re recentioribus; in multis alijs antiquioribus interpretibus habemus, quos proinde non superbè contemnere, etsi quandoque errarunt, debemus, sed uenerari, & colere, quod nobis multa legum arcana aperuerunt, plurimas, decisiones verissimas tradiderunt.

CAPVT LXXI.

Ad l. vlt. C de fideicommissis an testator possit legatario stipulari.

QVæ sit huius legis sententia, nemo melius explicat, quam Iustioianus in §. vlt. in Instit de fideicommiss. hęreditat. Cæterùm Bartolus in l. Nemo. de leg. 1. non procul a principio, hanc legem adducens adijcit hæc verba: *Ponere in fine hęredis, ita quod hęres promittat hoc defuncto, sapit naturam contractus, & ita hęres, qui hoc promisit, ad hoc conuenitur, arg. l. Quidam cum filium. de hęred. instit. & l. Spadonem, § 1 de excus. tutor.*

Hæc verba Bartoli dicit Io Imolensis in d. l. Nemo. col 2. quem refert & sequitur ibid. Alexand. col. 3. ponderanda esse, quia ex eis colligitur alia interpretatio d. l vl. C. de fideicom. nimirum eam loqui, cùm testator *fecit sibi promitti per hęredem, quod legatario uel fideicommissario dabit legata, & sic uidetur hęc dispositio transire in uim contractus, & sufficit tunc apparere de tali promissione per duos testes, & potuit testator stipulari legatario, qui, quoad legatum, reprę sentat defunctum.*

Ex his cautelam format Bartolomæus Veronēsis 129 ad probādum legatum per duos testes, ut curet testator *sibi ab hęrede promitti deprę standò legatum legatario: nā tunc tale legatum transit in uim contractus, & per duos tātum testes probari poterit, sicut probantur cęteri cōtractus.*

Sequitur eandem sententiam Ripa iu d l. Nemo. numer. 32. 33.

Sed his contradixit primum Iason in d. l. Nemo, cuius argumentis respondit Ripa. Dissensit & Alciatus in commentarijs eiusdem loci, uec non lib. 1. Paradoxorum capit. 4 quem refellere conatur antiparadoxis Angelus a S. Ioanne. Dissentit denique & Ruinus in d. l. Nemo num. 24.

Sed uideamus iure, ao iniuria, hæc ita alij asseuerent alij autem dissentiant. Et vt breuiter, ac liberè dicam, quod sentio, Bartoli & sequacium sententia mihi non probatur. Video enim omnes iuris regulas apertissimè huic sententiæ aduersari: Contrà verò nullum pro ea adferri solidum argumentum.

Prima regula hæc est. Alteri stipulari nemo potest, l. Stipulatio ista, § Alteri, ff. de verb. oblig Ergo nec testator legatario stipulari poterit.

Nec valet illa responsio, ab hac regula casus aliquos exceptos esse, ergo & hunc excipiendum, quo de agitur Nam si liceret ita ratiocinari, nulla iuris regula in disputationibus adferri posset; quia ferè semper aliqui casus excipiuntur, quamobrem promptum esset dicere, excipiendom etiam casum esse, quo de ageretur,

Non obstat illa responsio. Aliquis potest hæredi suo stipulari, ergo & legatario. Nam hæres est successor in vniuersum ius; legatarius autem in re tantum legata. Et plerunque tam hæredibus nostris, quàm nobis ipsis cauemus, l Si pactum, ff. de probation. nusquam iure dicitur oos stipulando legatarijs cauere solitos esse.

Secunda regula. In omni vltima voluntate excepto testamento quinque testes debent adhiberi, l. vlt. C. de codicill. Ergo duo non sufficiunt in legato vel fideicommisso. Est enim oltima uoluntas. Nec uerum est per stipulationem in contractum transire, & ideo ex promissione agi inter uiuos facta ab hærede, quia aut hoc iu casu locus est pœnitentiæ, aut locus non est, si oon est locus pęnitentiæ, iam non erit legatum vel ultima uoluntas. Illa enim ambulatoria est vsque ad supremum vitæ exitum, l. 4 ff. de adim. leg. Si locus est pœnitentiæ, non erit contractus siue obligatio inter uiuos; quia in ea locus pœnitentiæ non est, l. Sicut, C. de act. & oblig.

Tertia regula: Vno contextu actionis testari opor-

ter. Eſt autem vno contextu, nullum alienum actum teſtamento intermiſcere, l. Hæredes palam, §. vlt. de Teſtament.

Ex hac regula ego ſemper credidi non eſſe illud recipiendum, quod vulgo dicimus, contractus in teſtamento fieri poſſe, vt & alias diſputaui.

Quod igitur teſtator fidei hæredis aliquid committat, ad teſtamentum pertinere dubium non eſt. Cæterùm quòd ab hærede ſtipuletur legatario aliquid dari, extraneus planè actus eſt, & non conueniens teſtamento, niſi pro ſimplici fideicommiſſo accipiatur; & ſtipulatio illa alteri facta nihil aliud importet, & quàm firmiſſimum fideicommiſſum, in quo hæredis fidem expreſſam teſtator ſecutus ſit.

His regulis accedit ratio, qua Ruinus vſus eſt. Nam ex hac ſententia Bartoli, & aliorum inuenta eſſet ratio legata & fideicommiſſa dandi coram duobus tantùm teſtibus, tametſi plures teſtes requirantur, l. vlt. C. de codicillis. propter ſuſpitionem falſitatis, l. vlt. C. de fideicō miſſ. Et cōſequenter via quadam indirecta fieret, quod lege prohibitum eſt.

Nullum autem ſolidum argumentum pro Bartoli, & ſequacium ſententia adferri palam eſt. Nam quod attinet ad l. vlt C. de fideicommiſſ. non loquitur de ſtipulatione, ſed de fideicommiſſo, quod a teſtatore nullis teſtibus præſentibus iniunctum eſt hæredi vel legatario, & dicit eum cogi intare, aut ſoluere: Nullum proſus verbum in ea legitur teſtatorem ſtipulatum fuiſſe dari cuiquam.

Adfertur ſecundò l. Quidam cùm filium, ff de hære. inſtit. Sed ibi amicus ille nil promiſit teſtatori, ſed hæredi, ac proinde inquit Africanus: *Reſpondi, etiamſi manifeſtum ſit, ſcriptum heredem fidem ſuam interpoſuiſſe: non tam aliter ab eo fideicommiſſum peti poſſe, quam ſi & ipſum teſtatorem fidem eius ſecutum eſſe probaretur.*

Teſtatorem autem fidem illius ſecutum eſſe, non eſt idem Africano, quod Bartolo. Nam Bartolus exiſtimauit id per ſtipulationem fieri, veluti ſi teſtator ſtipulatus eſſet in illa facti ſpecie filiofam. dari. Africanus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommiſſum, vt patet ex illis verbis: *Nec quicquam ab eo petitum eſt*. Hæc enim ſunt verba fideicommiſſorum propria, *peto, mando rogo*, & ſimilia. Sed difficile eſt, huiuſmodi tacitum fideicommiſſum probare, ideo reſpondit Africanus, fideicommiſſum peti non poſſe, niſi probaretur, &c. Si probatum fuiſſet, peti a filio potuiſſet, vt fideicommiſſum non vt aliquid promiſſum ac debitum ex ſtipulatione, & contractu inter viuos, hoc. n. nec Africanus dicit, & longè a ſententia eius alienum eſt, quod verò ibi ſubijcit textus de actione mandati, ad illam ſpeciē pertinet, in qua hæres ſcriptus filio ipſi promiſerat, ſe aditurum hæreditatem, & reſtiturum.

Tertio adfertur tex. in l. Spadonem, §. 1. ff. de excuſ. tutor. Nil aliud dicit, niſi eum, qui promiſit patre ſe tutelam filiorum eius accepturum, excuſationibus vti nō poſſe. Non eſt hæc ſtipulatio alteri facta, ſed patri, qui filijs de tutore voluit proſpicere, quod nec legibus repugnat, & rationi maximè conuenire perſpicuum eſt.

Adfertur poſtremo loco etiam contractus in teſtamento fieri poſſe, ſed ut alias diſputaui, nec iure id probatur, nec mihi vnquam placuit. Teſtatorem poſſe aliquid fateri ſe accepiſſe, ſe debere, libertum aſſignare, & id genus alia, facilè concedo. Quod autem alios omnes contractus extraneos, & ad teſtamentum non pertinentes facere poſſit, non recipio, donec mihi fuerit oſtenſum iure conuenire. Sed vt maximè contractus facere poſſit quis in teſtamento, ſequiturne & alteri ſtipulari poſſe, & duos tunc teſtes ſufficere, & non poſſe reuocari? Non confundamus quæſo contractus, ſtipulationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum ijs quæ teſtamentis ac alijs vltimis voluntatibus expediuntur, ne inde abſurda, & legibus contraria multa ſequan-

A tur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & ſolennia tollantur: ne falſitatibus & dolis aditus aperiatur. Præclarè Vlpianus: *Verba contraxerunt, geſſerunt, non pertinent ad ius teſtandi*, Verba. ff de verb. ſig.

CAPVT LXXII.

Teſtator poſſitne inducere vſuras.

VLpianus: *Si cui certa quantitas legetur, & quoad preſtetur in ſingulos annos certum aliquid, velut vſuras iuſſerit teſtator preſtari, legatum valet; ſed in vſuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem vſurarum non excedit.* l. 3. § vlt. ff. de annuis legatis. Ingens diſputatio eſt, an inſpecto iure Canonico, quo vſuræ ſunt prohibitæ, eiuſmodi teſtatoris diſpoſitio valeat, quantum ad vſuras, quæ res maximi momenti eſt, quia ſi non valeat, vſuræ in ſortem computandæ erunt.

B Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt donec dotes ſuas acceperint, vſumfructum, vel aliud quidpiam percipiant. & loquor quando vſuræ non excedunt legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur etiam iure Ciuili. Variæ ac diſſentiores ſunt Doctorum ſententiæ. Nam multi exiſtimarunt valere teſtatoris diſpoſitionem, & vſuras iſtas peti poſſe. Multi id negarūt. Alij vſi ſunt diſtinctione; Vtrum in poteſtate legatarij ſit, legatam ſortem petere ac exigere, & tunc vſuræ tanquam illicitæ non debeantur; an verò in arbitrio hæredis poſitum ſit, ſortem pręſtare uel non pręſtare, donec vſuras præſtet: & tunc vſuras deberi ac permiſſas eſſe. Alij denique in eo caſu, quo in arbitrio hæredis eſt, præſtare ſortem; vel non præſtare, diſtinguunt, vtrum legatarius interpellauerit hæredem ad præſtandam ſortem, an verò non interpellauerit: vt priore caſu licitè vſuras percipiat, poſteriore non item.

Vide Bartolum in d. l 3. § Si cui, ff de annuis legatis.

C & in l 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum ſeniorem, nu. 6. Iaſonem in l. 1 nu. 59. C. de ſumma Trinit. & ibidem Cattren. nu. 14. & eundem ad *Rub. ff.* de his, quæ pœnæ nom. & in conſ. 101 lib. 1. Roma. conſi. 510. nu 15. Ripam in l Nemo poteſt, num. 23. ff. de leg. 1. Cagnolum ad l Curabit. num. 14. C. de act. emp. Couu. lib 3 variar. reſol. c. 1. ad finem Alciatum lib. 5. Paradoxorum. c vlt. Aretinum in conſil. 151. Barbatiam conſil. 66. lib. 2 Socin conſ 41. lib 4. Ancharanum conſil. 150. in quæſtione, quæ vertitur inter Alexand conſil. 27. lib. 4. num. 9. & 74. nu. 14 lib. 5. Puteum decíſ. 106. lib. 1. alios citat Menochius in conſ. 441. lib. 5.

Ego ex his ſententijs duas meritò amplectendas eſſe iudico. Prima eſt; teſtatoris diſpoſitionem non valere quantum ad uſuras, quoties in poteſtate legatarij eſt ſortem debitam petere ac exigere. Altera, ualere, & ſeruandam eſſe, quoties in poteſtate legatarij non eſt ſortem petere, ſed an arbitrio hæredis eſt eam ſoluere, vel

D nō ſoluere donec vſuras ſoluerit. Duas has ſentētias cur amplectendas eſſe putauerim, vbi breuiter demonſtrauero, tum argumenta diluam, quæ illis aduerſari uidentur.

Quod attinet ad priorem ſententiam, vt eam amplectar, in cauſa eſt primum, quod ſit communis. Eſt enim in rebus obſcuris & arduis communis ſententiæ maxima autoritas. ca. Ne innitaris, de Conſtitutio.

Secundò, quod eandem ſecuta eſt Rota Romana apud Puteum, dicta deciſ. 106 lib. 1. Nemo autem ignorat, quanta ſit eius autoritas: & meritò: Aſſident enim illi ſemper integerrimi & doctiſſimi viri.

Tertiò, quia vſuræ iure Canonico ac diuino prohibitæ ſunt. Negari autē non pōt, quin legatum, quo de agitur, vſuras contineat. Eſt enim hac in re teſtis locupletiſſimus Vlpianus, qui in d. l. 3. §. vltim. ff. de annuis legatis, propterea monet, *Eatenus legatum valere, quatenus proba-*

probabilem usurarum modum non excedit. Extat & integer tit. de vsuris & fructibus rei legatæ. & tex. in l. Titia Seio. §. 1. de leg. 2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, vsuras continere.

Quartò, quia iuris ratio hoc ipsum suadet. Nam vsura est cum aliquid vltra sortem debitam accipitur. cap. Plerique. 14. quæst. 4. c. Sicut 2. 47. distinct. Sed hoc in casu vltra debitam sortem aliquid accipitur. Ergo est vsura.

Postremò, cum legatarius possit debitam sortem petere & exigere, & non exiger, uidetur tacitè pecuniam mutuare hæredi ea lege, ut futuras præster, sicut mercator, qui merces suas longè maiori precio distrahit, si ad solutionem faciend m prolixioris temporis dilatio prorogetur. c Consuluit. de Vsuris. Est enim hoc in casu mutuum quoddam palliatum, vt loquuntur nostri Doctores, & declarat optimè Nauatrus in Manuali, cap. 17 num 206 Excipio ab hac sententia casum illum, quo vsura omni iure est permissa propter dânum emergens, uel lucrum cessans, quam restauratiuam appellât, B quam passim Theologi & Canonistæ admittendam fatentur, & docent, ad quos me remitto.

Quòd verò attinet ad posteriorem sententiam, vt eã amplectar, tres sunt potissimum causæ. Prima, quòd cõmunior est. Secunda, quoniam Romæ ita fuit hæc quæstio decisa, cum ex facto proponeretur, teste Socino in d. l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. nu 9. Tertia, quia firmissimum habet fundamentum. Nam hoc in casu considerari non potest ulla ratio mutui veri, uel ficti. Non veri mutui, quia illud a creditore exigi semper potest, hoc autem casu a legatario non potest exigi. Quare id potius simile est emptioni annui census perpetui, quæ iure licita reputatur, de quo in 1. par. Controuersiarum multa dixi. Non mutui ficti, siue tecti, quia cum legatarius non possit hæredem cogere ad soluẽdum debitum, non potest etiam uideri breui quadam manu debitum ab eo exegisse, & illi pecuniam mutuasse sub vsuris. Excipio casum illum ab hac sententia, in quo legatarius potest, non obstante testatoris uoluntate, id quod sibi debetur, petere, & ab hærede exigere tunc enim, si non exigat, idem puto decendum, quod in priori casu proxime dixi, quia est eadem ratio.

Sed nunc argumenta dissoluenda sunt. Primum vsura esse dicitur, quæ prouenit ex pa[..]o creditoris, qui lucri cupiditate illud fecit tacitè, uel expressè, sed hoc in casu nihil est pactus legatarius, sed vsuras percipit ex benignitate testatoris. Ergo, &c.

Respondeo immò ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties sortem legatam, vel debitam petere potest. Nam si non petet, causa est, quod vsuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit, quòd fœnus, si et non placeret, sortem peteret, ac exigeret iure sibi concesso.

Secundum argumentum est; quia testator non præsumitur, præsertim moriens, velle, ut legatarius vsuram committat; quia in extremis agens præsumitur memor salutis æternæ: l. vlt C. ad legem Iul. repetunt. Respondeo, fieri posse, ut testatoris mens sit bona & recta, nec D putet ille vsuram committi hoc in casu, sed quia committitur, ideo exigi non potest: plus enim ualere debet ueritas, quàm opinio testatoris.

Tertium est argumentum in d. l. 3 §. vlt. ff. de annis legatis Respondeo, iure Ciuili locum habere, quo tempore vsuræ permittebantur, iure Canonico, quod præualere debet, contrarium sancitum est, & secundum illud nostra disputatio accipienda est.

Hęc aduersus sententiam priorem objiciuntur. Aduersus autem posteriorem objicitur, (vt cętera pręteream argumenta leuiora, quę ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiam in casu aliquid vltra sortem exigitur, & pecunia pecuniam parit: Ergo vsura committitur. Et quia, cum legatarius non petat sortem sibi restitui, nec interpellet hęredem, A uidetur tacitè consentire usurarum præstationi, atque adeo tacitum cùm hęrede & palliatum, ut uocant, mutuum contrahere.

Respondeo, legatarium usuras consequi ex testatoris uoluntate, non ex pacto tacito, uel expresso; Sicut enim testator potuisset annuatim, & simpliciter legare pecuniam, quam pro usuris legauit, ita nihil ei potest obesse, quod interea solus eam uoluerit pro usuris rei legatæ. Et ideo non committitur usura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam; nec hæredem interpellet ad eam præstandam, non facit ipsum in usuræ crimen incidere, si ex facto proponatur, non esse in potestate legatarij hæredem cogere ad sortem principalem præstandam. Cur enim legatarius hæredem interpellaret eo in casu ad soluendum, quo id ei non liceat? etenim contra leges illum urgeret, & ideo non est in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec potest.

Quod si proponatur, legatarium actionem habere ad exigendam principalem, ac debitam summam, non obstante contraria testatoris dispositione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium usuræ crimen contrahere non dubito, si iuris, quod ei competit, auxilio ad consequendam sortem debitam omisso, turpi usurarum legatarum lucello inhiare deprehendatur.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat, si legata pia soluere neglexerit?

SI filius hæres institutus sit, & in legatis pijs exequẽdis monitus ab Episcopo negligens fuerit, legitimam amittit, quæ secundum legem ei defertur in C parentum successione. Ita Ioan. And. Hostiensis, Antonius But. & Ancharanus in cap. Si hæredes. de testam. Fundamentum est primo in § Si autem, qui hoc facere. in Authen. de Ecclesiasticis titulis, ubi Iustinianus. *Si autem, qui hoc facere iussi sunt, semel, & secundo a beatissimo locorum Episcopo, aut eius Oeconomis per publicas personas admoniti distulerint, quę disposita sunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc pręceperit, amittere*, &c.

Secundò in c. Licet. de uoto. ibi: *Ne si onus tibi a patre iniunctum, & a te spontè susceptum occasione qualibet detrectaueris, paterna te reddas successione indignum, & hęreditatis emolumento priueris, cuius recusaueris onera supportare, sciturus ex tunc anathematis te uinculo subiacere, et iure, quod tibi, si dictus Rex sine prole decederet, in regno Vngariç, competebat ordine geniturę priuandum.*

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolensis, & Barbatia in d. c. Si hæredes. & ibidem Couua. nu. 9. Fundamentum est primò in §. Si quis autem non implens. in Authen. de hæred. & Falcidia ubi Iustinianus: *Si quis autem non implens, quod dispositum est. sed dum competat ei, qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admoniti, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod pręceptum est, siquidem aliqui eorum fuerit, qui necessario ex lege percipiunt, in plus autem, quam quod lex ei dari vult, scriptus est hęres: tantum accipiat solum, quantum lex ei dari, secundum quartam ab intestato partem concedit: aliud vero totum auferri.*

Nec obstat, si quis dixerit, Iustinianum eo in loco non loqui de legatis pijs, quia etiam de legato libertatis loquitur; ut infrà patet ex illis uerbis: *Aut seruus libertate donatus*, &c legatum uerò libertatis pium est l. 1. §. Sin autem. C. de commu. seruo manum.

Sed licet hoc ita sit, negari tamen non potest, quia

constitutio hæc, quæ habetur in Nouella de hæred. & Falcid. differat ab alia constitutione, quę habetur in Nouella de Ecclesiasticis titulis, quia lucrum, quod aufertur hæredi negligenti legata pia adimplere Episcopi distributioni defertur; illud autem, quod hęredi aufertur, generaliter negligenti exequi uoluntatem testatoris, defertur substitutis coniunctis legatarijs & alijs. Illa Cõstitutio loquitur de hærede bis monito, & de pœna priuationis eius etiam ante annum negligentis præstare legata pia. Hæc autem de hærede loquitur, qui totum annum protraxerit, in exequenda voluntate defuncti, iudicis decreto admonitus.

Secundò, fundamentum est, quia Nouella constitutio de Ecclesiasticis titulis aufert lucrum hæreditatis hæredi negligenti soluere legata pia. Legitima verò portio filijs debita non dicitur lucrum, sed potius debitum. l. Si quis legatum. § vlt ff ad l. Cor. de fal. & habetur in Nouella de Triente & Semisse.

Sed nec istud fundamentum solidum est: quia textus prædictæ Nouellæ omne lucrum aufert hæredibus relictum ab eo, qui hæc præceperit; consequenter, si hæres ille institutus est, videtur ei tota hæreditas a testatore relicta auferenda: Est autem legitima portio triens eiusmodi hæreditatis, quamobrem & illa aufertur, quia in ???? inest pars.

Tertiò fundamentum est; quia legitimæ nullum adijcionus potest. l. Quoniam in prioribus C. de inoffic. testam. Sed hoc est magnum onus, vt filius illam amittat, nisi legata pia executus fuerit. Responderi potest, non esse hoc onus legitimæ portioni adiectum à testatore, de quo loquitur lex illa, sed est pœna à lege imposita aduersus eos, qui legata pia executioni mandare ac præstare detrectauerint, ac bis moniti neglexerint. quam quidem pęnam in legitima portione locum habere non posse, nulla lege demõstrari, nulla ratione euinci potest.

Imò verò etiam legitimam portionem hoc in casu amitte debere ex lege Iustiniani, non leuis coniectura est, quòd cùm de hæredis negligentia circa aliorum legatorum præstationem locutus est, & pœnam in eo casu statuit, satis clarè, & disertè legitimam filijs hæredibus, vel alijs debitam excepit. Cùm autem pœnam statuit in eos, qui in legatis pijs soluendis negligentes sunt, non eacepit legitimam portionem hæredi debitam: Ex quo coniecturam sumere licet, quia maior est culpa negligentium pia legata implere, eos etiam maiori pœna afficiendos; ac propterea omnem hæreditatem istis merito auferendam: illis autem portionem legitimam reseruandam, qui cætera implere negligunt. Propter hanc coniecturam, & quia nullum posterior sententia solidum habet fundamentum, vt priori sententiæ acquiescam, faciendum esse iudicaui.

CAPVT LXIX.

Militare testamentum an subiaceat querela.

ALeaander Imperator; *De inofficioso testamento militis, vel iure militari, vel ciuili facto, vel Centurionis, uel tribuni numeri; nec filios posse queri, ius certum est.* l. De inoffi. C. de testamen milit. Idem habetur in l. vlt. C. de inof test. in l. Si instituta. §. De inoffi & in l. Papinianus § Papinianus, ff. eod. tit.

Sed controuersia est, an hodierno iure inspecto idem respondendum sit, cuius rei causam attulit Nouella Iustiniani 115. Vt cùm de appellationibus §. Aliud quoque capitulum. vbi Iustinianus: *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, auo, &c. suum filium, vel filiam, vel cæteros præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas, parentes, suos inseruerint*

A *testamento.* Et paulò inferiùs: *Et hæc quidem de parentũ ordinauimus testamentis. Iustum perspeximus & ecõtrariò de liberorum testamentis hæc eadem cum aliqua distinctione disponere: Sancimus itaque non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas numerauimus, in suis testamentis specialiter numerauerint.*

Inter Doctores igitur est controuersia; Vtrum hac generali constitutione contineantur etiam milites, ac proinde testamentum militum rescindatur, sicut aliorum, si parentes milites filios suos absque legitima causa exhæredauerint, uel prætericrint, & econtrariò filij suos parentes simili modo prætererint, vel exhæredauerint absque legitima causa.

Et communis est sententia etiam milites ea constitutione contineri. Glos. in l. vlt. vers. Testamenta C. de inoffic. testamen. Bartolus in Auth. Ea causa. C. de lib. B præteri. & in l. Filio præterito. num 22. ff. de iniusto rupto. & irr. testamen. Couuar. alios citans in c. Quia nos, de testamen. Clarus in § Testamentum. quæst. 40. vers. Sed quæro.

Ab hac sententia recesserunt Lodouicus Romanus & Iason in l. Sicut. C. de Testam milit. col. pen. Viglius in § Sed si. in Inst. de Exhęred. lib.

Communis sententię fundamentum est; quia constitutio generalis est; & consequenter ad omnes generaliter porrigitur. Item, quia dum Imperator loquitur de filijs, eis non licere declarat parentes suos præterire *in rebus, in quibus habent testandi licentiam.* Testandi verò licentiam habent milites præcipuè, ut in Instit de exhæred. lib. non procul ab initio & alibi. De Castrensi etiam peculio permissum est testari filijsfamilias, & quasi Castrensi l. pen. & l vlt C de Testam.

Fundamentum contrariæ opinionis est; quia Iusti- C nianus in dicta Nouella nõ corrigit antiquas leges, quibus priuilegium hoc testamenti militaris continetur: Ergo manent incorrectæ. Quod vero dicit in dicta Nouella filijsfami. in rebus, in quibus habent testandi licentiam, non pertinet ad filiosfamil. milites, qui in expeditione militari sunt, sed ad filiosfamil qui testari possunt de peculio quasi Castrensi, uel etiam Castrensi, nõ tamen eo tempore, quo sunt in Castris, & in ipsa expeditione militari.

Ego libentius sequor posteriorem hanc sententiam eo argumento, quod mihi familiare est, & solidum videtur, Veteres leges nunquam ea Nouellis corrigi, nisi exprimatur præfatione præmissa à Iustiniano, aut necessariò ea verbis nouæ constitutionis eliciatur legum veterum correctio. In hac autem, qua de agitur constitutione, nullum verbum de militari testamento: nullum verbum, quod veteres leges sint sublatæ, quibus constitutum erat, vt militis testamentum nõ subiaceret querelę. Et sanè Iustiniano in Nouella illa id propositũ est, D causas determinare, quæ sunt iustæ, vt filij exhæredari possint Item, vt filij institui debeant, & non sufficiat legitimam eis portionem alio titulo relinquere, quàm institutionis, & vt ex causa præteritionis, vel exhæredationis rupto testamento legata præstentur, & quædam alia ibi expressa, quæ legibus antiquis repugnant.

Quod autem subijcitur in § Et hæc quidem etiam in liberis testantibus idem sancitum esse, vt eis non liceat parentes suos exhęredare, vel præterire in reb proprijs, de quibus habent testandi licentiam, id, inquam, ostendit filiorum testamenta subiacere quærelæ, & rescissioni, siue de Castrensi, siue de quasi Castrensi peculio testentur, & in hoc leges veteres correctas esse, quia non possunt cum hac constitutione saluæ cohęrere: nisi ad filios emancipatos constitutio Iustiniani restringatur, & quod absurdum est; Sed non ostendit militaria testamenta eorundem filiorum simili modo subiacere quęrelæ, & rescissioni.

Mili-

Militaria, inquam, teſtamenta, de quibus noſtra eſt diſputatio, & quæ milites in Caſtris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, ſtatuentes, vt de inofficioſo querelam euadant. Nec dubium eſt, quin eiuſmodi militaria teſtamenta, quæ ſingularibus priuilegijs iure donata ſunt, eiſdem ſpeciali quadam conſtitutione priuanda eſſent: Præſertim, quia Iuſtinianus id ſolenne eſt, ut in militum quoque perſonis locum eſſe conſtitutionibus ſuis expreſſim decernat, cùm eiſdem etiam milites conneсti intendit, vt patet ex Nouella de hæredib. & Falcid. ibi: *In omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari*, &c. & alibi ſæpe.

CAPVT LXXV.

Clericorum teſtamenta num ſubiaceant querelæ, ac reſciſſioni, ſi ſint inofficioſa.

Clericorum teſtamenta de his rebus, quæ præter Eccleſiæ reditus, acquirunt, ex cauſa exhæredationis, vel præteritionis non reſcindi, autores sũt Accurſius, Iacobus Butriga & Baldus in Authen. Preſbyteros, C. de Epiſcop. & Cleri. Abbas Panorm. in cap. Quianos, de teſtam Angelus, Paulus & Iacopus in l. 1. ff. de inoff. teſtam Cotneus in Auth. Ex cauſa. nu. 100. C. de lib. præte.

Argumenta verò hæc ſunt: Primum ex c. Quia nos. de teſtam. in illis verbis: *Liberè diſponere valeant*. Si n. liberè diſponere poſſunt ac teſtari, vt ibi dicitur; ergo non ſubiacent querelæ eorum teſtamenta. Probatur hæc conſequentia ex l Si filiam tuam, C. de inoffi. teſta. Diocletianus: *Si filiam tuam eo, quòd turpiter, & cum flagitioſa fœditate uiuit, à ſucceſſione tua excludendam putes; ſi non inconſulto calore, ſed ex meritis eius ad odium incitatus es poſtremi iudicij liberum arbitrium habebis.*

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam ſuam exhæredare poteſt.

Secundum argumentum eſt; quia teſtamenta filiorumfam. de peculio Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi querelæ non ſubiacent, l. vlt. C. de inoff. teſtam Ergo neque Clericorum, qui de bonis ita acquiſitis teſtantur, quia ſunt quaſi Caſtrenſia; vt habetur in Auth. Presbyteros. ibi: *Ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum*, &c.

Tertium argumentum eſt ex d. Auth. Presbyteros deſumpta es Nouella de ſanctiſſimis Epiſcopis, §. Preſbyteros. Eius verba hæc ſunt: *Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in ſua poteſtate præcipimus, ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum, & donare, cui voluni ſecundùm leges; & in his teſtari, licet ſub parentum poteſtate ſint. Sic tamen, vt horum filij, aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*

D Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus in d. c. Quia nos. de Teſtam. Salycetus in d. Auth. Presbyteros, & in Auth Ex cauſa. numero 18. C. de lib. præteritis, quib. Couarruuias in d. c. Quia nos, dicit ſe non admodum inuitum accedere, ego verò libentiſſimè accedo; nec dubito, quin contraria hæc ſententia iuri ſit magis conſentanea, quod me clarè oſtenſurum confido, ſi eius fundamento ſolido prius tacto, tum prioris ſententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum eſt planè firmum in Nouella Iuſtiniani 115. Vt cùm de appellat. in §. Et hæc quidem. vbi generaliter Iuſtinianus ſtatuit idem de liberis teſtantibus, quod de parentibus conſtituit; vt eis non liceat parentes ſuos in rebus, de quibus teſtari poſſunt, exhæredare vel præterire ſine iuſta cauſa, alioquin teſtamentum reſcindatur, vel ſecundum multorum ſententiam nullius ſit momenti. Hæc conſtitutio clericos non eſcipit, nec iure Canonico illi eximuntur. Ergo eadem có-

A ſtitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus teſtari poſſunt, vt puta Caſtrenſibus uel quaſi: Conſtat enim eos de ijs teſtari poſſe, non de alijs, ſi ſint in poteſtate patris: quibus procul dubio Imperator æquè legem illam ſtatuit, atque emancipatis. Fundamentum hoc ſatis mihi firmum videtur.

Ad argumenta prioris ſententiæ ſic reſpondeo, quod attinet ad text. in c. Quia nos, de Teſtam. illud verbum *liberè*, non eſſe ita accipiendum, ut poſſit Clericus contra leges, & conſtitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iuſtinianus: *Si quando talis conceſſio Imperialis proceſſerit, per quam libera teſtamenti factio conceditur: nihil aliud uideri Principem concedere niſi ut habeat legitimam, & conſuetam teſtamenti factionem*, l. Si quando, C. de inoff. teſtam.

Nec obſtat textus in l. Si filiam, C. de Inoffic. teſtam. quia *liberum arbitrium* ibi neceſſariò propter ſubiectā B materiam hoc importat, ut filia turpiter uiuēs, & quam propterea pater excludendam putabat, exhæredari poſſit.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, l. vlt. C. de inoff. teſtam & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, quibus declaratur filiorumfamil. teſtamenta de Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi peculio querelam euadere, antiquatam eſſe es Nouella ſupradicta Iuſtiniani Vt cũ de Appel cog. §. Et hæc quidem. ſolis militibus exceptis, ut declaraui in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Auth. Presbyteros reſpondeo, nihil minus dicere ibi Iuſtinianum, quàm quod Clerici poſſint liberos vel parentes ſuos exhæredare ſine cauſa legitima, ac proinde teſtamenta eorum querela expugnari non poſſint; immò contrarium indicat illa verba, *& donare cui uolunt ſecũdum leges*. Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, pa-*
C *rentes legitimam ferant portionem*. Præclarè Salycetus in d. Auth. Ex cauſa nu. 18. *Pondera uerbum ſic*, inquit, *& illud verbum, ferant, quod ſequitur; non enim dicit: petant vel aduocent, ſed ferant, quod intelligitur in illo teſtamento, & omnia ſimul iuncta probant: quaſi dicat, ſic teſtentur ſecundum leges, quod parentes in eo uel ex eo teſtamento legitimam ferant, quaſi dicat; quod ſi non fecerint, quia eos non inſtituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt; Hæc autem remedia ſunt, quia uel teſtamẽtum nullum dicent uel querelam intentabunt.* Sic ille.

CAPVT LXXVI.

Ingratitudinis cauſa ſi probetur, quæ teſtamento parentum expreſſa non ſit, poſſint ne filij exhæredati reſciſſo teſtamento ab inteſtato hæreditatem vindicare.

D Imperator Iuſtinianus: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, uel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, &c. Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.* Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoſcitur, §. Aliud quoque capitulum.

Huius textus authoritate probatur teſtamentum reſcindi, & filium exhæredatum uindicare poſſe hæreditatem, licet ingratitudinis cauſa ab hærede probetur, ſi ea teſtamento nominatim inſerta non fuerit; quia Iuſtinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt cauſa ingratitudinis probetur. Alterum, ut nominatim teſtamento inſeratur. Atque ita rectè docent Aretinus in l. 3 §. Filius, colum. ſecunda, ff de lib. & poſthumis. Alexander in Authen. Ex cauſa, colum. penul. C. de lib. præteritis, & multi alij, quos refert & ſequitur Couuar. in c. Rainucius, nume. 7 de teſtamen. qui duos textus pro huius ſententiæ confirmatione adfert. l. In arenam, & l. Om-

l. Omnimodo C. de inoffi testam. Sed l. In arenam. nihil iuuat hanc sententiam Nec l. Omnimodo. illam plane euincit, in illis verbis: A *Si tamen non ingrati legitimis modis arguantur: cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius haeredibus ingratos eos nominare, & huiusmodi questionem introducere.*

Ideo hanc sententiam locus iste non euincit; quia hoc tantùm requirit, vt in testamento parens mentionem faciat liberorum quasi ingratorum, nos autem exigimus, vt nominatim etiam causam adferat ingratitudinis legitimam. Itaque si parens in testamento eos ingratos fuisse diceret, id ex mente d. l. Omnimodo. sufficeret, ad filios probata ingratitudine escludendos; sed nō sufficit ex mente Iustiniani in d. Nouella; quia hoc requirit, vt etiam causa ingratitudinis legitima nominatim testamento inseratur.

Quod licet ita clarè constitutum sit, non desunt tamen, qui es locis alienis, & verbis ac argumentis gene- B ralibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis causa probata, licet testamento non inserta liberos escludendos ab hæreditate. Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem. in Auth. de nuptijs. Iason in l. Cum mota. num. 17. C. de Transact. & in Auth. Ex causa. col. 3. & in Auth. Non licet in 7. limit. C de lib. præterit. Corsetus in singul. in verbo Ingratitudo. qui citat Glo. in c. vult. de postulando.

Primum argumentum est ex d. § Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantùm dicit, sicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater consecuta est, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus suis in huiusmodi lucris succedere posse. Excluduntur autem omnes isti ex ingratitudinis causa. quod ego sic accipio, si testamento videlicet exhæredati fuerint à matre siue fratre: nec enim Iustinianus aliquid hac in parte noui statuit, quasi velit eos excludi etiam C ab intestato, sed matri ac fratri reseruat ius exhæredandi filios & fratres ingratos. Id patet es verbis, quæ præcedunt dictum § Ingratitudinem. ibi: *Ratione contra ingratos filios undique, & super istis rebus seruata*. Et statim subdit idem iuris esse in fratribus ingratis, sic dicēs: *Ingratitudinem autem hic consideramus nō solum ad matrem, sed etiam aduersus fratrem ipsum defunctum*. Et quòd maximè notandum est, refert se ad Constitutionem super hoc editam, ut es illis verbis patet: *Secundum quod pridem à nobis dictum est*. Quamobrem hoc primum argumentum nihil obstat, quia quantum ad filios attinet, sicut propter ingratitudinem excludentur ab hæreditate patris, si testamento causa ingratitudinis inserta exhæredati fuerint, iuxta Nouellam. Vt cum de appellat. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. Ita & ab eiusmodi lucris excludentur, si fuerint testamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati.

D Secundum est ex l. Liberi. C. de inoffi. testa. quæ nil aliud habet, quàm parentes ingratos exhæredari posse, & ingratitudine probata, testamentum impugnare nō posse. Quod sanè, quo pacto iuuet hanc sententiam, non intelligo.

Tertium est prorsus alienum à quæstione ista ex l. 3. § vlt ff de adim. legat. Vlpianus: *Non solum autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt, & quidem nuda voluntate Vnde quæritur, an etiam inimicitijs interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales, vel grauissimæ inimicitiæ intercesserint: ademptum videtur, quod relictum est, &c.*

Ideo verba attuli & adscripsi: quia attulisse illa, confutasse est argumentum, quod ex eis adfertur.

A

CAPVT LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cùm de Appell. cognosc. § Aliud quoque capitulum. an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui sunt in potestate.

QVI filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredē instituat, uel, exhęredem nominatim faciat. Alioqui si eum silentio pręterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Verba sunt Imperatoris in §. 1. in Insti. de exhęred. liber.

Idem Iustinianus in Nouella 115. Vt cum de appell. B cognosc §. Aliud quoque capitulum. ita statuit: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. Suum filium vel filiam, vel cęteros liberos pręterire, aut exhęredes in suo facere testamento, &c Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.*

Hic controuersia oritur, si pater filium, quem in potestate habet, prætetierit causa legitima testamento inserta, quæ vera esse probetur: vtrum testamentum valeat Mouet dubitationem, quòd secundum leges veteres non valet illud testamentum, in quo filius in potestate existens, neque hęres institutus est, neque nominatim exhęredatus. l. Inter cætera ff de lib. & posthum. l. Filio præterito ff. de iniusto rupt. test. & habetur in d. §. 1. in Insti. de exhęred liber. Veteres autem leges non correxit Iustinianus in hac parte, nec vllam eorum fecit mentionem in d § Aliud quoque capitulum. Ergo mane- C nent incorrectę, & consequenter testamentum nullius est momenti, in quo filius est præteritus, etiam si ingratus esse probetur, & ingratitudinis causa testamento fuerit inserta, quia non potest eum pater prætetire, sed nominatim exhęredare debet.

Sed huic sententię uerba Iustiniani repugnant in d. § Aliud quoque capitulum. Nam dum statuit patri non licere filios siam prætetire, nisi ingrati probentur, & ipsę ingratitudinis causę nominatim testamento inserantur, ex contrario indicat, si ingrati probentur, & causę ingratitudinis nominatim testamento inserantur, patri licere filios suos pręterire: & consequenter testamētum eo in casu valere, & firmum esse.

Hęc est illa qęstio, quam Fulgosius in Auth Ex causa. C. de lib. pręterit. dicebat Cęsarea decisione indigere, & quam in Concilio Constantiensi decidendam proponere in animo habebat; Et sanè Couuar. in c. Raynutius, nu. t. 2 & 8 de testam. adductis vtriusque sententię D autoribus, & nonnullis rationibus in eam sententiam magis propendet, ut testamentum hoc in casu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cùm pater in testamento dicit: *Filium meum prętereo, quia me verberauit*, si non verba, sed sensum spectemus, videtur filium suū exhęredare; neque enim ad eshęredationem inducendam necessaria est forma illa verborum, *Filium meum exhęredo*, sed qualiacunque verba idem significantia sufficiunt, l. 4. C. de lib. præterit.

Moueor præterea, quoniam cùm Iustiniani Nouella cohęrere nequeunt leges antiquę, quę ob pręteritionē testamentum nullum esse statuerunt, eo scilicet in casu, quo filij sunt pręteriti iustam ob causam ingratitudinis testamento insertam; quia Iustinianus vult illud valere, ergo necesse est dicere, leges veteres sublatas esse noua illa Iustiniani Constitutione.

Non obstant duę responsiones, quę adferri solent. Prima, id, quod Iustinianus in Nouella dicit de pręteritione filiorum, accipiendum esse respectu matris, cu-

ius præterito pro exhæredatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non sunt in potestate. Constat enim testamentum ualere, in quo filius emancipatus est præteritus. A

Altera, hoc Iustinianum uelle: ut si causæ ingratitudinis in testamento fuerint expressæ, quo filius est præteritus, testamentum ex sua constitutione non possit in firmari, nisi tamen fuerit nullum alium ob causam, puta propter præteritionem filij, ob quam, secundum leges ueteres testamentum est nullum.

Posterior hæc responsio nihil ualet, quia perinde est, ac si diceretur, uelle Iustinianum, ut testamentum hoc in casu ualeat, non obstante præteritione: sed tamen propter præteritionem nullum esse ex antiquis legibus, quod manifestam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari posse, quin absurda esset interpretatio, & Iustinianus uellet repugnantia, & quæ simul cohærere non possunt. Adde etiam ipsius Iustiniani proposito aduersantia, quia si uult testamentum ualere, ubi causæ ingratitudinis expressæ sunt legitimæ, & ueræ, consequenter uult ueteres leges hac in parte cessare, & uires non habere. Sed audiamus ipsum Iustinianum: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Testamento suo inseruerint, &c. Testamentum suum habere firmitatem decernimus.* Vult igitur diserte, testamentum hoc in casu ualere: Ergo ueteres leges, quæ illud non ualere statuunt, necessariò abrogantur.

Prior autem responsio ideo consistere non potest, quia uerba Iustiniani dicentis, patri, uel matri nō licere filios suos præterire, uel exhæredes in suo facere testamento, tam de patre, quàm de matre accipienda sunt, & tam de filijs in potestate positis, quàm de emancipatis. Alioqui si non de patre acciperentur, respectu filij in potestate patris existentis, licebit filios in potestate præterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis causam suo testamento non inseruerit, quod tamen absurdum est. Sicut ergo Iustinianus generaliter accipiendus est de patre, & matre, & filijs tam suis, quàm emancipatis in sensu directo, quatenus statuit nō licere patri, uel matri filios præterire, uel exhæredare, nisi ea forma seruata, ita etiam accipiendus uidetur in sensu contrario, quatenus uult ea forma seruata, patri, & matri licere filios præterire, uel exhæredare, & eo in casu testamentum ualere. Id quod expressè statuit in §. Siue igitur. cuius uerba proximè adscripsi, & mox iterum adscribam.

Non obstant, quæ pro contraria sententia adferuntur; quæ duo sunt potissimùm argumenta: Primùm est ex illis uerbis dictæ Nouellæ: &c. *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Parentes in testamento suo inseruerint, & scripti hæredes, &c. Veram esse monstrauerint, testamentum suam habere firmitatem decernimus.*

Hæc enim uerbis uidetur colligi, Iustinianum loqui de testamento, quod à principio ualet, & ideo dicit, *suam obtineat firmitatem*. At testamentum, quo filius est præteritus, à principio non ualet, sed nullum est; ergo de hoc testamento non loquitur Imperator. D

Alterum est argumentum, ex uerbis sequentibus. *Si autem hæc obseruata non fuerint nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Non dicit Imperator, *præteritis*, sed *exhæredatis*. Ex quo uidetur colligi posse Imperatorem suprà locutum esse de exhæredatis tam à patre, quàm à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio, pro exhæredatione habetur. §. Mater. in Institut. de exhæred. lib.

Ad primū argumentum ita respondeo: sensus illorum uerborum, *testamentum suam obtinebit firmitatem*, hūc esse; testamentum ualere, & rescindi non posse; ualere, inquam, ab initio, & suam obtenturum firmitatem, quia rescindi non poterit, nec infirmari ulla ratione.

Et dum in argumento assumitur. Sed testamentum, in quo filius est præteritus, ab initio non ualet. Istud nego. Nam dico ualere, si forma a Iustiniano statuta seruetur. Nec obstant antiquæ leges; quia per nouam Constitutionem antiquantur, & locum non habent. Id manifestum est ex his, quæ superius diximus: quia Iustinianus hoc uult, licere patri, & matri filios præterire causa ingratitudinis probata, & testamento inserta: ergo necessariò uult sublatas esse leges ueteres, quibus non erat permissum filios præterire.

Ad secundum argumentum respondeo, uerbum *exhæredatis*, quo Imperator usus est, latè ibi accipiendum esse, & ideo præteritus quoque filios comprehendere. Alioqui absurdum sequeretur, Iustinianum scilicet statuisse, ut non liceret patri filios præterire, uel exhæredare, nisi forma illa seruata; & tamen si præterijsset, nihil dixisse: si uerò exhæredasset, declarasse, ut nullum eis præiudicium generaretur. Hoc est absurdum; quia sicut liberis præteritis antea consultum erat, ita & iniustè exhæredatis per querelam inofficiosi testamenti; & tamē Iustinianus declarauit, nullum exhæredatis præiudiciū generari. Aliud præterea absurdum sequeretur: ea uidelicet, quæ Iustinianus postea decernit de testamento, quantum ad institutionem hæredis, irritando, & quantum ad legata, & fideicommissa conseruando, non pertinere ad eam facti speciem, in qua filius testamento præteritus esse proponatur, quod & uerbis Iustiniani, & menti repugnare manifestum est. B

Porrò exhæredationis uerbum latè patere, ut præteritionem comprehendat, testis est Vlpianus in l. Si patronus 12. ff. de bonis libe. ibi: *Silentio exhæredauerit.* Quid enim aliud est exhæredare, quàm priuare hæreditate? Priuat autem hæreditatem præteritio, ut patet.

CAPVT LXXVIII.

C

Ad eandem Nouellam 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum possintne parentes filios suos exhæredare ex alia causa, quæ non sit ex 14. ibi expressis, quæ tamen similis sit, uel maior.

Filios exhæredari non posse a parentibus ex ulla ingratitudinis causa, quæ non sit ex 14. a Iustiniano constitutis in Nouella 115. Vt cùm de appella cognosc. §. Aliud quoq; capitulum existimauit olim Martinus Laudensis, & hanc sententiam de iure ueriorem esse Alexander dixit in Auth. Non licet. C. de lib. præter. nu. 4. eo argumento, quòd nouissima illa Constitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, consequenter odiosa sit, & nequaquam extendenda ad alios casus in ea non expressos, præsertim cum Iustinianus ipse extensionem prohibeat, sic dicens: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuersis legibus dispersas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem uisæ sunt, aliquæ uerò cùm essent dignæ, prætermissæ sunt, ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere: ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius Constitutionis serie continentur.*

Sed contrariam sententiam uti receptissimam, ita & uerissimam esse iudico. Receptissimam esse omnes fatentur, in Auth. Non licet. C. de lib. præter. Couua. ad c. Rainucius nu. 16. de test. Clarus § Testamentum. q. 41. uers Sed quæro. Verissimam autem esse, ut ostendam.

Vt orò ipse, cæteris omissis, hoc argumento, quod absurdum esset, & longè a iure alienum, si causa ingratitudinis maior committatur, uel similis eis, quæ a lege expressæ, & enumeratæ sunt, eam non eodem iure cen-

censendam, quo causę lege Iustiniani expressę; *Non possunt* inquit Iulianus, *omnes articuli singulatim aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi; sed cùm in aliqua causa sententia eorum manifesta est: is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita ius dicere debeat.* l. Non possunt. ff. de legib.

Nec mens illa Iustiniani est, vt causas similes, vel maiores expressas ab eo excludat, sed vt eas tantum causas excludat, quæ alijs legibus continentur, si non fuerint in ea constitutione expressæ. Sic enim ait; *Vt præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.* Sensus est; licet aliæ causę aliquibus legibus continerentur, si tamen non contineantur in constitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem causæ non sunt proculdubio, quæ maiores, vel similes sunt expressis, quoniam illas Iustinianus approbauit; aut approbasse existimandus est, propter similitudinem. Sed sunt leuiores, & dissimiles causæ. Sed de quæstione ista non admodum difficili, hæc sufficiant.

CAPVT LXXIX.

Si filius post iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit; vtrum exhæredatio locum habeat.

Sed rursus conuertitur, si pater filium exhæredauerit propter iniuriam ei factam grauem, quæque iustam exhæredationi causam præbuerit; utrum si eidem filio reconciliatus fuerit, eumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere possit. Tres sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima, exhęredationem locum amplius nó habere. Ita Bart. in l. 3. §. vlt ff de adim. legatis: refert & sequitur Ias. in Auth. Non licet. ad finé. C. de lib. præterit. Addentes ad cons. 155. Alex. li. 7. Fundamentum est in d. l 3 §. vlt. cum l seq. Vlpianus: *Quod si iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur.* Huc accedit tex. in l. 5. C. fami. hercis. ibi: *Proinde si offensam istam clementia flexit*, &c. & tex. in §. ult. de iniur.

Secunda est sententia, exhæredationem non cęssare, licet filius in gratiam patris redierit, ita Aretin. ad l. Filio, quem pater. ff de lib. & posthu. Gerardus sing. 3. & alij, quos commemorat Couuar. in c. Rainucius. nu. 17. de Testam.

Fundamentum est in d l. Filio, quem pater. Papinianus: *Filio, quem pater post emancipationē a se factam, iterum arrogauit, exhæredationem antea scriptam, nocere dixi*, &c. Huc accedit ratio: nam si exhæredatio céseretur extincta, filius maneret præteritus, essetq; testamētum nullum, quod minimè conuenit parentis uoluntari.

Tertia est opinio: Si filius ante exhęreditationem in gratiam patris redierit, tunc sequi non posse exhęredationem, quia iam tacitè pater remiserat ingratitudinis culpam: aliàs secus. ita Purpuratus ad l. vlt. nu. 145. C. de pact. & alij a Couuar. citati, ubi supra.

Fundamentum est in d. l. 5. C famil. hercis. & in l. Lucius Titius 90. § Lucius, de leg. 2. Scæuola. *Respondi secundùm ea, quæ proponerentur, ita deberi, si ij, qui peterēt, manifestò docerent eo animo circa se patronum, cùm testamentum faceret; esse cępisse, vt ijs quoque legatum dari uellet, alioquin nihil ipsis præstetur.*

Mihi uidetur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare; atque ideo eum uindicare hæreditaté posse, exhæredatione illa non obstante, existimo. Non eo colore, quod testamentum nullum fit, quasi præteritus esse uideatur. Nam exhæredatus est; Nec exhæredatio cessat propterea, quod filius in gratiam redierit. Non eo prætextu, quod exhæredatio ritè, & rectè facta non

A fit, quia formam debitam habere supponitur per insertionem in testamento factam causæ iustæ ingratitudinis filij. Non eam ob causam, quod pater exhæredationis factæ pœnituerit, propterea quod eum in gratiam receperit, quia etsi pœnituisset, nihilominus testamentum erat reuocandum per aliud nouum Testamentum. § Posteriore. in Instit. Quibus mod. testa. infir. uel per alios modos, de quibus in l. Sancimus. C. de Testam. & in l. Hac consultissima. § Si quis autem. C. de Testam.

Sed eo colore, & prętextu, quod secuta post iniuriam patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari, aut si antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhęredatio amplius ualere post iniuriam remissam. Nam iniuria remitti potest §. ult. in Instit. de iniur. Sed hoc in casu remissa est; quia pater filium in gratiam recepit, & ei pepercit: Ergo non potest amplius illam uindicare exhæredando filium. Et licet ante remissionem iniurię potuerit eam uindicare, & propterea filium exhæredare, post remissionem tamen non potest. Et causa exhæredationis remissione facta extinguitur, quia culpa filio est

B remissa. Itaque filius inofficiosum in proposita specie dicet testamentum patris. Si excipiatur ipsum ingratitudinis culpam admisisse, ac proinde exhæredari potuisse. Replicabit ille culpam remissam fuisse, ac proinde uindicari exhæredatione non potuisse, ac sibi meritò licere paternam hęreditatem uindicare, perinde ac si exhæredatus fuisset nulla culpa existente, culpa enim iam remissa, pro non commissa habenda esse uidetur.

CAPVT LXXX.

C

Si filius post commissam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, possitne exhæredari à patre?

Filium, qui commisit aliquam ingratitudinis culpā, & pęnitentiam egit, exhæredari non posse, authores sunt Alexander in l. 1. num. 33. ff. sol. mat. Ias. in l. In arenam. C. de inoffic. testam. & in Auth. Non licet. C. de lib. præterit. Cattellianus Cotta in Memor. in dictione Filiusfamilias. Clarus. §. Testamentum. q 41. uer. Præterea quæro.

Fundamentum est in eo, quod Speculat. docet in tit. Qui filij sint legitimi. uers. Quid si filia tua peccat. num. 15. ubi docet, filia, quæ in corpus suum peccauerit, exhæredari posse, & ei alimenta denegari, sed si de peccato, pœnitentiam egerit, ei prodesse, & non posse exhæredari, uel priuari alimentis. arg. l. Imperialis C. de nuptijs. §. Aliud. in Auth. Vt cùm de appella. cogno. c. Ferrum. cap. Fidelior. 50 distin. c. Inter opera. de sponsalib.

D *Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.* l. Diuus. ff. ad l. Pompeiam. de Patricid. §. Hac authoritate. 35. q. 3.

Contrarium docuit Felyn. in c. Rodolphus. colum. 3. de rescript. & post alios Couuar. in c. Rainucius. num. 18. de Testam.

Fundamentum est: quia pœnitentia criminis tantum, quoad Deum, operatur remissionem, non autem quoad forum externum, ut docet Glo. communiter recepta in c. De his. de Accusat. Ego in hac quæstione distinguendum puto, ut siquidem uersamur in eo genere ingratitudinis, quod filium solum concernit, tunc pœnitentia illi profit, ut puta si filius, uel filia, qui inter mimos, uel arenarios, uel scenicam artem exercentes se sociauerit, uel turpiter alioqui uiuere cœperit, ab eo uitæ genere desistere, & pœnitentiam agere uoluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus uidetur, & eius sententia legibus allegatis confirmatur: Nam in dict. Nouella. Vt cùm de appell. cognosc. § Aliud.

liud. dum ibi cauſæ iuſtæ exhæredationis recenſentur, illa inter alias adſeritur: *Si prater voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos ſeſe filius ſociauerit. Et in hac profeſſione permanſerit.* Item; *Si luxurioſam degere uitam elegerit* quæ omnia oſtendunt clarè, perſeuerantiam re quiri in ipſo crimine, vt iuſta ſit exhęredationis cauſa. Si ergò pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhoneſtam reliquerint, *Omnia macula penitus direpta, et quaſi ſuis natalibus mulieribus redditis, neque uocabulum inhoneſtum eis inhærere de cætero uolumus neque differentiam aliquam eas habere cum ijs, quæ nihil ſimile peccauerunt.* l. Imperialis §. Præſenti. C. de nupt.

Quod ſi de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem concernat, puta, ſi filius patrem verberauerit, ſi ei atrocem iniuriam fecerit, ſi vitæ parentum ſuorum per venenum, vel alio modo inſidiari tentauerit, ſi nouercæ ſuæ ſe immiſcuerit, & alia id genus fecerit, quæ à Iuſtiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis cauſas, tunc filijs nequaquam arbitror ad exhęredationem euadendam pœnitentiam prodeſſe. argum. l. Qui ea ff. de furtis. Vlpianus: *Nemo enim tali peccato pœnitentia ſua nocens eſſe deſijt.* l. penult. ff. de vi bonor. raptor.

CAPVT LXXXI.

Si filius factus fuerit poſt culpam ingratitudinis commiſſam Monachus, poſſitne a parente teſtamento exhęredari?

GRatianus in decreto 19. q. 3. cap. vlt. ex Nouella Iuſtiniani nt. de Monachis docet; *Non licere parentibus liberos, uel liberis parentes ab hęreditate ſua repellere Monachos factos; quamuis dum Laici fuerát, in cauſam ingratitudinis inciderunt,* atque ita docue runt Romanus ſing. 48. §. Marſilius ſing 413. numero 5. Campegius de dote, parte 1. q. 47. Felynus in c. Rodulphus. col. 3. de Reſcript. Panormitanus conſil 27. lib. 2. Caſſanæus conſuet. Burgundiæ rub. 1. §. 5. Archidiaconus. nu. 102.

Sed Glo. in Auth. de Monachis. in principio, in verbo *maculam*, iuri Ciuili id conſentaneum non eſſe docet, ſed iuri Canonum; & ſequitur Iaſon in Auth. non licet. nu. 4. C. de lib. præteritis.

Videtur enim obſtare priori ſententiæ. l. Deo nobis §. 1. C. de Epiſco. & Cler vbi dicitur, filium propter eam ſolam cauſam, quod Monachus factus fuerit, exhæredari non poſſe; Ergo propter alias cauſas exhæredari poterit.

Baldus autem in commentarijs d. l. Deo nobis. §. 1. exiſtimauit priorem ſententiam locum habere poſſe, vbi cauſa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipſum filiũ concernit; poſteriorem autem ſententiam veram eſſe, vbi ingratitudinis cauſam filius commiſit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipſum lædit: Idem docet Aretinus in l. 3. §. 1. ff. de lib. & poſthum. num. 9. & Curtius iunior in Auth. Non licet. C. de liber. præter.

Cæterum Alciatus lib. 4. Parergon. c. 23. Gratianum ſuſpectum habet, quòd cùm Monachus fuerit, voluerit gratificari cauſæ Monachorum, quando quidem Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerunt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumnijs eum uindicat Didacus Couuar. in c. Raínucius. numero 20. 21. de teſta. ea Conſtantino Hermanopulo, lib. 5. Epit. c. 9 docens eatare dictum Nouellam ſub tit. Vt cùm de appellatione cognoſcitur. in qua olim inſerta erat & illa pars, quam de Monachis filijs non exhæredandis Gratianus deſumpſit, in hæc verba: *Monachi, ſiue patres, ſiue filij, minimè priuantur hæreditate, ob ingratitudinis cauſam, ante profeſſionem commiſſam.*

A Ego verò in libro, qui inſcribitur Nouellæ, nouiter inuentæ Iuſtiniani hãc Nouellam, de qua loquitur Gratianus, eiſdem verbis conſcriptam inueni, quibus in Gratiani decreto deſcripta eſt, lib. ſecundo, tit. 130. de Monachis & Monaſterijs: Et ideo ex hoc loco Gratianum eam deſumpſiſſe non dubito. Nam & verba illa, quæ ſunt apud Gratianũ, extãt etiam in dicta Nouella, nempe; *Non liceat parentibus ad ſolitariam vitam tranſeuntes de Monaſterijs abſtrahere.* Et ſuſpicor eſſe hanc Epitomen Iuliani, cuius mentionem facit Gregorius XIII. Pontifex Maximus in ſuis ad Gratiani decretum annotationibus; Et ex his in hanc ſententiam venio, ut Monachi digni ſanè maioribus priuilegijs, quia ſe ſuaque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentibus non poſſint ob cauſas ingratitudinis antea commiſſas; quanquam contrarium argumentum ſumi poſſit ex d. l. Deo nobis. §. 1. Nouella enim, quæ
B poſterior eſt, meritò præferenda erit, & ſequenda.

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

LEgata pia deberi etiam hęreditate non adita, Autores ſunt Abbas in c. Relatum 1. col. vlt. de Teſtam. Bartolus in l. 1. num. 66. in Repe. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Ioan. de Anania in conſil. 28. Romanus conſ. 493. Mattheſilanus ſing. 163. Ancharanus in c. Cùm eſſes. numero 15. de teſtam. & in conſ. 144. Barbatia conſil. 8. numero 14. lib primo. Bal in conſil. 287. lib. 4. Lapus Allegat. 91. nume. 4. Capella Tholoſana deciſ. 89. Couuar. in c. Rainaldus. §. 3. num. 2. verſ. Illud ſanè. & verſ. Octauus caſus.

C Contrarium docuerunt Salycetus ad l. 1. in 3. q. C. de ſacroſanct. eccl. Fulgoſius ibid. & Iaſon in prima lect. num. 29. & in 2. lect. col. vlt. & in l. Eam quam. nu. 19. C. de fideicommiſſ. Alex in conſil 209 col. penult. lib. 2. Imola in l. Qui filio. §. 1 ff. de hæred. inſt.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia in legatis pijs non videtur iuris Ciuilis ſubtilitas habere locum, ſed iuris gentium. Id patet; quia ualet teſtamentum ad pias cauſas, etiam ſine iuris Ciuilis ſolennibus. c. Relatum. de Teſtam. vbi ſufficiunt duo teſtes; Sed hæc eſt iuris Ciuilis ſubtilitas, ut non aliter legata ſint præſtanda, quàm ſi ea teſtamento hæreditas adita fuerit. l. Si nemo. de teſtam. tutela. Ergo neceſſaria non eſt in legatis ad pias cauſas.

Huc accedat, quod in legatis pijs Falcidia locum non habet, Auth. Similiter. C. ad l. Falcid. Sicut ergo legata debent præſtari, quando hæreditas non eſt adita, propter expreſſam prohibitionem detractionis Falcidiæ à
D teſtatore factam, ut in §. Si verò expreſſim. in Auth. de hæred. & Falcidia. ita etiam & hoc in caſu, quo per legis prohibitionem Falcidia ceſſat.

Hoc poſtremum argumentum nullius eſt momenti, propter duas cauſas; Vna, quia non eſt ſatis exploratum, an in legatis pijs ceſſet Falcidia, immò aliàs diſſerendo hac de re, contrariam ſententiam ueriorem eſſe, niſi fallor, demonſtraui. Altera, quod ex hoc argumento inferri non poteſt id, quod infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia eſſe præſtanda; quia textus in dicto § Si verò expreſſim. loquitur de hærede *Parere nolente teſtatori* prohibẽti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit *eum quidem recedere ab huiuſmodi inſtitutione, locum uerò fieri ſubſtitutis, et cohæredibus, & fideicommiſſarijs, & legatarijs, & eis, qui ab inteſtato ſunt, & alijs, &c.* Quamobrem non licet inde argumentum ſumere generaliter, ut ſemper legata debeantur, licet ex teſtamento hæreditas adita non ſit; Id enim non ſolùm ad legata pia pertineret, ſed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod Iuſti-

Iustinianum in animo habuisse credibile non est.

Posterioris autem sententię fundamentum est, quia libertas non debetur hęreditate non adita per scriptum hæredem, aut per eum, cui bona adijciuntur fauore libertatum. l. 2. C. Si quis omissa cau. test. Glo. in l. Qui filia § 1. ff. de hæred. instit. l. 4. ff. de fideicō. liber. l. vlt. C. de manu. testam. libertas autem dicitur causa pia. l. 1. §. Sin autem. C. de commu. seruo. manum.

Ego in hac quæstione pro pijs causis video pugnare communiorem Doctorum sententiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas testatoris, ut præstentur legata: sed tamen, si, vt soleo, liberè sententiam meam adferre debeo, vereor ne iuri hæc sententia sit parum cōsentanea. Nam non rectè iudicio meo Bartolus & alij probant, in testamentis ad pias causas sublata esse iuris Ciuilis solemnia, & solam rationem naturalem sequendam, vel iuris gentium, ex eo, quod sancitum sit, duos tantum testes sufficere in testamentis, quæ ad pias causas facta sunt. Non si in vno vel altero casu, fauore piæ causæ à iuris regulis recessum est, & quidem summa ratione, quia *in ore duorum, vel trium stet omne verbum*, ideo per omnia recedendum à iuris regulis. Paulus: *Quòd verò contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias.* l. Quòd verò. ff. de legibus. Hæc non est bona consequentia; Ita lege Canonica cōstitutum est, vt legata pia debeantur ex testamento coram duobus condito: ergo generaliter sublatæ sunt in ijs legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non rectè quis ita ratiocinatur: quia non licet ex uno particulari generaliter aliquid statuere secundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maximè mouet, Summi Pontifices & Imperatores causis pijs maxima contulerūt priuilegia, & singularia multa earum fauore contra iuris regulas constituerūt, nullum prorsus Canonem, nullam legem sanxerunt, ex qua in proposita quæstione iuris euertatur regula: *Si nemo ex testamento adierit hæreditatem, nihil valet, quod in eo scriptum est.* Non igitur videtur nobis permissum, ut nostris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi videtur, saluo meliori iudicio.

CAPVT LXXXIII.

Possitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.

IN hac quæstione, possitne hęres legatum defuncto relictum repudiare in prę iudicium alterius puta creditoris, vel fideicommissarij, celebris est distinctio Bartoli ad l. Si mihi 12. de leg. 1. *Quandoque hæres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum suum, & hoc non potest l. Liberto. ff. de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum, & commodum suum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturus erat ex dispositione defuncti, ex cuius persona repudiat, & non potest repudiare l. Si fundum sub conditione §. Si Titius, de leg. 1. aut alio modo cedit in suum incommodum, ad commodum tamen repudiantis, & potest repudiare l. Si mihi 12. de leg. 1.*

Hanc distinctionem aliqui reprehenderunt, sed plurimi approbarūt, ut videre licet ex Couuar. ad c. Raynucius, § 3 nu. 12. 13. 14 de Testa. Ego ne longum faciam, paruo cum fructu in referendis omnium sentētijs, paucis indicabo, vbi consistat difficultas. Illa consistit in trium legum vera interpretatione. Prima est l. Liberto. ff. de bonis libertor. Africanus: *Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus est, is die legati cedente decessit, extraneo hęrede instituto. Respondit, posse patronum partem debitam vindicare. Nam videri defunctum mortis tēpore ampliorem habuisse rem centum, cùm hęreditas*

A *eius propter computationem legati pluris venire possit, neque referre hæres institutus repudiet legatum liberto adiectum necne. Nam etsi de lege Falcidia quæratur: tale legatum quamuis repudiatum, in quadrantem hęreditatis imputatur legatarijs.*

Ex hac lege probari videtur, hęredem non posse repudiare legatum in præiudicium alterius; quia etsi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, ut ex bonis eius legitimam consequatur.

Altera lex est l. Si mihi 12. de leg. 1. Pomponius: *Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente hæres tibi extitero liberum mihi esse Labeo ait: ex meo legato: an ex eo, quod tibi hęres sim, acquirā legatum. Et si voluero eam rē ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit: ex hęreditario legato petere eam me non posse.*

Ex hac lege probari videtur, legatum repudiari posse in præiudicium alterius; puta, si in specie huius legis

B onus adiectum fuisset defuncto legatario, aliquid dandi alteri; vel, si creditoribus eius satisfaciendum esset, nihilominus hæres legatum repudiare potest.

Tertia lex est l. Si fundū sub conditione §. Si Titius. de leg. 1. Iulianus: *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit; & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*

Ex hac lege colligi videtur, hæredem posse legatum repudiare, quasi sensus sit; si hęres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non posse, Consequenter legatum ab hęrede Titij repudiari posse in pręiudicium Seij.

Breuiter omissis distinctionibus, opinor constituendam esse firmam conclusionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non possit in cuiusquam præiudicium, cuius interest mortis tempore legatum in

C hęreditate eius contineri. Exemplum, Titio legantur centum à testatore, moritur testator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato, Hæres Titij non potest repudiare legatum eiusmodi, in pręiudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuscumque, cuius interest legatum non repudiari, sed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio est euidentissima, quia Titio defuncto iam legatum adquisitū est: *Ea enim quæ legantur, recta via, ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt transeunt.* l. à Titio. ff. de furtis. Et legatum acquiritur etiam ignoranti, l. Si partem. ff. quemad. ser. amit. l. vlt. C. quando dies legat. cedat. Consequenter in eius hęreditate reperitur: & ideo, non debet esse in potestate hęredis, illud repudiare in pręiudicium alterius, cuius interest legatum inter bona hęreditaria computari, argumento d. l. Si partem. ff. quead. ser. amit. in illis verbis: *Vt iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat.* & d. l. Li-

D berto ff. de bonis libertor.

Potest enim hęres defuncti legatarij omnem à se vtilitatem & commodum legati abdicare, & ei, quantum ad suum pręiudicium, renunciare, sed non potest renūciare, quantum ad pręiudicium alterius. Cui rei consentaneum est, quod vulgo receptum est, licere vnicuique secundum antiquam iuris regulam iuri suo renunciare. l. penult. C. de pactis. non tamen in præiudicium tertij, vt tradit ibi Glos. & Bart. nu. 3. vers. *Secundo casu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij* Paulus Cast. circa finem. argumento l. 1. 2. 3. ff. de liberal. causa. l. Si vnus. § Ante omnia ff. de pactis.

Nec difficile est respondere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium iudicare videntur. Nam quod attinet ad l. Si mihi ideo ibi legatum repudiari potest, quia is, qui tanquam hæres alterius repudiat legatum, illud consequi iure proprio potest, quę libertas non potest ei impediri. Declaro: testator legauit mihi & tibi eandem rem, quo casu cuilibet nostrum solidum compe-

tit,

tit.licet per concursum partes fiant. Hæres tibi extiti,liberum est mihi tanquam hæres tuus non petere legatum,sed solidum illud consequi ex persona mea. Ergo non potest tertius quispiam hoc mihi ius meum auferre,& libertatem hanc tollere, ac impedire: solidum relinquit mihi testator,illud peto. Nullus adest,qui per concursum partem mihi faciat, nisi ego mihi ipsi tanquam hæres tuus,partes mihi faciam;at ego nec volo tanquã hæres concurrere,nec mihi partem facere. Nulla me ratio cogit,nulla æquitas hoc postulat, vt mihi ius minuã meum. Vt neminem repudiando lædam, iustum est,sed non debet esse hoc cum detrimento meo coniunctum. Repudio, vt mihi principaliter consulam, si per consequentiam nonnihil alijs noceam, nihil mihi imputandum est:quia iure meo vtor, argumen.l. Proculus. ff.de damno inf.l. Fluminum.§.vlt.ff.eod.l. 1.§ Denique in 1. ff.de aqua plu.arcend.l.Si in meo.ff eod.tit.

Quod verò attinet ad textum in l. Si fundum sub condition. § Si Titius, ff.de leg. 1. ideo conclusionem nostram non ostendit, quoniam non negat hæredem repudiantem legatum deberi, scilicet quantum ad hoc ut rem legatam hæres redimat, vel rei æstimationem præstet: sed negat Stichum vindicari posse. Nam si non sit penes hæredem, sed alios, procul dubio legatarius illum vindicare non potest: Stichi enim legati dominium esse non potest apud hæredem inuitum. Nec enim dubium est, quin si velit, possit singulares aliquas res hæreditarias abijcere & repudiare, & non acquirere, sed non potest ex res alijs præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hæreditate eius sunt, computare inter bona hæreditaria, quoties ita fieri alterius interest: sed non cogitur retinere res, & sibi soli eas repudiando inferre præiudicium potest, dum modo onera subleat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficiosa parentum quatenus reuocetur a filijs.

SI parentes inofficiosis donationibus suas facultates exhauserint, dubium non est, quin filijs eas reuocandi querela instituta ad instar inofficiosi testamenti facultas concedatur. Sed controuersia est, an in totum reuocentur, an verò vsque ad legitimam portionem filijs debitam duntaxat. Etenim vsque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo Hugolinus autem dixit, si donatio inofficiosa fit re & consilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari; si verò re tantum, reuocari vsque ad legitimam tantum, Cæterum si in filiũ collata sit, tunc licet re & consilio inofficiosa sit, non reuocari tamen, nisi vsque ad legitimam. Hanc posteriorem sententiam videntur Doctores magis communiter secuti, eo in casu quo filio nihil relictum est, licet Azonis sententiæ sui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello, qui copiosè autores citat, & nihil ut illi solenne est, definit, ad l. Si vnquam. C. de reuocandis donatio. in verbo *Totum* num. 4. 5. ex Claro, in § Donatio. q. 24. Differuntque interpretes hac de re in l. Titia 89. § Imperator. de leg 2. & in l. 1. C. de inoff. donatio.

Qui dixerunt in totum aliquando donationem inofficiosam reuocari secundum distinctionem Hugolini, adducti in ea sententia fuerunt ex l. Si libertus, § vltim, ff.de iure patronatus, vbi dicitur alienationem a liberto factam in fraudem patroni in totum reuocari. Vlpianus; *Si quis plures res simul alienando, minorem se centenario fecerit, quarũ una reuocata, uel omnium partibus maior centenario efficitur: utrum reuocamus omnes, an pro rata ex singulis, ut cẽtenariũ eum faciamus? Magisq́; est*

A *vt omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit.* Si ergo in fauorem patroni ita constitutum est, multò magis idem constituendum est in fauorem liberorum, neque enim minus iuris liberi habent in bonis parentum, quàm patronus in bonis liberti.

Secundò ex d. l. Titia 89 § Imperator de leg 2 cuius verba hæc sunt; *Imperator Alexãder Augustus Claudio Iuliano pfecto vrbi. Si liquet tibi Iuliano charissime amicè interueniendæ inofficiosi querela patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id quod donatum est, pro dimidia parte reuocari.* Dimidiam partem intelligunt esse totam eam partem bonorum, quæ nepoti reuocanti donationem competit: qui erant duo nepotes auiæ, & sic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantùm portione.

Qui verò Azonis sententiam amplexi sunt, fundamentum posuerunt in eo, quod nulla extet lex, constituens donationem inofficiosam in totum reuocari, sed omnes leges dicunt eam reuocari vsque ad legitimam B portionem l. Si totas. C. de inoff. donat ibi; *Vt filij vel nepotes, &c. debitum bonorum subsidium cõsequantur, ad patrimonium tuum reuertitur.* l. Si mater ibi, *Quod immoderatè gestum est, reuocabitur.* l. Si liquet. ibi: *Quod donatum est pro ratione quartę ad instar inofficiosi testamenti conuicti diminuetur* C. eodem. tit. Nulla lex, quæ distinctionem adhibeat inter donationem filio collatam uel extraneo, imò nullam esse differentiam inter donationem filio collatam, vel extraneo, clarè indicat textus in l. 1. C. eodem. tit. in illis verbis: *Fassus donationibus, siue in quosdam liberos, siue in extraneos exhausit. &c.*

Quod sanè fundamentum adeò firmum mihi videtur, vt non verear hanc posteriorem sententiam amplecti, & tanquam legibus magis consentaneam asseuerare, ac tueri. Præclarè igitur Cuiacius ad tit. de inoffic. donatio: *Exemplo querela inofficiosi testamenti comparata est querela inofficiosa donationis: sed hoc interest, quod querela inofficiosi testamẽti totum testamentum rescindit,* C *siue extranei, siue alij liberi instituti sint, querela inofficiosę donationis id tãtum rescindit et reuocat, quo minuitur portio debita liberis, quia quo liberaliores sunt morientes, quam viuentes, eò sunt etiam minorum horum, quàm illorum iudicia, & liberalitates coercendę. Argumentum huius rei est lex Cincia.*

Ad primum argumentum respondet Aret. in consil. 47 & rectè, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur in l. Si libertus. ff de iure patronat. quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta a liberto, vt scilicet minor esset centenario, ad patronum excludendum a debita portione: Id patet ex uerbis superioribus: *Quoties in fraudem legis fit alienatio, non valet quod factũ est. In fraudem autem fit, cum quis se minorem centenario facit, ad hoc ut legis præceptum euertat.*

Hoc nihil habet commune cum quæstione nostra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis: sed in fraudẽ filiorum. Libertus dicitur in fraudem legis facere, quo D ties alienat aliquid, vt uideatur non habere centum in bonis, quo casu nihil debetur patrono, & lex eludi, tur, quæ patronis defert in bonis libertorum portionẽ, qui maiores centenarijs fuut, ut in Instit. de success. libert. quod si in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur, nisi quoad legitimam patrono debitam, ut dicitur in d. l. Si libertus.

Ad textum autem in l. Titia. §. Imperator. respondeo, dimidiam, de qua textus loquitur, non esse totius hæreditatis auiæ, sed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. Ita etiam loquitur textus in l. Si mater. C de inof donat. ibi: *Vt quartę partis dimidiam,* &c. Quæ interpretatio verissima est, & omnino necessaria, & est Iacobi Cuiacij lib. 5. Obseruat cap. 14.

ter. Est autem vno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere, l. Hæredes palam, §. vlt. de Testament.

Ex hac regula ego semper credidi non esse illud recipiendum, quod vulgo dicitur, contractus in testamento fieri posse, vt & aliàs disputaui.

Quod igitur testator fidei hæredis aliquid committat, ad testamentum pertinere dubium non est. Cæterùm quòd ab hærede stipuletur legatario aliquid dari, extraneus planè actus est, & non conueniens testamento, nisi pro simplici fideicommisso accipiatur; & stipulatio illa alteri facta nihil aliud importet, & quàm firmissimum fideicommissum, in quo hæredis fidem expressam testator secutus sit.

His regulis accedit ratio, qua Ruinus vsus est. Nam ex hac sententia Bartoli, & aliorum inuenta esset ratio legata & fideicommissa dandi coram duobus tantùm testibus, tametsi plures testes requirantur, l. vlt. C. de codicillis. propter suspitionem falsitatis, l. vlt. C. de fideicó miss. Et cósequenter via quadam indirecta fieret, quod lege prohibitum est.

Nullum autem solidum argumentum pro Bartoli, & sequacium sententia adferri palam est. Nam quod attinet ad l. vlt. C. de fideicommiss. non loquitur de stipulatione, sed de fideicommisso, quod a testatore nullis testibus præsentibus iniunctum est hæredi vel legatario, & dicit eum cogi iurare, aut soluere: Nullum prorsus verbum in ea legitur testatorem stipulatum fuisse dari cuiquam.

Adfertur secundò l. Quidam cùm filium, ff de hære. instit. Sed ibi amicus ille nil promisit testatori, sed hæredi, ac proinde inquit Africanus: *Respondi, etiamsi manifestum sit, scriptum hæredem fidem suam interposuisse: non tam aliter ab eo fideicommissum peti posse, quam si & ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur.*

Testatorem autem fidem illius secutum esse, non est idem Africano, quod Bartolo. Nam Bartolus existimauit id per stipulationem fieri, veluti si testator stipulatus esset in illa facti specie filiofam. dari. Africanus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommissum, vt patet ex illis verbis: *Nec quicquam ab eo petitum est*. Hæc enim sunt verba fideicommissorum propria, *peto, mando rogo*, & similia. Sed difficile est, huiusmodi tacitum fideicommissum probare, ideo respondit Africanus, fideicommissum peti non posse, nisi probaretur, &c. Si probatum fuisset, peti a filio potuisset, vt fideicommissum non vt aliquid promissum ac debitum ex stipulatione, & contractu inter viuos, hoc. n. nec Africanus dicit, & longè a sententia eius alienum est, quod verò ibi subijcit textus de actione mandati, ad illam specié pertinet, in qua hæres scriptus filio ipsi promiserat, se aditurum hæreditatem, & restituturum.

Tertio adfertur tex. in l. Spadonem, §. 1. ff. de excus. tutor. Nil aliud dicit, nisi eum, qui promisit patre se tutelam filiorum eius accepturum, excusationibus vti nó posse. Non est hæc stipulatio alteri facta, sed patri, qui filijs de tutore voluit prospicere, quod nec legibus repugnat, & rationi maximè conuenire perspicuum est.

Adfertur postremo loco etiam contractus in testamento fieri posse, sed ut alias disputaui, nec iure id probatur, nec mihi vnquam placuit. Testatorem posse aliquid fateri se accepisse, se debere, libertum assignare, & id genus alia, facilè concedo. Quod autem alios omnes contractus extraneos, & ad testamentum non pertinentes facere possit, non recipio, donec mihi fuerit ostensum iure conuenire. Sed vt maximè contractus facere possit quis in testamento, sequitúrne & alteri stipulari posse, & duos tunc testes sufficere, & non posse reuocari? Non confundamus quęso contractus, stipulationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum ijs quæ testamentis ac alijs vltimis voluntatibus expediuntur, ne inde absurda, & legibus contraria multa sequan-

A tur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & solennia tollantur: ne falsitatibus & dolis aditus aperiatur. Præclarè Vlpianus: *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad ius testandi*, Verba. ff de verb. sig.

CAPVT LXXII.

Testator possitne inducere vsuras.

VLpianus: *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præstetur in singulos annos certum aliquid, velut vsuras iusserit testator præstari, legatum valet: sed in vsuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem vsurarum non excedit.* l. 3. § vlt. ff. de annuis legatis. Ingens disputatio est, an inspecto iure Canonico, quo vsuræ sunt prohibitæ, eiusmodi testatoris dispositio valeat, quantum ad vsuras, quæ res maximi momenti est, quia si non valeat, vsuræ in sortem computandæ erunt.
B Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt donec dotes suas acceperint, vsumfructum, vel aliud quidpiam percipiant. & loquor quando vsuræ non excedunt legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur etiam iure Ciuili. Variæ ac dissentiores sunt Doctorum sententiæ. Nam multi existimarunt valere testatoris dispositionem, & vsuras istas peti posse. Multi id negarũt. Alij vsi sunt distinctione; Vtrum in potestate legatarij sit, legatam sortem petere ac exigere, & tunc vsuræ tanquam illicitæ non debeantur; an verò in arbitrio hæredis positum sit, sortem pręstare uel non pręstare, donec vsuras præstet: & tunc vsuras deberi ac permissas esse. Alij denique in eo casu, quo in arbitrio hæredis est, præstare sortem, vel non præstare, distinguunt, vtrum legatarius interpellauerit hæredem ad præstandam sortem, an verò non interpellauerit: vt priore casu licitè vsuras percipiat, posteriore non item.

Vide Bartolum in d. l. 3. § Si cui, ff de annuis legatis.
C & in l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum seniorem, nu. 6. Iasonem in l. 1 nu. 59. C. de summa Trinit. & ibidem Castren. nu. 14. & eundem ad Rub. ff. de his, quæ pœnæ nom. & in cons. 101 lib. 1. Roma. consi. 510. nu 15. Ripam in l Nemo potest, num. 23. ff. de leg. 1. Cagnolum ad l Cumbit. num. 14. C. de act. emp. Couu. lib 3 variar. resol. c. 1. ad finem Alciatum lib. 5. Paradoxorum. c vlt. Aretinum in consil. 151. Barbatiam consil. 66. lib. 2 Socin cons. 41. lib 4. Ancharanum consil. 150. in quæstione, quæ vertitur inter Alexand consil. 27. lib. 4. num. 9. & 74. nu. 14 lib. 5. Puteum decis. 106. lib. 1. alios citat Menochius in cons. 441. lib. 5.

Ego ex his sententijs duas meritò amplectendas esse iudico. Prima est; testatoris dispositionem non valere quantum ad usuras, quoties in potestate legatarij est sortem debitam petere ac exigere. Altera, ualere, & seruandam esse, quoties in potestate legatarij non est sortem petere, sed in arbitrio hæredis est eam soluere, vel
D nó soluere donec vsuras soluent. Duas has sentétias cur amplectendas esse putauerim, vbi breuiter demonstrauero, tum argumenta diluam, quæ illis aduersari uidentur.

Quod attinet ad priorem sententiam, vt eam amplectar, in causa est primum, quod sit communis. Est enim in rebus obscuris & arduis communis sententiæ maxima autoritas. ca. Ne innitaris, de Constitutio.

Secundò, quod eandem secuta est Rota Romana apud Puteum, dicta decis. 106 lib. 1. Nemo autem ignorat, quanta sit eius autoritas: & meritò: Assident enim illi semper integerrimi & doctissimi viri.

Tertiò, quia vsuræ iure Canonico ac diuino prohibitæ sunt. Negari autẽ non põt, quin legatum, quo de agitur, vsuras contineat. Est enim hac in re testis locupletissimus Vlpianus, qui in d. l. 3. §. vltim. ff. de annuis legatis, propterea monet, *Eatenus legatum valere, quatenus proba-*

probabilem usurarum modum non excedit Extat & integer tit. de vsuris & fructibus rei legatæ. & tex. in l Titia Seio.§.1.de leg.2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, vsuras continere.

Quartò, quia iuris ratio hoc ipsum suadet. Nam vsura est cum aliquid ultra sortem debitam accipitur. cap. Plerique. 14.quæst.4.c.Sicut 2.47 distinct. Sed hoc in casu vltra debitam sortem aliquid accipitur. Ergo est vsura.

Postremò, cum legatarius possit debitam sortem petere & exigere, & non exiget, uidetur tacitè pecuniam mutuare hæredi ea lege, ut usuras præstet, sicut mercator, qui merces suas longè maiori precio distrahit, si ad solutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur.c Consuluit.de Vsuris. Est enim hoc in casu mutuum quoddam palliatum, vt loquuntur nostri Doctores, & declarat optimè Nauarrus in Manuali, cap.17 num 206 Excipio ab hac sententia casum illum, quo vsura omni iure est permissa propter dānum emergens, uel lucrum cessans, quam restaurationem appellāt, quam passim Theologi & Canonistæ admittendam fatentur, & docent, ad quos me remitto.

Quòd verò attinet ad posteriorem sententiam, vt eā amplectar, tres sunt potissimum causæ Prima, quòd cōmunior est·Secunda, quoniam Romæ ita fuit hæc quæstio decisa. cum ex facto proponeretur, teste Socino in d.l.2.ff.de his, quæ pœnæ nom.nu 9.Tertia, quia firmissimum habet fundamentum. Nam hoc in casu considerari non potest ulla ratio mutui veri, uel ficti. Non veri mutui, quia illud a creditore exigi semper potest, hoc autem casu a legatario non potest exigi. Quare id potius simile est emptioni annui census perpetui, quæ tutè licita reputatur, de quo in 1. par. Controuersiarum multa dixi. Non mutui ficti, siue tecti, quia cum legatarius non possit hæredem cogere ad soluēdum debitum, non potest etiam uideri breui quadam manu debitum ab eo exegisse, & illi pecuniam mutuasse sub vsuris. Excipio casum illum ab hac sententia, in quo legatarius potest, non obstante testatoris uoluntate, id quod sibi debetur, petere, & ab hærede exigere tunc enim, si non exigat, idem puto decendum, quod in priori casu proximè dixi, quia est eadem ratio.

Sed nunc argumenta dissoluenda sunt. Primum vsura esse dicitur, quæ prouenit ex pacto creditoris, qui lucri cupiditate illud fecit tacitè, uel expresè, sed hoc in casu nihil est pactus legatarius, sed vsuras percipit ex benignitate testatoris. Ergo, &c.

Respondeo immò ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties sortem legatam, vel debitam petere potest. Nam si non petet, causa est, quod vsuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit, quòd fœnus, si ei non placeret, sortem peteret, ac exigeret iure sibi concesso.

Secundum argumentum est; quia testator non præsumitur, præsertim moriens, velle, ut legatarius vsuram committat; quia in extremis agens præsumitur memor salutis æternæ: l.vlt C.ad legem Iul. repetund. Respondeo, fieri posse, ut testatoris mens sit bona & recta, nec putet ille vsuram committi hoc in casu, sed quia committitur, ideo exigi non potest: plus enim ualere debet ueritas, quàm opinio testatoris.

Tertium est argumentum in d.l.3 §.vlt. ff.de annuis legatis Respondeo, iure Ciuili locum habere, quo tempore vsurę permittebantur, iure Canonico, quod præualere debet, contrarium sancitum est, & secundum illud nostra disputatio accipienda est.

Hęc aduersus sententiam priorem obijciuntur. Aduersus autem posteriorem objicitur, (vt cętera pretermittam argumenta leuiora, quę ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiam in casu aliquid vltra sortem exigitur, & pecunia pecuniam parit: Ergo vsura committitur. Et quia, cum legatarius non petat sortem sibi restitui, nec interpellet hęredem, videtur tacitè consentire usurarum præstationi, atque adeo tacitum cum hęrede & palliatum, ut uocant, mutuum contrahere.

Respondeo, legatarium usuras consequi ex testatoris uoluntate, non ex pacto tacito, uel expresso; Sicut enim testator potuisset annuam, & simpliciter legare pecuniam, quam pro usuris legauit, ita nihil ei potest obesse, quod interea solui eam uoluerit pro usuris rei legatæ. Et ideo non committitur usura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam; nec hæredem interpellet ad eam præstandam, non facit ipsum in usuræ crimen incidere, si ex facto proponatur, non esse in potestate legatarij hæredem cogere ad sortem principalem præstandam. Cur enim legatarius hæredem interpellaret eo in casu ad soluendum, quod id ei non liceret, etenim contra leges illum urgeret, & ideo non est in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec potest.

Quod si proponatur, legatarium actionem habere ad exigendam principalem, ac debitam summam, non obstante contraria testatoris dispositione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium usuræ crimen contrahere non dubito, si iuris, quod ei competit, auxilio ad consequendam sortem debitam omisso, turpi usurarum legatarum aucupio inhiare deprehendatur.

CAPVT LXXIIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat, si legata pia soluere neglexerit?

SI filius hæres institutus sit, & in legatis pijs exequēdis monitus ab Episcopo negligens fuerit, legitimam amittit, quæ secundum legem ei defertur in parentum successione. Ita Ioan. And. Hostiensis, Antonius But. & Ancharanus in cap. Si hæredes. de testam. Fundamentum est primo in § Si autem, qui hoc facere. in Authen. de Ecclesiasticis titulis, ubi Iustinianus. *Si autem, qui hoc facere iussi sunt, semel, & secundo a beatissimo locorum Episcopo, aut eius Oeconomis per publicas personas admoniti distulerint, quę disposita sunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc pręceperit, amittere*, &c.

Secundò in c. Licet de uoto. ibi: *Ne si onus tibi a patre iniunctum, & a te spontè susceptum occasione qualibet detrectaueris, paterna te reddas successione indignum, & hereditatis emolumento priueris, cuius recusaueris onera supportare, scituras ex tunc anathematis te uinculo subiacere, et iure, quod tibi, si dictus Rex sine prole decederet, in regno Vngarię, competebat ordine geniturę priuandum.*

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolensis, & Barbatia in d.c. Si hæredes. & ibidem Couua. nu. 9. Fundamentum est primò in §. Si quis autem non implens. in Authen. de hæred & Falcidia ubi Iustinianus: *Si quis autem non implens, quod dispositum est. sed dum competat ei, qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod pręceptum est, siquidem aliquis eorum fuerit, qui necessariò ex lege percipiunt, in plus autem, quàm quod lex ei dari vult, scriptus est hęres: tantum accipiat solum, quantum lex ei dari, secundùm quartam ab intestato partem concedit: aliud verò totum auferri.*

Nec obstat, si quis dixerit, Iustinianum eo in loco non loqui de legatis pijs, quia etiam de legato libertatis loquitur; ut infrà patet ex illis uerbis; *Aut seruus libertate donatus*, &c legatum uerò libertatis pium est l.1.§. Sin autem. C de commu. seruo manum.

Sed licet hoc ita sit, negari tamen non potest, quin

Militaria, inquam, testamenta, de quibus nostra est di sputatio, & quæ milites in Castris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, statuentes, vt de inofficioso querelam euadant. Nec dubium est, quin eiusmodi militaria testamenta, quæ singularibus priuilegijs iure donata sunt, eisdem speciali quadam constitutione priuanda essent: Præsertim, quia Iustinianus id satis nec, ut in militum quoque personis locum esse constitutionibus suis expressim decernat, cùm eisdem etiam milites conniueri intendit, vt patet ex Nouella de hæredib. & Falcid. ibi *In omni persona, siue priuata, siue militari*, &c. & alibi sæpe.

CAPVT LXXV.

Clericorum testamenta num subiaceant querelæ, ac rescissioni, si sint inofficiosa.

Clericorum testamenta de his rebus, quæ præter Ecclesiæ reditus, acquirunt, ex causa exhæredationis, vel præteritionis non rescindi, autores sūt Accursius, Iacobus Butriga & Baldus in Authen. Presbyteros, C. de Episcop. & Cleri. Abbas Panorm. in cap. Quia nos, de testam. Angelus, Paulus & Iacopin in l. 1. ff. de inoff. testam. Corneus in Auth. Ex causa. nu. 100. C. de lib. præte.

Argumenta verò hæc sunt: Primum ex c. Quia nos, de testam. in illis verbis: *Liberè disponere valeant.* Si n. liberè disponere possunt ac testari, vt ibi dicitur; ergo non subiacent querelæ eorum testamenta. Probatur hæc consequentia ex l Si filiam tuam, C. de inoffi. testa. Diocletianus: *Si filiam tuam eo, quòd turpiter, & cum flagitiosa fœditate viuit, à successione tua excludendam putes; si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad odium incitatus es postremi iudicij liberum arbitrium habebis.*

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam suam exhæredare potest.

Secundum argumentum est; quia testamenta filiorumfam. de peculio Castrensi, vel quasi Castrensi querelæ non subiacent, l. vlt. C. de inoff. testam. Ergo neque Clericorum, qui de bonis ita acquisitis testantur, quia sunt quasi Castrensia; vt habetur in Auth. Presbyteros. ibi: *Ad similitudinem Castrensium peculiorum*, &c.

Tertium argumentum est ex d. Auth. Presbyteros desumpta ex Nouella de sanctissimis Episcopis, §. Presbyteros. Eius verba hæc sunt: *Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in sua potestate præcipimus, ad similitudinem Castrēsium peculiorum, & donare, cui volunt secundùm leges; & in his testari, licet sub parentum potestate sint. Sic tamen, vt horum filij, aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus in d. c. Quia nos, de Testam. Salycetus in d. Auth. Presbyteros, & in Auth. Ex causa. numero 18. C. de lib. præteritis, quib. Couarruuias in d. c. Quia nos, dicit se non admodum inuitum accedere, ego verò libentissimè accedo; nec dubito, quin contraria hæc sententia iuri sit magis consentanea, quod me clarè ostensurum confido, si eius fundamento solido prius iacto, tum prioris sententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum est planè firmum in Nouella Iustiniani 115. Vt cùm de appellat. in §. Et hæc quidem. vbi generaliter Iustinianus statuit idem de liberis testantibus, quod de parentibus constituit; vt eis non liceat parentes suos in rebus, de quibus testari possunt, exhæredare vel præterire sine iusta causa, alioquin testamentum rescindatur, vel secundum multorum sententiam nullius sit momenti. Hæc constitutio clericos non excipit, nec iure Canonico illi eximuntur. Ergo eadem cō-

A stitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus testari possunt, vt puta Castrensibus vel quasi: Constat enim eos de ijs testari posse, non de alijs, si sint in potestate patris: quibus proculdubio Imperator æquè legem illam statuit, atque emancipatis. Fundamentum hoc satis mihi firmum videtur.

Ad argumenta prioris sententiæ sic respondeo, quod attinet ad text. in c. Quia nos, de Testam. illud verbum *liberè*, non esse ita accipiendum, ut possit Clericus contra leges, & constitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iustinianus: *Si quando talis concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur: nihil aliud uideri Principem concedere nisi ut habeat legitimam, & consuetam testamenti factionem*, l. Si quando, C. de inoff. testam.

Nec obstat textus in l. Si filiam, C. de inoffic. testam. quia *liberum arbitrium* ibi necessariò propter subiectā

B materiam hoc importat, ut filia turpiter uiuēs, & quam propterea pater excludendam putabat, exhæredari possit.

Ad secundum argumentum respondeo, l. vlt. C. de inoff. testam. & si quæ sunt aliæ similes, quibus declaretur filiorumfamil. testamenta de Castrensi, vel quasi Castrensi peculio querelam euadere, antiquatam esse ex Nouella supradicta Iustiniani Vt cū de Appel cog. §. Et hæc quidem. solis militibus exceptis, ut declaraui in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Auth. Presbyteros respondeo, nihil minus dicere ibi Iustinianum, quàm quod Clerici possint liberos vel parentes suos exhæredare sine causa legitima, ac proinde testamenta eorum querela expugnari non possint; immò contrarium indicant illa verba, *& donare cui volunt secundum leges.* Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, parentes legitimam ferant portionem.* Præclarè Salycetus

C in d. Auth. Ex causa. nu. 18. *Pondera uerbum sic*, inquit, *& illud verbum, ferant, quod sequitur; non enim dicit: petant vel aduocent, sed ferant, quod intelligitur in illo testamento, & omnia simul iuncta probans: quasi dicat, sic testentur secundum leges, quod parentes in eo uel ex eo testamento legitimam ferant, quasi dicat; quod si non fecerint, quia eos non instituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt; Hęc autem remedia sunt, quia uel testamētum nullum dicent uel querelam intentabunt.* Sic ille.

CAPVT LXXVI.

Ingratitudinis causa si probetur, quæ testamento parentum expressa non sit, possint ne filij exhæredati rescisso testamento ab intestato hæreditatem vindicare.

D Imperator Iustinianus: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, uel ceteros liberos præterire, aut exhęredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoscitur, §. Aliud quoque capitulum.

Huius textus authoritate probatur testamentum rescindi, & filium exhæredatum uindicare posse hæreditatem, licet ingratitudinis causa ab hærede probetur, si ea testamento nominatim inserta non fuerit; quia Iustinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt causa ingratitudinis probetur. Alterum, ut nominatim testamento inferatur. Atque ita rectè docent Aretinus in l. 3. §. Filius, colum. secunda, ff. de lib & posthumis. Alexander in Authen. Ex causa, colum. penul. C. de lib. præteritis, & multi alij, quos refert & sequitur Couarr. in c. Raynucius, nume. 7 de testamen. qui duos textus pro huius sententiæ confirmatione adfert. l. In arenam, & l. Om-

l. Omnimodo C. de inoffi. testam. Sed l. In arenam. nihil iuuat hanc sententiam Nec l. Omnimodo. illam planè euincit, in illis verbis: *Si tamen non ingrati legitimis modis arguantur: cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius hæredibus ingratos eos nominare, & huiusmodi quæstionem introducere.* A

Ideo hanc sententiam locus iste non euincit; quia hoc tantùm requirit, vt in testamento parens mentionem faciat liberorum quasi ingratorum, nos autem exigimus, vt nominatim etiam causam adferat ingratitudinis legitimam. Itaque si parens in testamento eos ingratos fuisse diceret, id ex mente d. l. Omnimodo. sufficeret, ad filios probata ingratitudine excludendos; sed nõ sufficit ex mente Iustiniani in d. Nouella; quia hoc requirit, vt etiam causa ingratitudinis legitima nominatim testamento inseratur.

Quod licet ita clarè constitutum sit, non desunt tamen, qui ex locis alienis, & verbis ac argumentis generalibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis causa probata, licet testamento non inserta liberos excludendos ab hæreditate. Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem. in Auth. de nuptijs. Iason in l. Cum mota. num. 17. C. de Transact. & in Auth. Ex causa. col. 3. & in Auth. Non licet in 7. limit. C. de lib. præterit. Corsetus in singul. in verbo Ingratitudo. qui citat Glo. in c. vult. de postulando. B

Primum argumentum est ex d. § Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantùm dicit, sicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater consecuta est, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus suis in huiusmodi lucris succedere posse. Excluduntur autem omnes isti ex ingratitudinis causa. quod ego sic accipio, si testamento videlicet exhæredati fuerint à matre siue fratre: nec enim Iustinianus aliquid hac in parte noui statuit, quasi velit eos excludi etiam ab intestato, sed matri ac fratri reseruat ius exhæredandi filios & fratres ingratos. Id patet ex verbis, quæ præcedunt dictum § Ingratitudinem. ibi: *Ratione contra ingratos filios undique, & super istis rebus seruata.* Et statim subdit idem iuris esse in fratribus ingratis, sic dicẽs: *Ingratitudinem autem hic consideramus nõ solum ad matrem, sed etiam aduersus fratrem ipsum defunctum.* Et quòd maximè notandum est, refert se ad Constitutionem super hoc editam, ut ex illis verbis patet: *Secundum quod pridem à nobis dictum est.* Quamobrem hoc primum argumentum nihil obstat, quia quantum ad filios attinet, sicut propter ingratitudinem excludentur ab hæreditate patris, si testamento causa ingratitudinis inserta exhæredati fuerint, iuxta Nouellam. Vt cum de appellat. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. Ita & ab eiusmodi lucris excludentur, si fuerint testamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati. C

Secundum est ex l. Liberi. C. de inoffi. testa. quæ nil aliud habet, quàm parentes ingratos exhæredari posse, & ingratitudine probata, testamentum impugnare nõ posse. Quod sanè, quo pacto iuuet hanc sententiam, non intelligo. D

Tertium est prorsus alienum à quæstione ista ex l. 3. § vlt. ff de adim. legat. Vlpianus: *Non solum autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt, & quidem nuda voluntate Vnde quæritur, an etiam inimicitijs interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales, vel grauissimæ inimicitię intercesserint: ademptum videtur, quod relictum est, &c.*

Ideo verba attuli & adscripsi: quia attulisse illa, confutasse est argumentum, quod ex eis adfertur.

CAPVT LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cùm de Appell. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. an locum habeat in prætermissione paterna filiorum, qui sunt in potestate.

QVI *filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredẽ instituat, uel, exhęredem nominatim faciat. Alioqui si eum silentio pręterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, ut si viuo patre filius mortuus sit, nemo hęres ex eo testamento existere possit quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.* Verba sunt Imperatoris in §. 1. in Insti. de exhęred. liber.

Idem Iustinianus in Nouella 115. Vt cùm de appell. cognosc §. Aliud quoque capitulum. ita statuit: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. Suum filium vel filiam, vel cęteros liberos pręterire, aut exhęredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.*

Hic controuersia oritur, si pater filium, quem in potestate habet, prætereierit causa legitima testamento inserta, quæ vera esse probetur: vtrum testamentum valeat Mouet dubitationem, quòd secundum leges veteres non valet illud testamentum, in quo filius in potestate existens, neque hęres institutus est, neque nominatim exhęredatus. l. Inter cætera ff de lib. & posthum. l. Filio præterito ff. de iniusto rupt. test. & habetur in d. §. 1. in Insti. de exhęred liber. Veteres autem leges non correxit Iustinianus in hac parte, nec vllam eorum fecit mentionem in d. § Aliud quoque capitulum. Ergo manent incorrectę, & consequenter testamentum nullius est momenti, in quo filius est præteritus, etiam si ingratus esse probetur, & ingratitudinis causa testamento fuerit inserta, quia non potest eum pater præterire, sed nominatim exhęredare debet.

Sed huic sententię uerba Iustiniani repugnant in d. § Aliud quoque capitulum. Nam dum statuit patri non licere filios sam præterire, nisi ingrati probentur, & ipsę ingratitudinis causę nominatim testamento inserantur, ex contrario indicat, si ingrati probentur, & causę ingratitudinis nominatim testamento inserantur, patri licere filios suos pręterire: & consequenter testamẽtum eo in casu valere, & firmum esse.

Hęc est illa quęstio, quam Fulgosius in Auth Ex causa. C. de lib. pręterit. dicebat Cęsarea decisione indigere, & quam in Concilio Constantiensi decidendam proponere in animo habebat; Et sanè Couuar. in c. Raynutius, nu. 1. x & 8 de testam. adductis vtriusque sententię autoribus, & nonnullis rationibus in eam sententiam magis propendet, ut testamentum hoc in casu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cùm pater in testamento dicit: *Filium meum prętereo, quia me verberauit,* si non verba, sed sensum spectemus, videtur filium suũ exhęredare; neque enim ad exhęredationem inducendam necessaria est forma illa verborum, *Filium meum exhęredo,* sed qualiacunque verba idem significantia sufficiunt, l. 3. C. de lib præterit.

Moueor præterea, quoniam cùm Iustiniani Nouella cohęrere nequeunt leges antiquę, quę ob pręteritionẽ testamentum nullum esse statuerunt, eo scilicet in casu, quo filij sunt pręteriti iustam ob causam ingratitudinis testamento insertam; quia Iustinianus vult illud valere, ergo necesse est dicere, leges veteres sublatas esse noua illa Iustiniani Constitutione.

Non obstant duę responsiones, quę adferri solent. Prima, id, quod Iustinianus in Nouella dicit de pręteritione filiorum, accipiendum esse respectu matris, cu-

ius

ius præterito pro exhæredatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non sunt in potestate. Constat enim testamentum ualere, in quo filius emancipatus est præteritus.

Altera, hoc Iustinianum uelle: ut si causæ ingratitudinis in testamento fuerint expressæ, quo filius est præteritus, testamentum ex sua constitutione non possit infirmari, nisi tamen fuerit nullum aliam ob causam, puta propter præteritionem filij, ob quam, secundum leges veteres testamentum est nullum.

Posterior hęc responsio nihil ualet, quia perinde est, ac si diceremr, uelle Iustinianum, ut testamentum hoc in casu ualeat, non obstante præteritione: sed tamen propter pręteritionem nullum esse ex antiquis legibus, quod manifestam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari posse, quin absurda esset interpretatio, & Iustinianus uellet repugnantia, & quæ simul cohærere non possunt. Adde etiam ipsius Iustiniani proposito aduersantia, quia si vult testamentum ualere, ubi causæ ingratitudinis expressæ sont legitimæ, & veræ, consequenter vult veteres leges hac in parte cessare, & uites non habere. Sed audiamus ipsum Iustinianum: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas. siue certas ex his, &c. Testamento suo inseruerint, &c. Testamentum suam habere firmitatem decernimus.* Vult igitur disertè, testamentum hoc in casu ualere: Ergo ueteres leges, quæ illud non ualere statuunt, necessariò abrogantur.

Prior autem responsio ideo consistere non potest, quia uerba Iustiniani dicentis, patri, uel matri nō licere filios suos præterire, vel exhæredes in suo facere testamento, tam de patre, quàm de matre accipienda sunt, & tam de filijs in potestate positis, quàm de emancipatis. Alioqui si non de patre accipienda sint, respectu filij in potestate patris existentis, licebit filios in potestate præterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis causam suo testamento non inseruerit, quod tamen absurdum est. Sicut ergo Iustinianus generaliter accipiendus est de patre, & matre, & filijs tam suis, quàm emancipatis in sensu directo, quatenus statuit nō licere patri, uel matri filios præterire, uel exhæredare, nisi ea forma seruata, ita etiam accipiendus uidetur in sensu contrario, quatenus vult ea forma seruata, patri, & matri licere filios præterire; uel exhęredare, & eo in casu testamentum ualere Id quod expresse statuit in §. Siue igitur. cuius uerba proximè adscripsi, & mox iterum adscribam.

Non obstant, quæ pro contraria sententia adferuntur; quæ duo sunt potissimùm argumenta: Primùm est ex illis uerbis dictæ Nouellæ: &c. *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Parentes in testamento suo inseruerint, & scripti hæredes, &c. Veram esse monstrauerint, testamentum suam habere firmitatem decernimus.*

His enim uerbis uidetur colligi, Iustinianum loqui de testamento, quod a principio ualet, & ideo dicit, *suam obtineat firmitatem*. At testamentum, quo filius est præteritus, a principio non ualet, sed nullum est; ergo de hoc testamento non loquitur Imperator.

Alterum est argumentum, ex uerbis sequentibus. *Si autem hæc obseruata non fuerint nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Non dicit Imperator, *præteritis*, sed *exhęredatis*. Ex quo uidetur colligi posse Imperatorem suprà locutum esse de exhęredatis tam a patre, quàm à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio, pro exhæredatione habetur. §. Mater. in Institut. de exhæred. lib.

Ad primū argumentum ita respondeo: sensus illorum uerborum, *testamentum suam obtinebit firmitatem*, hūc esse; testamentum ualere, & rescindi non posse; ualere, inquam, ab initio, & suam obtenturum firmitatem, quia rescindi non poterit, nec infirmari ulla ratione.

Et dum in argumento assumitur. Sed testamentum, in quo filius est præteritus, ab initio non ualet. Istud nego. Nam dico ualere, si forma a Iustiniano statuta seruetur. Nec obstant antiquæ leges; quia per nouam Constitutionem antiquantur, & locum non habent. Id manifestum est ex his, quæ superius diximus: quia Iustinianus hoc vult, licere patri, & matri filios præterire causa ingratitudinis probata, & testamento inserta: ergo necessariò vult sublatas esse leges veteres, quibus non erat permissum filios præterire.

Ad secundum argumentum respondeo, uerbum *exhæredatis*, quo Imperator usus est, latè ibi accipiendum esse, & ideo præteritus quoque filios comprehendere. Alioqui absurdum seqoeretur, Iustinianum scilicet statuisse, ut non liceret patri filios præterire, uel exhęredare, nisi forma illa seruata; & tamen si pręterijsset, nihil dixisse: si uerò exhęredasset, declarasse, ut nullum eis pręiudicium generaretur. Hoc est absurdum; quia sicut liberis pręteritis antea consultum erat, ita & iniustè exhęredatis per quęrelam inofficiosi testamenti; & tamē Iustinianus declarauit, nullum exhęredatis pręiudiciū generari. Aliud pręterea absurdum sequeretur: ea uidelicèt, quæ Iustinianus postea decernit de testamento, quantum ad institutionem hæredis, irritando, & quantum ad legata, & fideicommissa conseruando, non pertinere ad eam facti speciem, in qua filius testamento præteritus esse proponatur, quod & uerbis Iustiniani, & menti repugnare manifestum est.

Portò exhęredationis uerbum latè patere, ut pręteritionem comprehendat, testis est Vlpianus in l. Si patronus 12. ff. de bonis libe. ibi: *Silentio exhæredauerit.* Quid enim aliud est exhęredare, quàm priuare hęreditate? Priuat autem hęreditatem pręteritio, ut patet.

CAPVT LXXVIII.

Ad eandem Nouellam 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum possintne parentes filios suos exhæredare ex alia causa, quæ non sit ex 14 ibi expressit, quę tamen similis sit, uel maior.

Filios exhęredari non posse a parentibus ex ulla ingratitudinis causa, quę non sit ex 14 a Iustiniano constitutis in Nouella 115. Vt cùm de appella. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum existimauit olim Martinus Laudensis, & hanc sententiam de iure ueriorem esse Alexander dixit in Auth. Non licet. C. de lib. pręter. nu. 4. eo argumento, quòd nouissima illa Constitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, consequenter odiosa sit, & nequaquam extendenda ad alios casus in ea non expressos, pręsertim cum Iustinianus ipse extensionem prohibeat, sic dicens: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuersis legibus dispersas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliquæ nec digna nobis ad ingratitudinem uisæ sunt, aliquæ uerò, cùm essent dignę, pręter missę sunt; ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim pręsenti lege comprehendere: ut pręter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quę in huius Constitutionis serie continentur.*

Sed contrariam sententiam uti receptissimam, ita & uerissimam esse iudico. Receptissimam esse omnes fatentur, in Auth. Non licet. C. de lib pręter. Conua. ad c. Rainucius nu. 16. de test. Clarus § Testamentum. q. 41. uers Sed quęro. Verissimam autem esse, ut ostendam.

Vtor ipse, cęteris omissis, hoc argumento, quod absurdum esset, & longè a iure alienum, si causa ingratitudinis maior committatur, uel similis eis, quę a lege expressę, & enumeratę sunt, eam non eodem iure cen-

censendam, quo causę lege Iustiniani expressę; *Non possunt* inquit Iulianus, *omnes articuli singulatim aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi; sed cùm in aliqua causa sententia eorum manifesta est: is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita ius dicere debeat.* l. Non possunt. ff. de legib.

Nec mens illa Iustiniani est, vt causas similes, vel maiores expressas ab eo excludat, sed vt eas tantum causas excludat, quæ alijs legibus continentur, si non fuerint in ea constitutione expressæ. Sic enim ait; *Vt praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.* Sensus est; licet aliæ causę aliquibus legibus continerentur, si tamen non contineantur in constitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem causæ non sunt procuIdubio, quæ maiores, vel similes sunt expressis, quoniam illas Iustinianus approbauit; aut approbasse existimandus est, propter similitudinem. Sed sunt leuiores, & dissimiles causæ. Sed de quæstione ista non admodum difficili, hæc sufficiant.

B

CAPVT LXXIX.

Si filius post iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit; vtrum exhæredatio locum habeat.

SEd rursus conuertitur, si pater filium exhæredauerit propter iniuriam ei factam grauem, quæque iustam exhæredationi causam præbuerit; utrum si eidem filio reconciliatus fuerit, eumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere possit. Tres sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima, exhęredationem locum amplius nó habere. Ita Bart. in l. 3. §. vlt ff de adim. legatis: refert & sequitur Ias. in Auth. Non licet. ad finē. C. de lib. præterit. Addentes ad cons. 159. Alex. li. 7. Fundamentum est in d. l 3 §. vlt. cum l. seq. Vlpianus: *Quod si iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit testatorem prioris offensa, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur* Huc accedit tex. in l. 5. C. fami. hercis. ibi: *Proinde si offensam istam clementia flexit*, &c. & tex. in §. ult. de iniur.

C

Secunda est sententia, exhæredationem non cęssare, licet filius in gratiam patris redierit, ita Aretin. ad l. Filio, quem pater. ff de lib. & posthu. Gerardus sing. 3. & alij, quos commemorat Couuar. in c. Rainucius. nu 17. de Testam.

Fundamentum est in d l. Filio, quem pater. Papinianus: *Filio, quem pater post emancipationē a se factam, iterum arrogauit, exhæredationem antea scriptam, nocere dixi*, &c. Huc accedit ratio: nam si exhæredatio cēsseretur extincta, filius maneret præteritus, essetq; testamētum nullum, quod minimè conuenit parentis uoluntari.

D

Tertia est opinio: Si filius ante exhęreditationem in gratiam patris redierit, tunc sequi non posse exhęredationem, quia iam tacitè pater remiserat ingratitudinis culpam: aliàs secus. ita Purpuratus ad l. vlt. nu. 145. C. de pact. & alij a Couuar. citati, ubi supra.

Fundamentum est in d. l. 5. C famil. hercis. & in l. Lucius Titius 90. § Lucius, de leg. 2. Scæuola. *Respondi secundùm ea, quæ proponerentur, ita deberi, si ij, qui peterēt, manifestò docerent eo animo circa se patronum, cùm testamentum faceret; esse cępisse, vt ijs quoque legatum dari uellet, alioquin nihil ipsis præstetur.*

Mihi uidetur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare; atque ideo eum uindicare hæreditatē posse, exhæredatione illa non obstante, existimo. Non eo colore, quod testamentum nullum sit, quasi præteritus esse uideatur. Nam exhæredatus est; Nec exhæredatio cessat propterea, quod filius in gratiam redierit. Non eo prætextu, quod exhæredatio ritè, & rectè facta non

A sit, quia formam debitam habere supponitur per insertionem in testamento factam causæ iustæ ingratitudinis filij. Non eam ob causam, quod pater exhæredationis factæ pœnituerit, propterea quod eum in gratiam receperit, quia etsi pœnituisset, nihilominus testamentum erat reuocandum per aliud nouum Testamentum. § Posteriore. in Instit. Quibus mod. testa. infir. uel per alios modos, de quibus in l. Sancimus. C. de Testam. & in l. Hac consultissima. § Si quis autem. C de Testam.

Sed eo colore, & prętextu, quod secuta post iniuriam patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari, aut si antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhęredatio amplius ualere post iniuriam remissam. Nam iniuria remitti potest §. ult. in Instit. de iniur. Sed hoc in casu remissa est; quia pater filium in gratiam recepit, & ei pepercit: Ergo non potest amplius illam uindicare exhæredando filium. Et licet antè remissionem iniurię potuerit eam uindicare, & propterea filium exhæredare, post remissionem tamen non potest. Et causa exhæredationis remissione facta extinguitur, quia culpa filio est remissa. Itaque filius inofficiosum in proposita specie dicet testamentum patris. Si excipiatur ipsum ingratitudinis culpam admisisse, ac proinde exhæredari potuisse. Replicabit ille culpam remissam fuisse, ac proinde uindicari exhæredatione non potuisse, ac sibi meritò licere paternam hęreditatem uindicare, perinde ac si exhæredatus fuisset nulla culpa existente, culpa enim iam remissa, pro non commissa habenda esse uidetur.

CAPVT LXXX.

Si filius post commissam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, possitne exhæredari à patre?

FIlium, qui commisit aliquam ingratitudinis culpā, & pęnitentiam egit, exhæredari non posse, authores sunt Alexander in l. 1. num. 35. ff. sol. mat. Ias. in l. In arenam. C. de inoffic. testam. & in Auth. Non licet. C. de lib præterit. Cattellianus Cotta in Memor. in dictione Filiusfamilias. Clarus. §. Testamentum. q 41. uer. Præterea quæro.

Fundamentum est in eo, quod Speculat. docet in tit. Qui filij sint legitimi. uers. Quid si filia tua peccar. num. 15. ubi docet, filia, quæ in corpus suum peccauerit, exhæredari posse, & ei alimenta denegari, sed si de peccato, pœnitentiam egerit, ei prodesse, & non posse exhæredari, uel priuari alimentis. arg. l. Imperialis C. de nuptijs. §. Aliud. in Auth. Vt cùm de appella. cogno. c. Ferrum. cap. Fidelior. 50 distin. c. Inter opera. de sponsalib. *Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.* l. Diuus. ff. ad l. Pompeiam. de Parricid. §. Hac authoritate. 35. q. 3.

Contrarium docuit Felyn. in c. Rodolphus. colum. 3. de rescript. & post alios Couuar. in c. Rainucius. num. 18. de Testam.

Fundamentum est: quia pœnitentia criminis tantum, quoad Deum, operatur remissionem, non autem quoad forum externum, ut docet Glo. communiter recepta in c. De his. de Accusat. Ego in hac quæstione distinguendum puto, ut siquidem uersamur in eo genere ingratitudinis, quod filium solum concernit, tunc pœnitentia illi prosit, ut puta si filius, uel filia, qui inter mimos, uel arenarios, uel scenicam artem exercentes se sociauerit, uel turpiter alioqui uiuere cœperit, ab eo uitæ genere desistere, & pœnitentiam agere uoluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus uidetur, & eius sententia legibus allegatis confirmatur: Nam in dict. Nouella. Vt cùm de appell. cognosc. § Aliud.

liud. dum ibi causæ iustæ exhæredationis recensentur, illa inter alias adfertur: *Si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos sese filius sociauerit. Et in hac professione permanserit.* Item; *Si luxuriosam degere vitam elegerit* quæ omnia ostendunt clarè, perseuerantiam re quiri in ipso crimine, vt iusta sit exhæredationis causa. Si ergò pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhonestam reliquerint, *Omnia macula penitus direpta, et quasi suis natalibus mulieribus redditis, neque vocabulum inhonestum eis inhærere de cætero volumus. neque differentiam aliquam eas habere cum ijs, quæ nihil simile peccauerunt.* l. Imperialis §. Præsenti. C. de nupt.

Quod si de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem concernat, puta, si filius patrem verberauerit, si ei atrocem iniuriam fecerit, si vitæ parentum suorum per venenum, vel alio modo insidiari tentauerit, si no uercæ suæ se immiscuerit, & aliud genus fecerit, quæ à Iustiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis causas, tunc filijs nequaquam arbitror ad exhæredationem euadendam pœnitentiam prodesse. argum. l. Qui ea ff. de furtis. Vlpianus: *Nemo enim sali peccato pœnitentia a sua nocens esse desijt.* l penult. ff. de vi bonor. raptor.

CAPVT LXXXI.

Si filius factus fuerit post culpam ingratitudinis commissam Monachus, possitne a parente testamento exhæredari?

GRatianus in decreto 19. q. 3. cap. vlt. ex Nouella Iustiniani tit. de Monachis docet: *Non licere parentibus liberos, nel liberis parentes ab hæreditate sua repellere Monachos factos; quamuis dum Laici fuerat, in causam ingratitudinis inciderunt*, atque ita docue runt Romanus sing. 485. Marsilius sing 413. numero 5. Campegius de dote, parte 1. q. 47. Felynus in c. Rodulphus. col. 3. de Rescript. Panormitanus consil 27. lib. 2. Cassanæus consuet. Burgundiæ rub. 1. §. 5. Archidiaconus nu. 102.

Sed Glo. in Auth. de Monachis. in principio, in verbo *maculam*, iuri Ciuili id consentaneum non esse docet, sed iuri Canonum; & sequitur Iason in Auth. non licet. nu. 4. C. de lib. præteritis.

Videtur enim obstare priori sententiæ. l. Deo nobis § 1. C. de Episco. & Cler vbi dicitur, filium propter eam solam causam, quod Monachus factus fuerit, exhæredari non posse; Ergo propter alias causas exhæredari poterit.

Baldus autem in commentarijs d. l. Deo nobis. §. 1. existimauit priorem sententiam locum habere posse, vbi causa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipsum filiū concernit; posteriorem autem sententiam veram esse, vbi ingratitudinis causam filius committit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipsum lædit: Idem docet Aretinus in l. 3. §. 1. ff. de lib. & posthum. num. 9. & Curtius iunior in Auth. Non licet. C. de liber. præter.

Cæterum Alciatus lib. 4. Parergon. c. 23. Gratianum suspectum habet, quòd cùm Monachus fuerit, voluerit gratificari causæ Monachorum, quandoquidem Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerunt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumnijs eum uindicat Didacus Couuar. in c. Raynucius. numero 20. 21. de testa. ex Constantino Hermanopulo, lib. 5. Epit. c. 9 docens extare dictum Nouellam sub tit. Vt cùm de appellatione cognoscitur. in qua olim inserta erat & illa pars, quam de Monachis filijs non exhæredandis Gratianus desumpsit, in hæc verba: *Monachi, siue patres, siue filij, minimè priuantur hæreditate, ob ingratitudinis causam, ante professionem commissam.*

A Ego verò in libro, qui inscribitur Nouellæ, nouiter inuentæ Iustiniani hāc Nouellam, de qua loquitur Gratianus, eisdem verbis conscriptam inueni, quibus in Gratiani decreto descripta est, lib. secundo, titu. 130. de Monachis & Monasterijs: Et ideo ex hoc loco Gratianum eam desumpsisse non dubito. Nam & verba illa, quæ sunt apud Gratianū, extāt etiam in dicta Nouella, nempe; *Non liceat parentibus ad solitariam vitam transeuntes de Monasterijs abstrahere.* Et suspicor esse hane Epitomen Iuliani, cuius mentionem facit Gregorius XIII. Pontifex Maximus in suis ad Gratiani decretum annotationibus; Et ex his in hanc sententiam venio, ut Monachi digni sanè maioribus priuilegijs, quia se suaque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentibus non possint ob causas ingratitudinis antea commissas; quanquam contrarium argumentum sumi possit ex d. l. Deo nobis. §. 1. Nouella enim, quæ B posterior est, meritò præferenda erit, & sequenda.

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

LEgata pia deberi etiam hęreditate non adita, Autores sunt Abbas in c. Relatum. 1. col. vlt. de Testam. Bartolus in l. 1. num. 66. in Repe. C. de sacrosanct. Eccles. Ioan. de Anania in consil. 28. Romanus consi. 493. Matthesilanus sing. 163. Ancharanus in c. Cùm esses. numero 15. de testam & in consi. 144. Barbatia consil. 8. numero 14. lib primo. Bal in consil. 287. lib. 4. Lapus Allegat. 91. nume. 4. Capella Tholosana decis 89. Couuar. in c. Rainaldus. §. 3. num. 2. vers. Illud sanè. & vers. Octauus casus.

Contrarium docuerunt Salycetus ad l. 1. in 3. q. C. de C sacrosanct. eccl. Fulgosius ibid. & Iason in prima lect. num. 29. & in 2. lect. col. vlt. & in l. Eam quam. nu. 19. C. de fideicommiss. Alex in consil 209 col. penult. lib. 2. Imola in l. Qui filio. §. 1 ff. de hæred. inst.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia in legatis pijs non videtur iuris Ciuilis subtilitas habere locum, sed iuris gentium. Id patet; quia ualet testamentum ad pias causas, etiam fine iuris Ciuilis solennibus. c. Relatum. de Testam. vbi sufficiunt duo testes; Sed hæc est iuris Ciuilis subtilitas, ut non aliter legata sint præstanda, quàm si ex testamento hæreditas adita fuerit. l. Si nemo. de testam. tutela. Ergo necessaria non est in legans ad pias causas.

Huc accedat, quod in legatis pijs Falcidia locum non habet, Auth. Similiter. C. ad l Falcid. Sicut ergo legata debent præstari, quando hæredi as non est adita, propter expressam prohibitionem detractionis Falcidiæ à testatore factam, ut in §. Si verò expressim. in Auth. de D hæred. & Falcidia. ita etiam & hoc in casu, quo per legis prohibitionem Falcidia cessat.

Hoc postremum argumentum nullius est momenti, propter duas causas; Vna, quia non est satis exploratum, an in legatis pijs cesset Falcidia, immò aliàs differendo hac de re, contrariam sententiam ueriorem esse, nisi fallor, demonstraui. Altera, quod ex hoc argumento inferri non potest id, quod infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia esse præstanda; quia textus in dicto § Si verò expressim. loquitur de hærede *Parere nolente testatori* prohibēti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit *eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum verò fieri substitutis, et cohæredibus, & fideicommissarijs, & legatarijs, & eis, qui ab intestato sunt, & alijs*, &c. Quamobrem non licet inde argumentum sumere generaliter, ut semper legata debeantur, licet ex testamento hæreditas adita non sit; Id enim non solùm ad legata pia pertineret, sed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod Iusti-

Iustinianum in animo habuisse credibile non est.

Posterioris autem sententię fundamentum est, quia libertas non debetur hęreditate non adita per scriptum hæredem, aut per eum, cui bona adijciuntur fauore libertatum. l. 2. C. Si quis omissa cau. test. Glo. in l. Qui filia § 1. ff. de hæred. instit. l. 4. ff. de fideicō. liber. l. vlt. C. de manu. testam. libertas autem dicitur causa pia. l. 1. §. Sin autem. C. de commu. seruo. manum.

Ego in hac quæstione pro pijs causis video pugnare communiorem Doctorum sententiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas testatoris, ut præstentur legata: sed tamen, si, vt soleo, liberè sententiam meam adferre debeo, vereor ne iuri hæc sententia sit parum cōsentanea. Nam non rectè iudicio meo Bartolus & alij probant, in testamentis ad pias causas sublata esse iuris Ciuilis solemnia, & solam rationem naturalem sequendam, vel iuris gentium, ex eo, quod sancitum sit, duos tantum testes sufficere in testamentis, quæ ad pias causas facta sunt. Non si in vno vel altero casu, fauore piæ causæ à iuris regulis recessum est, & quidem summa ratione, quia *in ore duorum, vel trium stet omne verbum*, ideo per omnia recedendum à iuris regulis. Paulus: *Quòd verò contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias*. l. Quòd verò. ff. de legibus. Hæc non est bona consequentia; Ita lege Canonica cōstitutum est, vt legata pia debeantur ex testamento coram duobus condito: ergo generaliter sublatæ sunt in ijs legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non rectè quis ita ratiocinatur: quia non licet ex uno particulari generaliter aliquid statuere secundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maximè mouet, Summi Pontifices & Imperatores causis pijs maxima contulerūt priuilegia, & singularia multa earum fauore contra iuris regulas constituerūt, nullum prorsus Canonem, nullam legem sanxerunt, ex qua in proposita quæstione iuris euertatur regula: *Si nemo ex testamento adierit hæreditatem, nihil valet, quod in eo scriptum est*. Non igitur videtur nobis permissum, ut nostris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi uidetur, saluo meliori iudicio.

CAPVT LXXXIII.

Possitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.

IN hac quæstione, possitne hęres legatum defuncto relictum repudiare in pręiudicium alterius puta creditoris, vel fideicommissarij, celebris est distinctio Bartoli ad l. Si mihi 12. de leg. 1. *Quandoque hæres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum suum, & hoc non potest l. Liberto. ff de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum, & commodum suum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturus erat ex dispositione defuncti, ex cuius persona repudiat, & non potest repudiare l. Si fundum sub conditione §. Si Titius, de leg. 1. aut alio modo cedit in suum incommodum, ad commodum tamen repudiantis, & potest repudiare l. Si mihi 12. de leg. 1.*

Hanc distinctionem aliqui reprehenderunt, sed plurimi approbarūt, ut videre licet ex Couuar. ad c. Rainucius, § 3 nu. 12. 13. 14 de Testa. Ego ne longum faciam, paruo cum fructu in referendis omnium sentētijs, paucis indicabo, vbi consistat difficultas. Illa consistit in trium legum vera interpretatione. Prima est l. Liberto. ff de bonis libertor. Africanus: *Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus est, is die legati cedente decessit, extraneo herede instituto. Respondit, posse patronum partem debitam vindicare Nam videri defunctum mortis tēpore ampliorem habuisse rem centum, cùm hęreditas*

A *eius propter comparationem legati pluris venire possit, neque referre hæres institutus repudiet legatum liberto adiectum necne Nam etsi de lege Falcidia quæratur: tale legatum quamuis repudiatum, in quadrantem hęreditatis imputatur legatarijs*

Ex hac lege probari videtur, hęredem non posse repudiare legatum in præiudicium alterius; quia etsi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, ut ex bonis eius legitimam consequatur.

Altera lex est l. Si mihi 12. de leg. 1. Pomponius: *Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente hæres tibi extitero liberum mihi esse Labeo ait: ex meo legato: an ex eo, quod tibi hęres sim, acquirā legatum. Et si voluero eam rē ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit: ex hęreditario legato petere eam me non posse.*

Ex hac lege probari uidetur, legatum repudiari posse in præiudicium alterius; puta, si in specie huius legis B onus adiectum fuisset defunctu legatario, aliquid dandi alteri; vel, si creditoribus eius satisfaciendum esset, nihilominus hæres legatum repudiare potest.

Tertia lex est l. Si fundū sub conditione §. Si Titius. de leg. 1. Iulianus: *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit; & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*

Ex hac lege colligi videtur, hæredem posse legatum repudiare, quasi sensus sit; si hęres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non posse, Consequenter legatum ab hęrede Titij repudiari posse in pręiudicium Seij.

Breuiter omissis distinctionibus, opinor constituendam esse firmam conclusionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non possit in cuiusquam præiudicium, cuius interfit mortis tempore legatum in C hęreditate eius contineri. Exemplum, Titio legantur centum à testatore, moritur testator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato, Hæres Titij non potest repudiare legatum eiusmodi, in prę iudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuscumque, cuius intersit legatum non repudiari, sed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio est euidentissima, quia Titio defuncto iam legatum adquisitū est: *Ea enim quæ legantur, recta via, ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt transeunt.* l. à Titio. ff. de furtis. Et legatum acquiritur etiam ignoranti, l. Si partem. ff. quemad. ser amit. l. vlt C. quando dies legat. cedat Consequenter in eius hęreditate reperitur: & ideo, non debet esse in potestate hęredis, illud repudiare in pręiudicium alterius, cuius interest legatum inter bona hęreditaria computari, argumento d. l. Si partem. ff quemad. ser amit. in illis verbis: *Vt iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat*. & d. l. D Liberto ff. de bonis libertor.

Potest enim hęres defuncti legatarij omnem à se vtilitatem & commodum legati abdicare, & ei, quantum ad suum pręiudicium, renunciare, sed non potest renūciare, quantum ad pręiudicium alterius. Cui rei consentaneum est, quod vulgo receptum est, licere vnicuique secundum antiquam iuris regulam iuri suo renunciare. l. penult. C. de pactis. non tamen in præiudicium tertij, vt tradit ibi Glos. & Bart. nu. 3. vers. *Secundo casu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij.* Paulus Cast. circa finem. argumento l. 1. 2. 3. ff. de liberal. causa. l. Si vnus. § Ante omnia. ff. de pactis.

Nec difficile est respondere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium iudicare videntur. Nam quod attinet ad l. Si mihi ideo ibi legatum repudiari potest, quia is, qui tanquam hæres alterius repudiat legatum, illud consequi iure proprio potest, quę libertas non potest ei impediri. Declaro: testatur legauit mihi & tibi eandem rem, quo casu cuilibet nostrum solidum compe-

tit,

tit.licet per concurfum partes fiant. Hæres tibi extiti,liberum eft mihi tanquam hæres tuus non petere legatum,fed folidum illud confequi ex perfona mea. Ergo non poteft tertius quifpiam hoc mihi ius meum auferre,& libertatem hanc tollere,ne impedire: folidum reliquit mihi teftator,illud peto. Nullus adeft,qui per concurfum partem mihi faciat, nifi ego mihi ipfi tanquam hæres tuus,partes mihi faciam;at ego nec volo tanquã hæres concurrere,nec mihi partem facere.Nulla me ratio cogit,nulla æquitas hoc poftulat, vt mihi ius minuã meum. Vt neminem repudiando lædam, iuftum eft,fed non debet effe hoc cum detrimento meo coniunctum. Repudio, vt mihi principaliter confulam, fi per confequentiam nonnihil alijs noceam, nihil mihi imputandum eft:quia iure meo vtor, argumen.l. Proculus. ff.de damno inf.l. Fluminum.§.vlt.ff.eod.l. 1.§ Denique in 1. ff.de aqua plu.arcend.l.Si in meo.ff eod.tit.

Quod verò attinet ad textum in l.Si fundum fub conditione.§ Si Titius, ff.de leg.1. ideo conclufionem noftram non oftendit, quoniam non negat hærede repudiante legatum deberi, fcilicet quantum ad hoc ut rem legatam hæres redimat, vel rei æftimationem præftet: fed negat Stichum vindicari poffe. Nam fi non fit penes hæredem,fed alios,procul dubio legatarius illum vindicare non poteft:Stichi enim legati dominium effe non poteft apud hæredem inuitum. Nec enim dubium eft, quin fi velit, poffit fingulares aliquas res hæreditarias abijcere & repudiare, & non acquirere,fed non poteft eas res alijs præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hæreditate eius funt,computare inter bona hæreditaria, quoties ita fieri alterius intereft:fed non cogitur retinere res,& fibi foli eas repudiando inferre præiudicium poteft,dummodo onera fubleat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficiofa parentum quatenus reuocetur a filijs.

SI parentes inofficiofis donationibus fuas facultates exhauferint,dubium non eft, quin filijs eas reuocandi querela inftituta ad inftar inofficiofi teftamenti facultas concedatur. Sed controuerfia eft, an in totum reuocentur, an verò vfque ad legitimam portionem filijs debitam duntaxat. Etenim vfque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo Hugolinus autem dixit,fi donatio inofficiofa fit re & confilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari; fi verò re tantum, reuocari vfque ad legitimam tantum, Cæterum fi in filiũ collata fit, tunc licet re & confilio inofficiofa fit,non reuocari tamen,nifi vfque ad legitimam. Hanc pofteriorem fententiam videntur Doctores magis communiter fecuti, eo in cafu quo filio nihil relictum eft, licet Azonis fententiæ fui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello,qui copiosè autores citat, & nihil ut illi folenne eft,definit,ad l. Si vnquam.C.de reuocandis donatio. in verbo *Totum* num. 4. 5. ex Claro, in § Donatio.q 24. Differuntque interpretes hac de re in l.Titia 89.§ Imperator. de leg 2.& in l.1. C. de inoff. donatio.

Qui dixerunt in totum aliquando donationem inofficiofam reuocari fecundum diftinctionem Hugolini, adducti in ea fententia fuerunt ex l.Si libertus,§ vltim. ff.de iure patronatus, vbi dicitur alienationem a liberto factam in fraudem patroni in totum reuocari. Vlpianus; *Si quis plures res fimul alienando,minorem fe centenario fecerit, quarũ una reuocata,uel omnium partibus maior centenario efficitur: vtrum reuocamus omnes,an pro rata ex fingulis,vt cẽtenariũ eum faciamus? Magisq́; eft*

A *vt omnium rerum alienatio facta nullius momenti fit*. Si ergo in fauorem patroni ita conftitutum eft, multò magis idem conftituendum eft in fauorem liberorum, neque enim minus iuris liberi habent in bonis parentum, quàm patronus in bonis liberti.

Secundò ex d l.Titia 89.§ Imperator de leg 2 cuius verba hæc funt;*Imperator Alexãder Auguftus,Claudio Iuliano p̃fecto vrbi. Si liquet tibi Iuliano chariffime amitã interuertenda inofficiofi querela patrimonium fuum donationibus in nepotem factis exinaniffe,ratio depofcit id quod donatum eft,pro dimidia parte reuocari.* Dimidiam partem intelligunt effe totam eam partem bonorum, quæ nepoti reuocanti donationem competit: qui erant duo nepotes auiæ, & fic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantùm portione.

Qui verò Azonis fententiam amplexi funt, fundamentum pofuerunt in eo, quod nulla extet lex, conftituens donationem inofficiofam in totum reuocari,fed omnes leges dicunt eam reuocari vfque ad legitimam
B portionem l.Si totas. C. de inoff.donat ibi; *Vt filij vel nepotes,&c.debitum bonorum fubfidium cõfequantur, ad patrimoniũ tuum reuertitur.*l. Si mater ibi, *Quod immoderatè geftum eft,reuocabitur.*l. Si liquet.ibi: *Quod donatum eft pro ratione quartę ad inftar inofficiofi teftamenti conuictis diminuetur* C.eodem.tit. Nulla lex,quæ diftinctionem adhibeat inter donationem filio collatam uel extraneo, imò nullam effe differentiam inter donationem filio collatam,vel extraneo,clarè indicat textus in l.1.C.eodem tit.in illis verbis: *Factis donationibus, fiue in quofdam liberos.fiue in extraneos exhaufit &c.*

Quod fanè fundamentum adeò firmum mihi videtur, vt non verear hanc pofteriorem fententiam amplecti,& tanquam legibus magis confentaneam affeuerare,ac tueri. Præclarè igitur Cuiacius ad tit.de inoffic. donatio: *Exemplo querela inofficiofi teftamenti comparata eft quęrelam inofficiofæ donationis:fed hoc intereft,quod querela inofficiofi teftamẽti totum teftamentum refcindit,*
C *fiue extranei,fiue alij liberi inftituti fint,querela inofficiofę donationis id tãtum refcindit et reuocat, quo minuitur portio debita liberis,quia quo liberaliores funt moriẽtes,quam viuentes,eò funt etiam minorum horum, quàm illorum iudicia, & liberalitates coercendę. Argumentum huius rei eft lex Cannia.*

Ad primum argumentum refpondet Aret. in confil. 47 & rectè, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur in l.Si libertus.ff de iure patronat. quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta a liberto, vt fcilicet minor effet centenario, ad patronum excludendum a debita portione: Id patet ex uerbis fuperioribus: *Quoties in fraudem legis fit alienatio,non valet quod factũ eft. In fraudem autem fit, cum quis fe minorem centenario facit,ad hoc ut legis pręceptum euertat.*

Hoc nihil habet commune cum quæftione noftra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis: fed in fraudẽ filiorum.Libertus dicitur in fraudem legis facere, quo-
D ties alienat aliquid, vt uideatur non habere centum in bonis, quo cafu nihil debetur patrono, & lex eluditur, quæ patronis defert in bonis libertorum portionẽ, qui maiores centenarijs funt, ut in Inftit. de fucceff.libert. quod fi in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur,nifi quoad legitimam patrono debitam,ut dicitur in d l. Si libertus.

Ad textum autem in l.Titia.§.Imperator.refpondeo, dimidiam,de qua textus loquitur,non effe totius hæreditatis auiæ, fed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. Ita etiam loquitur textus in l.Si mater.C de inof donat. ibi *Vt quartę partis dimidiam*, &c. Quæ interpretatio uerifsima eft,& omnino neceffaria, & eft Iacobi Cuiacij lib. 5.Obferuat cap.14.

CAPVT LXXXV.

Possintne liberi alienata a parentibus titulo oneroso vsque a legitimam reuocare.

CVm exploratum sit inofficiosas donationes a parentibus factas rescindi posse, vt dictum est in præcedenti capite, controuertitur vtrum & eodem modo venditiones, & cæteræ alienationes, quæ titulo oneroso fiunt, reuocari possit, vsque ad legitimam portionem filijs debitam, & quidem Bart. in l. Non vsque adeo. ff. si a parente quis fuerit manu. reuocari posse scribit ad similitudinem donationum, sed contrarium scribit in l. Hæreditarium. ff. de bonis aut. iud. possid. & hanc posteriorem sententiam allatis autoritatib. magis communem esse dicit Clarus in §. Donatio. q. 24. circa finem. Cęterùm Couuarru. distinguit quatuor casus in c. Rainucius. §. 10. nu. 9. de testam.

Ego in hac sententia sum, vt si alienatio titulo oneroso fiat a parentibus absque fraude & dolo, hoc est, nō eo animo, vt filijs legitimam auferant portionem, valeat; primò, quia parentes dum viuunt, domini sunt rerum suarum; *Iniquum est autem ingenuis hominibus, non esse liberam rerum suarum alienationem.* l. Non usque adeò ff. si a parente quis fuerit manumiss. Secundò, quia æs alienum ante legitimam deducendum est. l. Papianus. §. Quarta. ff. de inoff. testa. ex quo apparet potiorem esse causam creditorum, quæ sine dubio origioem habet ex titulo oneroso quam legitimæ. Tertiò, quia nulla est lex, quæ venditiones huiusmodi & alienationes rescindat.

Cæterum, si alienatio in fraudem legitimæ filijs debitæ fiat, non dubito, quin reuocetur ad similitudinem eius alienationis, quæ fit in fraudem legitimæ filio arrogato debitæ, ex constitutione Pij Antonini. l. vlt. ff. si quid in fraud. patroni. Et eius quæ fit in fraudem legitimæ patrono debitæ a liberto, ut patet ex toto illo titul. Si quid in fraud. patr. Nec enim minoribus est digna fauoribus legitima filijs debita, quàm patronis & filijs arrog. tis

Ad rem istam non pertinet. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoffic. testam. quia non loquitur de libertatibus inter uiuos datis, sed in testamento: ae proinde dici filio, qui non est in potestate patris hæredi instituto, omissa hæreditate, quærelam dari contra substitutum.

CAPVT LXXXVI.

Testamentum factum apud acta iudicis an testes requirat.

QVatuor sunt Doctorum opiniones hac de re Prima est Angeli & Richardi Malumbræ in l. Omnium. C de testam. septem testes requiri, quia de maximo præiudicio agitur. Secunda est Salyceti, ibidem tres requiri, argumento l. Sancimus C. de testam. ibi; *Et hoc per testes idoneos non minus tres*, &c. Tertia est Bartoli, Baldi, Alexandri, eodem in loco duos testes requiri, quia acta notarij debent testes habere § Oportet. in Auth. de Testib. Et ideo duo saltem testes requirantur. Postrema est opinio Fulgosij, Pauli Castrensis & Iasonis, nullos testes requiri, & hæc mihi verissima videtur, & probari videtur ex l. Omnium. C. de Testam. ibi: *Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunq, iudicis, aut municipium, aut auribus priuatorum mentis sua postremum publicauit iudicium*, &c. Si ergo est securus, qui vltimam suam voluntatem actis publicauit, sicut is, qui auribus priuatorum; ergo testes non requiruntur in testamentis apud acta conditis & insinuatis; sed perin-

A de valent, ac si coram septem priuatis testibus publicata essent.

Et ideo textus in l. Sancimus. C. eo. tit. æquiparat hęc duo, coram tribus testibus testamentum fieri, vel inter acta manifestari.

His accedat quod dicit tex. *In donationibus, quæ actis insinuantur, non esse necessarium uicinos uel alios testes adhibere.* l. In donationib. C. de dona. Cur ergo adhiberentur in testamentis At dicebat Angelus esse maioris prę iudicij, respondeo, vt maximè id verum sit, non tamen testes necessarios fore: quia illos nunquam Imperator requirit, quoties apud acta fit & publicatur testamentum, & ratio est, quia iudicis autoritas supplet testium numerum, & tollit omnem falsitatis suspicionem. Cæteræ opiniones nullum habent solidum fundamentum.

CAPVT LXXXVII.

B

Vtrum donatio inter viuos omnium bonorum præsentium, & futurorum valeat?

DOnationem inter viuos omnium bonorum præsentium, & futurorum non valere, primus omnium Bartolus nos docuit in l. Stipulatio, hoc modo concepta. ff de uerbor. oblig cuius sententia frequentissimis Doctorum suffragijs recepta est. Vide Cagnolum ad l. vlt. C. de pact. num. 237. Couuar. in rub de Testam. in 12 parte. nu. 4 Clarum in § Donatio. q. 19.

Sed quoniam Baldus, Salycetus, Angelus, & multi alij, ac pręsertim Alciatus ad l. vlt. nu. 72. C. de pact. contrarium docuerunt, breuiter confirmata priori sententia, quæ mihi æquior videtur, posterioris argumenta cōfutanda sunt.

Fundamentum igitur communioris, & vt mihi videtur, æquioris sententiæ positum est in eo, quod ea donatio fit contra bonos mores. Primùm, quia liberum impedit testamenti factionem. Nam nihil donator habet, de quo possit in testamento disponere. *Præclarè enim* Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium titul. 20 *Filiusfamilias non potest facere testamentum, quia nihil suum habet, ut de eo testari possit.* Secundò, quia contra bonos mores & humanitatem est aliquem in eum statum ponere, vt nihil prorsus habeat, nel habiturus sit, atque adeo infeliciter uiuere debeat.

Addo ego aliud absurdum, quod ex eo sequeretur, nempe donationem istam idem effectu cōtinere, quod testamentum, & hæredis institutio. Nam quid amplius hæres habet quam is, cui donata sunt omnia bona præsentia, & futura? Testamentorum autem multa sunt solennia iure constituta, vt frandes euitentur eam ob caussam, quod agatur res maximi momenti? At certè eiusdem planè momenti est ea donatio, qua de agitur, ac proinde eiusdem obnoxia periculis & dolis: Quare eadem & ea solennia postularet, quę testamentis adhibentur, qua tamen de re nulla extat lex, nulla constitutio, ut planè appareat donationem huiusmodi iure cognitam ac receptam non esse, ac proinde inciuilem & alienam ab omni æquitate & iure.

Sed argumenta contrariæ opinionis dissoluenda sunt. Primum est, quia donans in eo statu non est, ut nihil acquirere possit, immò potest acquirere, puta si ei aliquid donetur ea lege, ne donatario adquiratur, uel si donatarius futurorum acquisitionis incapax efficiatur, &c. Respondeo, hæc planè incerta esse & dubia; illud autem certum, quod donator inspecto præsenti statu nihil habeat, & nihil sibi acquirere regulariter possit. Quod donatarius futurus sit incapax, præsumendum non uidetur, multo minus, quod sit futurum, ut donatori aliquid sub ea conditione donetur, relinquaturne. Considerato igitur præsenti statu donator

nihil

nihil habet, nihil se habiturum sperare potest, quod sanè eum in maximam, & intolerabilem miseriam constituit; ac proinde non videtur bonis moribus conuenire.

Secundum argumentum est, quia donator instituere poterit seruum, qui erit illi hæres necessarius. Sed vnde seruum sibi retinere poterit, qui omnia bona præsentia & futura donauerit? Nec ad rem pertinet, quod dicitur donatorem in quantum facere potest, teneri. l. Inter. §. Is quoque. ff. de re iud. Quia illud pertinet ad eam speciem, qua donata sunt aliqua bona, vt non exigantur in solidum, sed ratio habeatur eius, quod donator facere, possit, vt non egeat, quæ interpretatio ideo locum habere non potest in ea specie, qua donantur omnia bona præsentia & futura, quia repugnantiam implicaret; Neque enim ista simul cohærere possunt, vt donator omnia bona præsentia & futura, nihil sibi reseruando, in alium transferat, & ut ipse maneat aliquarum rerum dominus.

Tertium argumentum; quia hæreditas iuris intellectum absque vlla re hæreditaria habet. l. Hæreditas. ff. de petit. hæred. Respondeo, nihil ad rem pertinere, quia hoc dicit textus hæreditatem intelligi sine vllo corpore, quia est nomen iuris: sed tamen præsupponitur aliquid iuris esse in ea, alioqui si nihil esset, non diceretur hæreditas.

Quartum argumentum est, quia is, qui soluendo non est, potest hæredem instituere. l. Qui soluendo. ff. de hæred. instit. Respondeo, id concedo; potest enim quis aliquando hæreditatem adire, quæ plus damni adferat quàm lucri, & damnum ex ea sentire, si inuentarium non confecerit: sed quis erit tam impos mentis, qui hæres eius esse uelit, qui alteri donauit omnia bona præsentia & futura? Nemo certè erit qui id sciens adire velit eius hæreditatem, ac proinde non facilè continget donatorem tam profusum vllum hæredem habere.

Postremum argumentum est, quia quantum ad futura bona donatoris, dominium translatum non est in donatarium. Illud enim transfertur traditione l. Traditionibus. C. de pact. Donator autem tradere non potest ea, quæ nondum habet. Ergo respectu bonorum futurorũ dominium ipsi acquiretur donatori; ac proinde testamẽtum facere, ac de eis poterit disponere. Respondeo, donatarium licet dominium ante traditionem nactus non sit, actionem tamen acquisiuisse, per quam donatorem ad bonorum traditionem compellere possit, quod ius etiam illi competet aduersus successores eius, si fortè donator testamento condito in alios bona transferat, & ita res ad eundem lapidem reuoluetur, vt nullum hæredem effectu donator habiturus sit, nullam realem testandi facultatem, sed imaginariam tantum, & verbalem, cuius nulla sit habenda ratio.

CAPVT LXXXVIII.

An donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, iuramento confirmetur?

CAeterum, si iuramentum donationi omnium bonorum præsentium & futurorum accesserit, tũc alio iure vtimur, alijs regulis illa subijcitur, alia nobis spectanda sunt. Religio ipsa intuenda est, ne Deus offendatur, ne periurijs aditus pandatur. Vt quod in alterius præiudicium non vergit, nec tendit in dispendium salutis æternæ, iuris ciuilis regulis posthabitis, iuramento confirmatum seruetur, & suum obtineat vigorem ca. Cùm contingat. de iureiur. c. Quamuis de pact. libr. 6. Et proinde eorum sententiam magis probo, qui donationem isto in casu valere dixerunt, qui nec pauci sunt, nec classis infimæ. Panorm. consil. 18. lib. 1. Corneus consil. 252. lib. 3. Decius consi. 655. & in l. Pactum quod dotali. C. de pact. Cepola consil. ciuili 8. Crauetta in consi. 139. Soc. iun. cons. 65. nu. 49. & 143. n. 36. lib. 1 Couuar. ad rub. de testam. in 2 parte. nu. 5.

Cõtrariam sententiam plurimi secuti sunt apud Clarum, §. Donatio. q. 10. & apud Couuar. loco proximè citato. n. 4. eo argumento, quòd donatio ista sit contra bonos mores, & cõsequenter iuramentum obligatorium non sit. c. Non est obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Respõdet optimè Couuar. non esse contra bonos mores, quasi repugnet iuri naturali, uel contineat aliquod crimen aut peccatum etiam veniale. Quod. n. quis sibi præripiat donando testandi facultatem liberam, iuri diuino non repugnat, & ideo seruari potest hoc in casu iuramentũ sine dispendio salutis æternæ. Contra bonos mores dicimur inspecto iure ciuili, ac regulis eius, & ijs, quæ ad politicam administrationem spectant, quib. Dei numẽ, religionem, uim, & autoritatem iuramenti præferendam esse sæpenumero sacris Canonib. edocemur.

CAPVT LXXXIX.

Donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, reseruato vsufructu an valeat?

COntrouertitur præterea an donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum, reseruato usufructu ipsi donatori, ualeat. Etenim negant ualere Paulus Castrensis in l. ult. num. 20. C. de pact. & in cons. 65. num. 8. lib. 2. Decius in d. l. ult. num. 32. Curtius iunior nu. 58. Purpuratus nu. 255. Idem Decius in cons. 30. nu. 3. & cons. 251. nu. 5. Corneus cons. 176. lib. 2. Cagnol. in d. l. ult. n. 240. Fundamentum est, quia nihil donator habet, de quo testetur, & consequenter donatio est contra bonos mores, ueluti auferens testandi potestatem. Nec obstat reseruatio usufructus, quia de fructibus non poterit donator testari, quos post donationem acquisiuit, uel tẽpore donationis habuit; sed ad donatarium pertinebunt; Continet enim donatio bona omnia præsentia, & futura, ergo continet etiam fructus postea quæsitos donatori, & multò magis eos, quos habuit donationis factæ tempore, nec enim fructus precisè sunt reseruati, sed vsusfructus tantùm, qui morte finitur. At contrarium docuerunt Alex. in l. Stipulatio hoc modo concepta. n. 18. ff. de verb. obl. & ibi Ias. col. 7. Aretin. cons. 54. Iacopinus & Alciat ad l. Vlt. C. de pact. Couar. lib. 3 variar resol. c. 12 non procul ab initio. Clarus. §. Donatio. q. 19. ad finem. Alciat. in l. ult. n. 8. C. de pact.

Et hęc posterior sentẽtia mihi maximè probatur. Vtitur autem Couuar. ad eam confirmandam quibusdam argumentis, quæ mihi non admodum urgere uidentur. Primum est: *Nam res ipsa consentiente donatario alienata,* inquit, *deinde redempta in bonorum futurorum donationẽ non reuertitur, sicuti deducitur ex l. ult. C. de remiss. pig. quo in loco probatur, rem ab initio hypothecæ obligatã, & subiectam semel, tamen consentiente creditore alienatã minime in eandem hypothecam redire, etiamsi debitori iterum acquisita fuerit: quamuis hypotheca bona præsentia, & futura complectatur. Sic & fructus semel à donatore excepti, ne in donationem, ut compertum est ex eius mente, ueniant, licet ab eo, postmodum acquirantur, donatario minimè obuenient, nec ad eum pertinebunt.*

Alterum argumentum est ex l. pen. § ult. ff. de pign. ubi Iurisconsultus scribit pecuniam à debitore mutuo acceptam ab alio, quàm creditore in hypothecam bonorum præsentium, & futurorum uenire, cùm ipse debitor prius quàm pecuniam mutuò acceperit, pignori obligauit, quicquid in bonis haberet habiturusue esset; quasi secus sit in pecunia mutuò accepta per debitorem ab ipsomet creditore, cui ob eam causam hypotheca constituitur. Sic igitur licet donatio futurorũ bonorum contineat fructus percipiendos per ipsum donatorem ex alia causa, non tamen continebit fructus

percipiendos ex cauſa reſeruationis factæ in ipſa donatione.

Non ſunt, inquam, hæc argumenta ſatis firma; quoniam ad primum reſponderi poteſt, creditorem ius hypothecæ amittere in ea re, quam eo conſentiente debitor alienauit: & ideo abſque nouo conſenſu illa ſemel extincta reuiuiſcere non poteſt: eadem ratio atq; idem ius in fructibus, ſi illi probarentur a donatore excepti. Sed quod excepti fuerint, probandum eſt, non præſupponendum, quoniam illud eſt, de quo diſputatur. Negant enim contrariæ ſententiæ Autores fructus reſeruatos eſſe; quibus adſtipulatur, quod aliud ſit vſusfructus reſeruatus, aliud fructus poſtea percepti; Nã vſusfructus eſt ius vtendi & fruẽdi, & illud reſeruatum eſt. Fructus autem ſunt res acquiſitæ ex hoc iure vtendi, & fruendi, quæ uidentur in donationem venire.

Quod verò attinet ad alterum argumentum, negari poſſet ſimilem eſſe caſum, qui adfertur ad pecunia mutuata ab ipſo creditore: quia ſi pecunia eſſet obligata creditori, qui mutuauit, tunc non liceret debitori, qui eã accepit, expendere, diſtrahere, ac vti, tanquam ſua, ſecundùm intentionem contrahẽtium mutuum: atque adeò non liceret ei præiudicare hypothecæ creditori, quam haberet in pecunia, eam conſumendo, quod eſt contra naturam mutui; at hoc in caſu donatari liceret uti frui rebus donatis, iuxta reſeruationem ſibi factam, licet de fructibus perceptis teſtari non poſſet.

Exiſtimo ego firmius eſſe hoc argumentum pro confirmatione poſterioris ſententiæ, quia videlicet, dum donator ſibi vſumfructum reſeruat, videtur ſibi in conſequentiam reſeruare ius, quod competit vſufructuario; Eſt enim annexum, nec intelligi poteſt aliquẽ vſumfructum habere, niſi ſit vſufructuarius. Sed vſufructuarius facit fructus ſuos. l. Qui ſcit. verſ. Præterea cùm. ff. de uſur. ac proinde eos tranſmittit ad hæredes ſuos. l. Defuncta ff. de vſufructu, &c. Ergo & iſte donator reſeruaſſe ſibi intelligitur hoc ius faciendi fructus ſuos, & ſibi acquirendi, ac tranſmittendi ad ſuos hæredes. Hoc enim ius, ut dictum eſt, vſufructuario competit. Ex quo efficitur fructus percipiendos donatorem ſibi reſeruaſſe, licet non expreſsè, tacitè tamen, & in conſequentiam vſusfructus reſeruati: quo ita poſito contrariæ ſententiæ fundamentum corruit; eo enim argumento nitebatur, quod fructus reſeruati non dicerentur.

CAPVT XC.

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, aliquo reſeruato, de quo donator in vita diſponere valeat, an de iure ſubſiſtat.

DOnationem omnium bonorum præſentium & futurorum, reſeruato aliquo, de quo donator in vita diſponere ualeat, non ualere reſponderunt Bartolus in conſi. 76. Decius in conſi. 151. Soc. conſ. 126. num. 8. lib. 3. Dom. meus Cephalus in conſil. 44. nu. 15. lib. 1. Cagnol. alios citans ad l. vlt. num. 245. C. de pactis. Fundamentum eſt, quia donatori tollitur libera teſtãdi facultas; Nec obſtat reſeruatio facta, quia intelligitur hoc operari, ut donator de eo valeat diſponere in vita ſua, ſ. vt ex eo ſe alere poſſit; & ne egeat, non autem, ut teſtari poſſit: quia teſtamentum non eſt actus inter viuos, ſed vltima dicitur voluntas, & morientis potius actus videtur, quam viuentis, habita ratione temporis, in quod teſtamentum confertur. Illud enim confertur poſt mortem teſtatoris.

Contrarium reſponderunt Iaſon in conſ. 130 lib. 4. Alciatus ad l. vlt. non procul à fine. C. de pactis. Couuar. lib 3. variar. reſolut. cap. 12. numero tertio, poſt verſic.

A Quibus accedit. Fundamentum eſt, quia teſtamentum dici poteſt diſpoſitio inter viuos. Fit enim ab eo, qui viuit, atque adeò in vita, non autem poſt mortem; Et ideo is, qui reſeruat ſibi facultatem in uita diſponendi, videtur ſibi reſeruaſſe teſtandi facultatem. Quod ſi aliter de bonis reſeruatis diſponat, & ea viuens conſumat, non propterea dici poteſt, non habuiſſe poteſtatem teſtandi, ſed ſibi imputare debet, quòd bona voluerit aliter conſumere.

Ego puto adhibendam eſſe aliquam diſtinctionem circa hanc reſeruationem; Nam bona reſeruata fieri poteſt, vt ſint valdè exigua, & ideo uix ſufficiant ad alimenta donatoris. Hoc in caſu, puto veram eſſe Bartoli ſententiam, quia tunc intentio reſeruantis præſumitur eſſe, ut bonis reſeruatis uti poſſit, & de eis diſponere pro ſuis neceſſitatibus, non autem, ut de eis teſtetur. Quod ſi bona reſeruata non ſint exigua, ſed precioſa & tanta, quę longè excedant donatoris neceſſitates & ali-
B menta, tunc exiſtimo ita reſeruationem interpretandã eſſe, ut de bonis reſeruatis donator poſſit etiam teſtando diſponere. Neque enim ita ſtrictè accipienda ſunt illa verba: *Vt poſſit in vita diſponere*, quaſi denotent diſpoſitionem inter uiuos tantùm; ſed latiùs accipienda ſunt, ut hunc ſenſum habeant, quod donator velit ſibi jus ſaluum eſſe, dum uiuet, pro libitu ſuæ voluntatis de eis diſponere, ſ. contrahendo, donando, teſtando, vti maximè uoluerit, tanquam rei ſuæ moderator, & arbiter. l. In re mandata. C. mand. Hoc igitur in caſu, quia teſtandi facultatem donatio non adimit, meritò ualebit, & iuris regulis conſentanea eſt interpretatio in obſcuris, per quam actus potius valeat, quàm pereat. l. Quoties. ff. de reb. dub. l. Quoties. ff. de uerb. oblig.

CAPVT XCI.

C *Quod ſi donans omnia bona præſentia & futura, reſeruat ſibi aliquid, de quo diſponere poſſit in certum genus perſonarum, vel in certam cauſam, puta, vt poſſit diſponere, ſiue teſtari pro anima.*

REſeruationem à donatore factam aliquorum bonorum, teſtandi gratia, liberam eſſe oportere, & non reſtrictam: & ideo ſi dicatur, ut poſſit pro anima de bonis reſeruatis donator teſtari, ac diſponere, non valere donationem omnium bonorum præſentiũ & futurorum, ea reſeruatione non obſtante reſponderunt Ripa lib. 3. Reſponſorum, c. 14. nu. 4. lib. 3. Cagnol. ad l. vlt. nu. 244 C. de pactis. vbi alios citat.

Fundamentum eſt, quia licet ius teſtãdi reſeruatum ſit a donatore, reſtricta tamen eius libertas eſt, vt teſtetur, ſcilicet in eam cauſam, quã reſeruatio continet, ideo
D videtur eſſe contra bonos mores. arg. l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obl. Contrarium docuit Alciatus in d. l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couuar. variar. reſol. lib. 3. c. 12. nu. 3. verſ. Quibus accedit.

Et hæc ſententia mihi veriſſima uidetur; quia per eam reſeruationem non minuitur teſtandi libertas. Etenim donator, qui centum aureos, verbi gratia, ſibi reſeruauit, ut pro anima diſponeret, non cogitur præcisè de eis pro anima teſtari, ſed ſi uelit, poterit teſtari. Eſt enim ab eo facta reſeruatio in ſui fauorem, ut ſi uelit, poſſit diſponere pro anima, non ut cogatur; imò, ſi donator pro anima de rebus reſeruatis teſtatus eſſet, procul dubio teſtamentum mutare, & reuocare poſſet. Quare contrariæ ſententiæ fundamentum corruit, & nullus hac de re dubitandi locus relinquitur.

CA-

CAPVT XCII.

Quid si donans omnia bona præsentia & futura, reseruet sibi aliquid, de quo possit in vita, vel in morte disponere, an ualeat donatio?

RESpondit de hac facti specie Decius in consil. 151 negauitque valere donationem: quia talis reseruatio non videtur præcisè reseruare testandi facultatem donatori, ex quo habet potestatem disponendi de bonis reseruans in vita, & consequenter disponendo de illis in vita non retineret testandi facultatem. Sequitur eandem sententiam Curtius iunior in consil. 25 & in consil. 120.

Sed contrarium respondit Crauetta in consi. 222. nu. 10 Alciatus ad l. vlt. col. vlt C de pactis. Couuar var. r. resol lib. 3. c. 12. nu. 3. ver. Quibus accedit. Cagnolus in d. l. vl. nu. 248 vbi tamen cogitandum esse dicit, propter magnam Decij autoritatem.

Mihi videtur res satis perspicua; donationem in proposita specie valere, nec tollere facultatem testandi. Imò expressè reseruare: quia donator liberum sibi arbitriũ reseruat de certis bonis disponendi, vel in vita, vel in morte, hoc est, vel restando de illis, uel aliter disponendo, prout ipse maluerit: Ergo testari poterit, si voluerit. Nec quicquam mouet illud, quòd dicebat Decius, si donator in vita disponeret, eum amissurum, siue non retenturum testandi facultatem: quia sufficit, eum habere testandi facultatem, si nolit testari, sed malit inter viuos alienare, dilapidare, vel distrahere, sibi imputet. Eo dem. n. modo nullus est rerum suarum dominus, qui hoc modo non sibi auferret testandi facultatem, si vide licet bona sua inter uiuos distraheret, alienaret, absumeret. Verius est igitur donatorem post donationem factam sibi adimere testandi facultatem, aut ea nolle vti, quam haber; non donatione facta prorsus ablatam esse, quia donatio illam reseruauerat.

CAPVT XCIII.

Donatio facta omnium bonorum præsentium & futurorum, an contineat uestes, supellectilem & alia, quę uerisimile non est quenquam specialiter donaturum esse.

QVod conclusum est a nobis supra cap. 88. donationem omnium bonorum præsentium & futurorum non valere, quia facultatem testandi adimit donãti, ita accipiendum est, ut locum habeat, quoties manifestum est donatorem bona omnia uoluisse donatione comprehẽdi quæcunque habuit nulla re excepta. Cęterum, si non ita manifesta sit donatoris uoluntas, existimo æquitati & iure magnopere cõsentaneam esse Doctorum interpretationem, qui dixerunt, donationem non comprehendere supellectilia, uestes, & id genus alia, quæ nemo uerisimiliter donaret, ac proinde si tam preciosa sint, ut de eis testari donator, & hæredem in eis habere probabiliter possit, donationem ipsam ualere. Ita Matthesilanus singulari 136. Nota. unum. Soc. senior ad l. Si is, qui ducenta. §. Vtrum. ff. de reb. dubijs, & alij quos refert & sequitur Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, num. 253. cum sequentibus. Quamuis Decius eo in loco dissentiat. num. 33. quem sequi ui detur Alciatus ibid. num. 80.

Fundamentum est, quoniam hæc interpretatio adhibetur in generali bonorum obligatione multo igitur æquius erit, ut in donatione, quæ maioris est præiudicij, adhibeatur. Vlpianus; *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusue sit, non continebuntur, quę verisimile non est quenquam obligaturum fuisse, vt puta suppellectilem vestes*, &c. l. Obligationę. ff. de pignoribus.

A Fundamentum Decij est, quia text. Vlpiani loquatur de generali obligatione, nos autem de vniuersali, *Omnia bona*, &c. Qui omne dicit, nihil excludit, l. Iulianus, de leg. 3.

Respondet latè & doctè Cagnolus, uerborum generalitati, & significationi mentem loquentis præferendam esse. Verbis ex vniuersalibus excipiendum esse casum hunc ex mente, ex æquitate & Ciuili quadam interpretatione; quia licet oratio omnia comprehendat, militat semper illa ratio æquitatis, vt excipiantur ea, quæ verisimile non est quemquam specialiter donaturum fuisse, æquissima sanè mihi videtur interpretatio; quanquam summo iure in specto Decij & Alciati sententia iuri sit magis consentanea.

CAPVT XCIV.

Vtrum donatio hæreditatis valeat.

B DOnationem hæreditatis valere non pauci, nec obscuri nominis responderunt; Crauetta in consil. 139. nu 6. Alciatus in l vlt. nu. 81. C. de pact. & ibidem Iason Decius & Purpuratus, nu. 145. Fundamentum est; quia verbum hæreditatis accipitur impropriè, ut actus valeat, sut significet bona præsentia donatoris, sicut accipitur in l. Quæsitum. §. Si quis mihi seruus de leg. 1. & ibi Glo. in uerbo, *hæreditatis*. Sed ualdè infirmum mihi hoc fundamẽtum uidetur, quia ut aliàs sæpè dixi, non est bona consequentia, si quis ita ratiocinetur. Illud verbum aliquo in loco accipitur in hoc sensu; ergo & hoc in casu in eodem sensu accipiendum est.

Contrariam sententiam, quæ mihi verissima videtur, habuerunt Bartolus in l. vlt. C. de pactis, & alij magis communiter Doctores, teste Cagnolo ibid. nu. 176. Clarus §. Donatio. q. 19. vers. Sed quæro, vbi alios citat. Fundamentum est solidum in lege, & in iuris ratione. Quod attinet ad legem, est textus in l. Hæreditas. C. de

C pactis conuentis. & l. Pactum quod dotali. C. de pact. l. Ex eo. C. de inut. stip. Nam si hæreditas pacto dari non potest; ergo nec donatione: quia donatio fit per pactum, vel per stipulationem: Ex quo illud etiam apparet non posse hoc in casu idem importare verbum *hæreditate*, quod uerbum, *bonorum*, quia si liceret ita verbum illud accipere, pactum, quo hæreditas datur, valeret, & hæreditas intelligeretur pro bonis præsentib. ipsius paciscentis. Et tamen lex pactum negat valere, ergo non ita nobis licet verba clara in alium sensum detorquere absque ulla legis autoritate.

Iuris autem ratione probatur hæc sententia, quia hæreditas est successio in vniuersum ius, quod defunctus habet tempore mortis. l. Nihil aliud, de uerb. sig. Ergo is, qui donat hæreditatem suam, donat omnia bona & intra sua præsentia & futura, scilicet quicquid tempore mortis habebit: Consequenter contra bonos mores est talis donatio, & ideo non valet; quia aufert testandi facultatem non secus, ac donatio ipsa omnium bono-

D rum præsentium & futurorum, vt suprà disputatum est.

Huc accedat a iuris ratione alienum esse, vt iura testamentorum & contractuum inter uiuos confundantur. Nam hæreditas testamento datur, idque multis adhibitis solennitatibus conficitur, quare non expedit, vt inter viuos hæreditas donari possit absque illis solennitatibus.

Scio contrariç sententiæ autores id non negare; sed vrgere illam interpretationem impropriam, vt donatio sustineatur: sed certè cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. l. Ille aut ille. de leg 3. Hoc refugium autores legum habuerunt ad sustinendas pactiones, quibus hæreditas confertur & tamẽ eo non sunt vsi; quia non potuerunt commodè id facere repugnante nimis aperta uerbi significatione.

A

CAPVT XCV.

Poſſitne mortis cauſa hæreditatem ſuam quis donare.

EST etiam controuerſia; poſſitne quis mortis cauſa ſuam hæreditatem donare. Negant Bartolus, Alex. & Iaſon ad d.l. Licet. C. de pact. idem Alexander in conſil. 28. lib. 3. Fundamentum eſt in l. Licet. C. de pactis, & in l. Hæreditas. C. de pactis conuentis, & quia uidetur effecta eſſe donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, quæ non valet. Cæterùm affirmat Decius ad d.l. Licet. num. 10. cui videtur Cagnolus adſtipulari ad l. vlt. num. 278 de pactis. quibus ego aſſentior adhibita diſtinctione quorundam; cuius mentionẽ facit Decius, vt valeat donatio hæreditatis non iure directo, ſed veluti per fideicommiſſum. Conſtat enim hæ- B reditatem teſtamentis duntaxat directè relinqui poſſe Codicillis autem non poteſt directè relinqui. §. Hæreditas. Inſtitut. de codicillis. Conſtat etiam legari poſſe hæreditatis partem. l. Mulier. §. vlt. ff. ad Treb. quod legatũ non dat hæreditatem directò, ſed per fideicommiſſum dare intelligitur, & conſequenter hæres inſtitutus grauatus cenſetur eam reſtituere. Cùm itaque donatio cauſa mortis ſimilis ſit vltimis voluntatibus. l. vlt. C. de donat. cau. mort. *Et per omnia fere legatis connumeretur.* Inſtit de donatio. in §. 1. Sequitur dicendum eiuſmodi donatione hæreditatem in alium transferri poſſe, & hanc vim habere, vt hæres grauatus eſſe videatur eam donatario tradere, detracta quarta parte ex Trebelliano Senatuſconſulto.

Huc accedit, quod cùm in donatione mortis cauſa pœnitentiæ locus ſit. §. 1. Inſtitut. de donatio. non uidetur per eam facultas teſtandi donatori ſublata: poteſt enim hæredem inſtituere, vel ipſum donatarium, vel ſi pœnituerit, alium, & reuocabitur ipſa donatio. Quod C argumentum facit, vt putem hanc concluſionem ueram, eſſe licet donatio cauſa mortis in teſtamento, non fiat, reiecta Decij conciliatione, quia non tollit, vt dixi, libertatem teſtandi.

Ex quo infertur argumentum contrariæ opinionis, non obſtare, quo dicebatur donationem hæreditatis ſimilem eſſe donationi omnium bonorum præſentium, & futurorum, quæ non valet. Nam in hoc eſt differentia, quod donatio illa omnium bonorum præſentium & futurorum inter uiuos facta tollit facultatem teſtandi: neque enim donator pœnitere poteſt, ſed iſta, quæ cauſa motus ſit facultatem teſtandi non aufert; quia pœnitentia reuocari poteſt, vt declarat optimè Clarus in §. Donatio. quæſt. 19. verſ. Sed quia ſi faciat.

Ad l. Licet. C. de pactis. reſpondeo, illam non loqui de donatione cauſa mortis, ſed de pacto, per quod ſucceſſio transfertur. Vnde non ualet, niſi inter milites, ut ibi dicitur. Licet enim in donatione cauſa mortis pactũ D interuenire poſſit ex donatarij præſentia, qui conſentit, & acceptat donationem, tamen latum eſt diſcrimen inter pactum illud ſimplex, & iſtud, quod donatione mortis cauſa interuenit. Nam in illo, ſi valeret, locus pœnitentiæ non eſt; quia eſt pactum inter viuos; & ideo aufert teſtandi facultatem. Pactum autem, quod interuenit in donatione cauſa mortis, non impedit, quo minus illa reuocari poſſit, & conſequenter donator pœnitere poteſt, & teſtamentum condere. Et hæc reſponſio ualet ad omnes alias leges, quibus dicitur pactis hæreditatem dari non poſſe: loquuntur enim de pactis non tranſeuntibus in aliam ſpeciem, nimirum vltimę uoluntatis, qualis eſt mortis cauſa donatio: ſed de ijs, quæ reuocari non poſſunt ab ipſis paciſcentibus.

A

CAPVT XCVI.

Vtrum hæreditas per procuratorem adiri poſſit.

VEteres interpretes Accurſium ſecuti magis communiter dixerunt per procuratorem non poſſe hæreditatem adiri, autoritate Pauli, in l. Per procuratorem. 89. ff de acq. hæred. Paulus: *Per procuratorem hæreditatem adquiri non poſſe.* ratio eſt: quia cùm mando procuratori, vt adeat hæreditatem, eo ipſo videor adire, & ideo nihil remanet agendum per procuratorem. Cæterum Franciſcus Duarenus lib. 2. diſputationum, cap. 27. & ad tit. de acq. hær. ca. 4 non procul a fine, contrarium docet: quia in Codice Florentino legitur in d. l. 89 Per curatorem.

Nam curator datus pupillo ad adeundam hæredita- B tem non ſufficit, ſed tutor neceſſarius eſt. l. Cùm in vna. §. 1. ff de appellat. & relatio. Rationem verò illam non probat, quia fieri poteſt, ut is, qui hoc mandat procuratori, cogitet eum non ſtatim id facturum eſſe, ac tantum medium tempus ſibi liberum fore ad deliberãdum. Per procuratorem igitur adiri hæreditas poterit, cùm id nullo iure exceptum reperiatur. Procuratoris. n. vſus permiſſus eſt in omnibus negotijs, niſi in quibus id exceptum reperitur. l. 1. ff. de procurato.

Cæterùm his aduerſatur Cuiacius lib. 1 obſer. ca. 34. ibi putat retinendam veterem lectionem, nec ſatis forſitan eo in loco emendatas eſſe Pandectas Florentinas: *Sed ſiue hoc. ſiue illo modo legatur,* inquit, *ego nec per curatorem, nec per tutorem, aut per procuratorem hæreditatem poſſe adquiri exiſtimo. Illud enim eſt ἀσυλλόγιστον, ſi quis iſta ratione probare velit, rectè Paulum dixiſſe per curatorem, quia tutoris autoritate opus ſit in hæreditate adquirẽda. Aliud namque eſt tutore autore, longè aliud per tutorem adquirere hæreditatem. Tutore quippe autore, id eſt,* C *ipſo pupillo adeunte, ac ſolennia peragente. Per tutorem, id eſt, adeunte tutore, atque agente ſolennia. Illo modo rectè ſibi hæreditatem pupillus adquirit, non tamẽ autore curatore: ideoque tutorem habenti plerumque ſpecialis tutor ad adeundam hæreditatem datur l. Impuberi ff. de tutor. & cura datis ab his. l. Cum in una §. Tutor. ff de appell. Vlpianus in Fragment. tit de Tutelis. quod ſcilicet ad eam rem non ſufficiat curatoris autoritas. Cæterum, ut per curatorem adquiri hæreditas non poteſt, ita nec per tutorem, niſi pupillo ff. ad Trebell. & multo minus per procuratorem. Quod ſi per procuratorem adquiri poteſt, nihil in hac re præcipuum habet procurator Cæſaris: cui tamen hoc iure ſingulari lex datum ait, vt Cæſari adquirat l. 1. § vlt ff de off. procu. Cæſaris, id eſt rationalis. Nihil denique hac in re diſtabat hæreditas a bonorum poſſeſſione; Nã & per tutorem, & per procuratorem adquiri bonorum poſſeſſio poteſt. d. §. Si pupillo l. Si mariti. C. mand. l. Si quis alicui ff de* D *acq hæred. Sed tamen hoc non eſt admittendum. Ius enim Prætorium ciuili iure indulgentius & benignius eſt. Ius ciuile directum & aſperum Ius prætorium mite & moderatum eſt: Atque ideo per tutorem, curatorem. procuratorem bonorum poſſeſſio adquiritur, hæreditas non adquiritur. Et hoc probo* Hactenus Cuiacius.

Sed audiamus Duarenum: *Procuratorem hoc accipimus, cui ſpecialiter mandatum eſt. Nam procurator vniuerſarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit excepto procuratore Cæſaris, ſi opulenta ſit hæreditas l. prima, de offic. procur. Cæſar. Ac ne tutor quidem, vel Curator propter ſubtilitatem iuris veteris l Potuit. C de iure delib ſed per tutorem aut curatorem rectè dicitur adiri hæreditas, id eſt interueniente tutore aut curatore, quamuis ipſe adeat, argum. l Vtrum ff de reb. cred* Hactenus Duarenus.

Vides, ut puto, lector, tria Cuiacium obijcere, primò hæreditatem adquiri non posse per tutorem. Secundò, eadem ratione nec per procuratorem, & quia nihil esset specialiter constitutum in procuratore Cæsaris. Tertiò, non posse adquiri per procuratorem hæreditatem, ut sit aliqua differentia inter hæreditatem, & bonorum possessionem, quæ etiam per tutorem, & procuratorem adquiri potest.

Contrà uerò Duarenum uelle hæreditatem adquiri posse per procuratorem specialem tamen, quia non sufficit generalis. Secundò, per tutorem adquiri posse, hoc est, tutore autore non autem per curatorem, hoc est, autore curatore. Ternò, nec per tutorem adquiri posse, hoc est, ipso tutore adeunte. Denique specialiter constitutum esse, ut per procuratorem generalem Cæsaris adquiri possit.

Igitur sic concludo secutus sententiam Duareni; Hęreditas adquiri potest per procuratorem. Id probo, quia alia possunt per procuratorem adquiri, quæ non sunt legibus excepta. Id autem legib. exceptum non est.

Non obstat l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. quia uerior lectio Florentina habet per Curatorem.

Non obstat, quod dicitur nec per tutorem adquiri posse, quia id concedo, si tutor ipse adeat: secus autem si pupillus, tutore autore, adeat. Item secus si pupillus sit infans, quia tutor eius nomine adquirere potest hæreditatem l. Si infanti. C. de iure delib. & consequenter eo in casu per tutorem hæreditas adquiri potest.

Non obstat, quod dicitur, si per procuratorem hæreditas adquiri possit, nihil præcipuum hac in re procuratorem Cęsaris habiturum, contra l. 1. ff. de offic. procur. Cæsar. quia respondeo, præcipuum hoc esse in procuratore Cæsaris, ut ad hæreditatem adeundam, & adquirendam nomine Cæsaris generale mandatum sufficiat, in alijs enim speciale mandatum requiritur.

Non obstat, quod dicitur, nullam fore differentiam hac in re inter hæreditatem, & bonorum possessionē: quoniam hęc est differentia, quod per alium adquiri potest bonorum possessio. l. 3. §. Adquirere. ff. de bonor. possess. Hæreditas autem per specialem procuratorem. Illa regulariter per tutorem adquiritur. l. Seruo inuito. §. ult. ff. ad Treb. Hæreditas tutore autore. potuit. C. de iure delib. nisi sit infans pupillus. l. si infanti. C. eodem.

CAPVT XCVII.

Ad l. Eam quam. 14. C. de fideicommiss.

IMperator Valerianus, & Galienus: *Eam quam frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, decesserit, cùm tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precarijs testamento facto, nonnullos ei voluerit substitutos; nihil prohibet fideicommissum peti, uel ab ipsius hæredibus, vel ab ijs, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habent, quare gulariter traduntur: ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hæreditas, non valere cùm verbis relicta directis adiri potuit hęreditas. non, cùm illa ipsa sic data sit, ut esset ab intestato a successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseuerationem tuam, quasi scripta hęres non fuerit iure adoptata. alioquin si in familia relicta, hæres facta decessit, & consequenter ipsius hæredes petitioni fideicommissi respondere coguntur.*

Veteres interpretes non satis hanc legē explicarunt, conatus est post eos Alciatus ei lucem adferre lib. 1. disputationum, c. 9. Autor sum studiosis, ut claram & planam sequātur Duareni, & Goueani interpretationem, additis ijs, quę ipse subijciam. Et si qua erit dissensio dicam, quid sentiam. Duarenus lib. 2. disputationum, c. 5. *Titius frater Sempronij puellam impuberem adoptauit, sed non iure ac legitimè, deinde eam instituit, nō ciuilibus verbis utens, nec directis, sed precarijs tantum ac fideicommissi, hoc modo. Volo ut puella hereditatem meam dent heredes mei. Deinde substituit huic puellę quosdam alios post mortem puellæ simpliciter; non autem si impubes decessisset. Decessit puella quæritur, an substituti possunt fideicōmissum petere. Causa totius quæstionis ac dubitationis est, quod non adita hęreditate ex testamento, fideicommissum non videtur deberi. l. Si nemo de reg. iur. At hic nullus hæres exiitit ex testamento, qui hereditatem adiuerit. Verum hic rescribit Valerianus fideicommissum peti posse, vel ab ipsis haeredibus qui bona intestati tenent, id est, etiā à legitimis heredibus Titij, nedum à testamentarijs, quos constat hic nullos fuisse; Nec nos mouere debet, quod dicitur, nisi hereditas adita fuerit non posse fideicommissum peti, &c. Id enim accipiendum est, cum verbis directis ac ciuilibus hæreditas est relicta, non verbis fideicommissi, ut sit ab intestati successoribus postulanda. quod accidit in hac specie, ut iam diximus, in qua testamentum vim codicillorum habet, quia tametsi seruatis solennibus factum fuerit, tamen apparet testatorem voluisse codicillos valere, ex eo, quod non instituit directò heredem, nec verbis ciuilibus, sed fideicommissi l. ult. ff. de iure cod. l. Non Codicillum C. de testam. Poterat autem dubitari in proposita specie, num possent conueniri hæredes puellę tanquam legitimi. Quæstionem facit quod puella adoptata fuisse dicitur à Titio, unde videtur, iure suo hęreditatem Titij ad suos hęredes transmisisse. Sed Valerianus rescripsit à legitimis hęredibus Titij fideicommissum peti, nullam faciens mentionem hęredum puellę: quia propositum fuerat, eam non iure adoptatam fuisse, atq; ideo in familia Titij non fuisse. Alias non alij essent legitimi hęredes Titij, quam ipsius puellę.* Hactenus Duarenus.

Antonius Goueanus lectionum iuris variarum, lib. 1. c. 1. *Falco puellę institutę verbis precarijs ita substituit: si Casamira pubertatem decesserit, hęreditatem meam illi, & illi restitui volo. Puella necdum quęsita hęreditate decessit Falconis frater agnationis iure hęreditatem intestati fratris adijt: quam cum ab eo ex fideicommissi causa peterent substituti, defendebat substitutioni locum nullum esse, quando acquisita ex testamento non esset hęreditas; regulariter namque definiri: Non adita ex testamento hęreditate, relicta in testamento nihil valere eamq; regulam ad substitutiones quoque pupillares pertinere. Valerianus autem & Galienus Impp. regulam hanc iuris ibi locum habere rescripserunt, cum aut verbis directis sit substitutio, aut solus rogatur institutus: non autem cum peti etiam ab ijs hęreditas potest, qui veniunt ab intestato. Posse autem a venientibus ab intestato peti hęreditatem, non solum cum hi apertè rogantur, verum etiam cum simpliciter ita quis scribit: Volo siue rogo, si quem hęredem scripsi è minus decedat, hęreditatem meam Titio restitui. Ita enim qui rogat, omnem videtur rogare successorem; Institutum si acquirat; si is omittat legitimum successorem. Ea igitur rescripti huius vis est, atque sententia, substitutionem fideicommissariam, ex qua a legitimis successoribus peti hęreditas potest, nō adeunte instituto locū habere. Quod n. sine hęredis institutione fieri potuit destituta institutione vitiari non oportere, argumento illo fuerit Triphonij in l. Miles ita ff. de milit. testam. impuberi filio factam a milite substitutionem, quamuis non adita ex testamento hęreditate, valere tamen quia miles soli filio testamentum facere possit.* Hactenus Goueanus, qui multa alia pro explicatione legis adfert, quæ non describo.

Video dissensionem esse inter Duarenum, & Goueanum in duobus, quę ubi explicauero, tùm ad uerborum legis explanationem descendam.

Primò dissentiunt, quia Duarenus dicit puellam institutam fuisse hæredem non ciuilibus uerbis, sed precarijs tantum, & fideicommissi, hoc modo; *Volo ut puellę hęreditatem meam dent hęredes mei.* Goueanus autem nullam huius fideicommissi mentionem facit, & præsupponit puellam institutam fuisse, sed substitu-

tos

tos ei datos fuisse verbis precarijs hoc modo. Si Caia in A tra pubertatem decesserit; hęreditatem meam illi, & illi restitui volo.

Et hæc interpretatio Goueani videtur prima' fronte magis consona verbis legis. Ait enim textus; *Eam quā frater tuus instituerat, &c. Cùm tamē simpliciter, antequā duodecimum ætatis annum implesset, verbis precarijs testamento facto nonnullos ei volueris substitutos*, &c. Ex quo apparet verba precaria, quorum lex meminit referri ad substitutionem, non autem ad institutionem.

Sed magis placet Duareni sententia, & expositio propter uerba illa, quæ sequuntur in textu: *Non cùm illa ipsa* (scilicet hæreditas) *sic data est, vt esset ab intestato successoribus postulanda*. Hæc enim uerba significant datam hæreditatem puellæ fuisse per fideicommissum eo modo, quo declarat Duarenus.

Secundò Duarenus dicit, quosdam alios puellæ simpliciter post mortem substitutos, non autem si impubes decessisset, quod repugnat verbis legis ibi: *Cùm tamen simpliciter antequam duodecimum ętatis annum impleuisset*, &c. B Et ideo rectè Goueanus format facti speciem, ita, ut substitutio facta sit, si Caia ante pubertatem decesserit, & illud uerbum *simpliciter*, &c. rectè exponit, *hoc est, omnino ab omniq; successore restitui voluit hæreditatem, si puella intra pubertatem decederet Simpliciter enim rogat, qui neque hunc, neque illum rogat, sed quid fieri omnino velit, ostēdit, itaq; rogare omnes uidetur*

Hæc igitur est legis huius sententia. Siue ea puella, quam frater tuus hæredem instituerat, quæsita, siue nō quæsita hæreditate decesserit, (Nō quæsita hæreditate, quia institutio non ualuit. Fuit enim instituta tanquam filia adoptiua, & adoptio non fuit iure facta) fideicommissum peti poterit ab ijs, qui uerbis precarijs simpliciter ei substituti sunt. Poterit, inquam, peti non a puella defuncta, neque ab hæredibus eius, eo in casu, quo illa non quæsiuit hæreditatem, sed ab hæredibus ipsius testatoris. In casu autem, quo hæreditas puellæ quæsita esset, ab hæredibus eius peti posset. C Et hic est sensus illorum verborum, *vel ab ipsius hęredibus, vel ab ijs, qui bona intestati tenent* Ab hæredib. ipsius puellæ, si quæsiusset hæreditatem; ab hęredibus intestati, i. eius, qui ita testamento disposuit, sed testamentum irritum factum est eam ob causam, quod institutio non valuit, nec scripta hæres puella obtinuit hæreditatem.

Tunc enim locus est regulę iuris, si nemo ex testamēto adierit hæreditatem, non ualere ea, quæ in testamento relinquuntur, *cum verbis relicta directis adiri potuit hæreditas*, idest, cùm uerbis directis institutio facta est: *Non cum ea ipsa* (hæreditas) *sic data est, ut esset ab intestato a successoribus postulanda*. Sic enim legēdum putat Goueanus, non ut vulgò legitur, ab intestato successoribus; sed in proposita specie hæreditas relicta est puellæ non directis verbis, sed precarijs, eo modo, quo supra diximus ex Duareno; ergo regula illa iuris locum habere non potest; *Quę ita rescripsimus*, inquit textus, *sequentes aduersationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure* D *adoptata*. Idest, locum habent illa eo in casu, quo puella decessit non quæsita hæreditate: ea; inquam, quæ dicta sunt de fideicommisso petendo ab hæredibus, qui ab intestato succedunt. Si enim puella iure adoptata fuisset, & in familia defuncti testatoris hæres facta decessisset, hæreditatem ad suos hęredes transmisisset; consequenter fideicommissum eo in casu ab ipsius puellæ hæredibus petendum esset. Textus uariè legitur, meus Codex habet *fideicommissum petere*, alij habent *peti*.

Ego vtramque lectionem probo, quia sensus est, substitutos fideicommissum petere posse, si ea, quæ instituta fuit, decesserit: si legas, *peti*, intellige a substitutis: si legas *petere*, intelliges substitutos.

Illa verba, *eam, Quam*, more græcorum scripta sunt eam, pro ea, vt cùm dicitur: *Vrbem quam statuo, vestra est*. Et est, ac si elatius diceretur, si puella a fratre tuo hę A res instituta decessisset, siue quęsita, siue non quęsita hęreditate, substitutio tamen uerbis precarijs ea facta locum habet, & si quidem institutio ualuisset, & puella iure adoptata decessisset hęres, eius hęredes fideicommissum restituere tenerentur substituto. Cęterùm si adoptio non ualuit, & ideo nō quęsita hęreditate, puella est defuncta, fideicommissum restituere tenentur hęredes fratris tui defuncti, qui proximiores sunt ab intestato. Nec se tueri possunt ea exceptione, quod fideicōmissum non ualeat: quia ex testamento hęreditas adita non est. Nam locum habet exceptio illa, quoties hęreditas uerbis directis, relicta est; secus quādo uerbis precarijs, tunc enim hęredes ab intestato uenientes, sicut tenentur hęreditatem dare puellę, si adoptio ualuisset, ita si non ualuit, tenentur eam ex fideicommisso dare, & restituere ijs, qui puellę substituti fuere.

B

CAPVT XCVIII.

Defenditur sententia autoris de emphyteuta, an donare possit ius emphyteuticum consensu domini non requisito, qua extat in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97.

NOn muto sententiam, quam firmaui in prima parte Controuersiarum, lib. 3. c. 97. consensum domini requirendum ab emphyteuta, licet non vēdere, sed donare velit ius emphyteuticum: tum quia legis uerba generalia sunt, & omnem continent alienationem, l. 3. C de iure delib. Tum quia domini interest, ut consensus eius requiratur. Primùm ut sciat, quis nouus sit emphyteuta, an idoneus ad soluendum canonē. Deinde quòd multas alias ob causa eiusdem interest, ut ibi latius explicaui. Non muto, inquam sententiam ex C his, quę disputat, & pro contraria sententia adfert elegātissimus, & doctissimus Iurisconsultus Fornerius lib. 2. selectionum, ca. 30. Primùm dicit *alienationis*, uerbum contrahendum esse, ut significet solam uenditionem, citat tex in §. Adeo. in Instit. de locatio. Sed contrarium dicit. Verba Iustiniani hęc sunt: *Vt ecce de prędijs, quę perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio, siue reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neq; hęredi eius cuius conductor, hæresue eius id prædium vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, aliòue quocunq; modo alienauerit*, &c.

Non uideo quid sibi uelit Fornerius, dum ait: *Quod Zeno initio l. 1. C eod tit. alienationē generaliter dixerat, idipsum referens Iustinianus, specialiter uenditionem nominauit*. §. Adeo. Insti. de locat. Id ut uerum sit inquam, non uideo: siquidem Iustinianus de uenditione, donatione, & quacunque alienatione loquitur, ut patet ex uerbis proximè relatis.

D Secundum argumentum Fornerij est, quia fit mentio precij, in d. l. 3. C. de iure emphyt. ergo uenditio significatur l. 3. C. de prędijs decurio. Respondeo, Iustinianum de precio loqui, quatenus scilicet de uenditione loquitur.

Sed loquitur etiam de alienatione generaliter, uerba sic habent: *Minimè licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas alijs uendere, uel ius emphyteuticum transferre*. Hęc postrema uerba uidentur mihi generalia, & non solùm uenditionem significare, sed omnem aliam alienationem.

Tertium argumentum est: *Quia denunciatione*, inquit, *illic opus non est, vbi dominus nullo precio repensa meram emphyteutæ liberalitatē proculdubio accepturus est*. Respondeo, denunciatione opus esse, etiam eo in casu, quo donare vult emphyteuta ius suum, non ut dominus pręferatur, & consequenter ex donatione rem

ab

ab emphyteuta consequatur; neque enim inuitus emphyteuta cogẽdus est donare ius suum domino, vt optimè deducit Fornerius ad finem capitis. Sed ne ex donatione in quemquam collata præiudicium domino inferatur, vel propter annuum canonem, vel propter alias causas.

Postremum argumentum est, non esse pertimescendam aliquam iniuriam, cùm non tam facilè quisquam donet, quam vendat; in hoc enim rei precium captatur, in illo perditur. l. 7. ff. de donat. Sic enim non prohibetur donare mulier, fideiubere prohibetur. l. 4 ff ad Velleian. Decuriones nihil vetat prædia donare, vendere autem sperato scilicet precio non licet. l. 1. l. vlt. C. de prædijs decurio.

Respondeo, hæc esse dissimilia; quia non dicimus colonum siue emphyteutam prohibitum esse donare, sed denunciare id oportere domino, cuius multas ob causas interesse potest, ut sciat, cui donetur. Et licet raró fiant donationes, non tamen raró fraudes committerentur, si passim domino non requisito liceret emphyteutæ ius suum donare. Nec propterea, quod raró homines donare soliti sunt, ideo nullas de donationibus leges habemus, immò verò multas. Ergo nec iusta hæc interpretatio ob eam causam repudianda erit.

CAPVT XCIX.

Annotationes ad primum cap. lib. 1. Controuers. primæ partis, & ad cap. 71. lib. 3.

QVod scripsi lib. 1, Controuers. iuris, c. 1, de pœna carceris aduersus eos, qui venantur Principe prohibente, non ignorabam iuri Cæsareo consonum non esse: *Carcer enim ad continendos, non ad puniendos homines haberi debet*, vt inquit Vlpianus in l. aut damnum, §. Carcer. ff. de pœnis. sed moribus consentaneum est, quibus passim ferè carceris pœna recepta est, conuenienter iuri canonico. c. Quamuis. de pœnis. lib. 6.

De dote profectitia disserui lib. 3. cap. 71. Pro distinctione ibi facta inter filiam in potestate & emancipatam, indicauit mihi D. Fabricius Matthæus, Doctor magni ingenij & spei, & gener mihi clarissimus, textum in l. Pater. ff de Euictión. in illis verbis; *Interest enim patris filiam dotatam habere, & spem quandoq; recipiendæ dotis, vtiq; si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi statim commisi stipulationem, cum vno casu dos ad eum regredi possit.*

CAPVT C.

Annotationes continet ad c. 1. lib. 4. & ad c. 22. eiusdem lib. & ad cap. 31.

ADdo de schedula continente patris testamentũ inter liberos, Cuiacij sententiam iuuari posse ex responso Alexandri 76. nu. 10 lib. 3. vbi post Salycetum, quem citat in l. Hac consultissima. § Ex imperfecto. C. de Testam. scribit non valere si non appareat lectam, & publicatam fuisse, argumento l. Hac consultissima. C. qui testam. facere possunt, ibi dum textus dicit, *elogium ipse suum profiteatur agnoscere*, & in l. fideicom. vers. *Quoties*. de leg. 3. Sed leges allegatæ non loquuntur de Testamento inter liberos. Ideo non obstant. Adde Menochium pro sententia communi & vera, de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 7, nu. 5. Et de patris diuisione inter liberos scriptura comprehensa, quod valeat, si fuerit à patre subscripta, vel à liberis & fidem obtineat aliaque cautela non indigeat, est expressè constitutum Nouella de Triente & Semisse. §. Et quod sæpè.

Ad caput 22. eod lib. omisi decisionem Pedemontanam Osachi 26. in materia propositæ ibi quæstionis.

Ad caput 31. eod. lib. de filio exhæredato vel excluso ab hæreditate, quando faciat partem, & quando non cæteris filijs, vide Cuiacium in expositione Nouellæ 18, col. 4. vers. Ad hæc notandum est.



ANDREEA



ANDREÆ FACHINEI

I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER SEPTIMVS.



CAPVT PRIMVM.

De origine Feudorum, & an feudum sit contractus.



INsimenti mihi controuersias feudales priore libro huius tertię partis explicare, operępretium uisum est, ab illa initium sumere, quæ de origine feudorum agitata est frequentissimè, tam apud ueteres, quàm apud recentiores Iurisconsultos. A

Quinque sunt præcipuæ celebrioresque sententiæ. Vna, feuda ex antiquo Romanorum iure originē sumpsisse. Altera, à tempore Iustiniani cœpisse. Tertia ex militijs, quarum fit mentio, in iure Romano profectas esse: & nihil aliud feudum esse, quàm militiam. Quarta, à Gallis venisse ad Germanos feuda, Italos, Hispanos, & alios Europæ populos. Quinta, ex Longobardis Regibus principium accepisse; & inde consuetudines feudales emanasse: & hanc cæteris probabiliorem esse iudico. Verùm de singulis uidendum est, ne quemquā inaudita causa condemnare videamur.

Prioris sententiæ autores sunt Vdalricus Zasius in Epitome feudorum, parte 1. in principio, & latiùs in Commentarijs l. 2. in verbo *Curias*. ff. de origine iuris, & Iacobus Cuiacius in Commentarijs ad libros feudales, non procul à principio. B

Hanc verò sententiam ita isti confirmare nituntur. Zasius quidem in d. l. 2. vers. *Curias*, in hunc modum dicens; *Romulus, vt est apud Dionysium Halicar. li. 2. urbe condita promissurus, ne iniuria locupletū in humiles, vel vicissim egenorum inuidia in potentes discordiam pareret, plebeis permisit, ut quem sibi ex patritijs patronū eligerēt. Hi clientes dicebantur: eratq́ꝫ ciuilis illa coniunctio nihil aliud, quàm susceptū pro pauperibus humilibusq́ꝫ patrociniū. Habuisse eos legitima quędam instituta, quibus vltrò citroq́ꝫ præstabant ij officia, illi beneficia. Nam patroni pro clientibus ea facere, quæ parētes pro filijs: pecuniarū contractuumq́ꝫ rationes explicabant: causas pro iniuriè oppressis sumpsere, omnemq́ꝫ eis quietem publicè & priuatim exhibuere. E diuerso clientes patronis egentibus ad dotem filiarum contribuere, captos uel ipsos, uel liberos eorum ab hostibus redimere, nexos a creditoribus, uel ære multatos, propria pecunia liberare, deducere eos, eis adesse debebant. Nec fas erat uel accusare inuicem, testimoniumue aut suffragium aduersus ferre, nec porrò cum inimicis adnumerari: Erantque huiusmodi coniunctiones haud absimiles sanguinis necessitudini, usque adeo, ut clientes in officiorum ordine affinib. præferrentur.* Et paucis interiectis subdit: *Credimus curialium dominicalium iura & feudorum (si ita loqui liceat) hinc uelut impressis uestigijs quædam duxisse simulacra. Quo enim tēpore Romani victricia ubique terrarū signa circumtulissent, multi eorum remansisse in prouincijs creduntur, pars prę̨sidio relicti, pars ubertate capti; denique dū Coloniæ deducerentur, bona Romanorū pars eò loci commigrarunt, quibus cùm multum agri, multum fundorum esset, ne pro Romano more carerent clientibus, uerisimile est, incolas terræ in suum inuitasse patrocinium suosque eis fundos, prout cuiusque erat conditio, in beneficium distribuisse. Tractu tamen temporis, quod omnia uariat, clientelarum nomine commutato, feuda à fœdere forsitan, curiasque dominicales nominari ceptas, ut qui clarioribus essent natalibus feuda, alij ex uulgo curias haberent dominicales: constitutis certis iuribus, quæ dominos, quæ clientes, quos uasallos uocant, respicerent, quorum aliqua consuetudine, ut in feudis, aliqua pactis, ut in curijs constare dignoscuntur. Hanc nostram coniecturam haud parū adiuuat magna utrinque ad priscorum clientum iura similitudo. Nam ut olim patroni clientibus, & uicissim isti illis mutua obligatione nectebantur: sic in feudis & curijs pariter recepta sunt siquidem & uasallus domino, & e diuerso dominus illi debet.* Hactenus Zasius.

Iacobus autem Cuiacius sic scribit: *Interea tamē cùm ius feudorum antiquissimum esse Gerardus scribat, qui ipse fuit Longobardus, ineptè id repetieris ex Longobardis ipsis siue Gothis, quorum leges nihil de feudis habent palam, nec antiquissimum esse nobis unquam persuaseris, nisi id aliquādo deduxeris ex moribus populi Romani, quod fieri à*

com-

commodissimè. Fit sæpè in libris nostris hominum mentio, qua appellatione frequentius seruus significantur Sed & liberi. puta actores, procuratores, custodes prædiorum, Insularij, Conductores, Emphyteuticarij, Chartularij, precarij possessores. His possessio conceditur ad tempus. Quæ actori, feudum est Gastaldia, quæ custodi, feudum guardiæ. Iisdē postea cæpit concedi in perpetuum, quod est verum ac proprium feudū, atq; ita, vt me obseru. 8 tradidisse recordor, paulatim, qui erant actores, custodesq; prædiorum nostrorum temporarij, perpetui esse cæperunt. Latinumq; hominum nomen retinuerant, nouum & exterum vasallorum siue Leudum & feudatariorum acceperunt a Principibus & nobilioribus, qui eis sua prædia in perpetuum cōcedere maluerūt, si militiæ oneribus se obligarent, inuecta in Italiā nomina à Principibus Germanis, quibus fuere semper multi Comites (si Cornelius Tacitus vasallos vocat) & Principū æmulatio magna, cui plurimi & acerrimi. His, ut ait, præcipuum Sacramētum erat defendere, tueri, sua quoq; fortia facta gloriæ Principis sui assignare: quod vulgò Sacramentum fidelitatis appellamus. Hactenus ille.

Secundæ opinionis autor fuit Lucas de Penna in L. Quicunque. C. de omni agro deserto, lib. 12. & in l. 1. C. de petitio. bono. subla. 10. ratus, feuda esse prędia stipendiaria, de quibus mentio fit in §. Per traditionem, in Instit. de rer. diui. Guilielmus Benedictus idem docet in c. Raynucius. in uerbo; *Ex vxorem nomine Adelasiam*, decis. 3. num. 3. & 4. quem refert. & sequitur Cassanæus in Consuetudine Burgundiæ, Rub. 3. ver. Des Fieds. nu. 15. Fundamentum est, quia eiusmodi prædia stipendiaria in multis uidentur esse feudis similia. Sicut enim feuda sine consensu domini alienari non possunt, & olim antiquissimo tempore non transibant ad hęredes, vt in tit. de his, qui feudum dare possunt. §. Et quia, ita nec prędia stipendiaria seu tributaria alienari poterant, & militibus assignata pro stipendio non transibant ad filios. l. 1. & 3. C de Fundis limitrofis. lib. 11. Dantur feuda, vt vasalli dominum contra hostes iuuent. ca. primo, quibus modis feud. amitt. cap. 1. § vlt. hic finitur lex, &c. Sic & stipendia hæc militibus dabantur, ut Rempub. defenderent. l. Qui excubias. ff de re milit. Itaut feudatarij obseruare contenta in c. 1. de noua forma fideli. arctiori iureiurando adstringuntur milites, ut tradit Vegetius de re militari, lib. 2. c. 2. Hæc & alia nonnulla, in quibus feuda conueniant, & stipendiaria hæc prædia, recenset accuratè Marinus Frecia in Commentarijs feudalibus. tit. de feudorum origine. num. 22. cum sequentibus. Ab hac sententia non procul abest Lelius Taurellius in libro de militijs, ex casu dum feudorum originem refert ad agros imperij extremos, quos solebant militibus assignare Romani Principes, vt ait Lampridius in Alexandro; *Sola*, inquit, *quę de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus, et militibus donauit, ita ut eorū essent si hęredes eorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens, attentius militaturos, si etiam sua rura defenderent.*

Tertiam opinionē inuexerunt Haloander in proœmio Nouellarum, & Viglius in §. 1. in Instit. de militari testam. arbitrati feuda fuisse militias, quarum fit mentio in L. Omni modo §. Imputari. C. de inoff. testamen. & in l. ult. cum Auth. ibi posita. C. de pignorib. & alibi. Cui sententiæ adstipulatur, quod scribit Marinus Frecia loco proximè citato nu. 40. militias personales fuisse, nec ad hæredes transiuisse, ad instar feudorum, & quia feudatarij plerumque sint milites. c. 1. de capitulis Corradi, & alibi.

Quartæ opinionis autor est Connanus lib. 2. Commentariorum. c. 9. nu. 5. *Ego verò*, inquit, *feudorum morē a Gallis uenisse ad Germanos, Italos, Hispanos, & alios Europę populos arbitror, idq; vt existimem, facit, quod de Gallis scribit Cęsar lib. 3 commentariorum. Dicit enim, qui opibus inter eos valerent, multos habuisse deuotos, quos secum in bellum ducerent, Soldarios sua lingua nuncupa-*

A *tos, quorum hęc erat conditio, vt omnibus in vita commodis unà cum ijs fruerentur, quorum se amicitię dedissent, quod si quid ijs per vim accidisset, aut eundem casum ferrent ipsi, aut mortem sibi consciscerent. Quod in vasallis nostris eodem se modo habet, qui cùm dant fidem suo domino, & patrono iurant magno iureiurando se pro illius salute vitam posituros*, &c.

Sed ut rectè monet F. H. disputat. de feudis capit. 2. feudalitij clientes nostri temporis, nec illud receptum est, ut patrono interfecto mortem sibi consciscant: & Soldarij illi certos, & proprios agros non habebāt, quæ tamen in re magnam feudorum partem constare, manifestum est.

Postremam sententiam, feuda ex Longobardis originem duxisse, frequentioribus suffragijs Doctores secuti sunt. Hanc post Balduinum, & alios ab eo citatos, secutus est Frecia loco annotato num. 12. & nu. 82. quibus accedant Franciscus Duarenus in commentarijs in usus feudor. c. 3. Eguinarius Baro ad Obertum Ortensium,
B de Beneficijs tit. 1. & hæc mihi etiam probabilior uidetur. Primò, quia in Consuetudinibus feudalibus sæpè fit mentio legum Lōgobardorum, ut in c. 1. de feudi cogni. in c. 1. de cōtentio. inter do. & fid. de in uest. feudal. in c. 1. de notis feudor. & alibi. Secundò, quia in legibus ipsis Longobardis titulus extat de beneficijs & terris tributarijs. Nihil autem aliud feuda esse constat quàm beneficia. Tertiò, quod me maximè monet, quia ipsum verbum *Feudum*, non a fidelitate ducitur, uel à fœdere, ut quidam putant, sed est verbum Germanicum, ut mihi relatum est a doctissimis uiris, quod significat alimentum, quemadmodum & *Leudes*, quorum meminit Gregorius Turonen. lib. 9. sunt populi Germanicè, hoc est, homines, quos uasallos dicimus, unde & dominium, quod homagium frequentius dicitur. Constat autem Longobardos origine fuisse Germanos.
C Non obstat huic sententiæ, quod Cuiacius perpendit, Gerardum dixisse, ius feudorum antiquissimum esse; & ideò referendum, non esse ad Longobardos, cùm ipse Gerardus Longobardus fuerit, quia Gerardus hoc dicit in §. Et quia, titu. de his qui feudum dare possunt; *Antiquissimo enim tempore*, inquit, *sic erat in dominorum potestate connexum, vt quando vellent, possent auferre rem in feudum à se datam*, &c.

Hoc ius antiquissimum cur non referri possit ad initium, quo feuda a Longobardis constituta sunt, nihil proponi uideo, licet ipse Gerardus Longobardus fuerit, longissimo enim tempore Longobardos constat rerum potitos esse ac dominatos.

Quæ verò Zasius, Cuiacius, & alij de clienteli Romanorum, de militijs, de prædijs stipendarijs, & alijs id genus adferunt, potius imaginem quandam, & simulacrum, ut loquitur Zasius, feudorum continent, quàm
D ueram, & germanam feudorum constitutionem, quam nunc habemus, quanquam ut F. H. in disputatione de feudis cap. 2. adnotauit, alio fine institutæ fuerint Romanorum clientelæ quàm feuda. Illæ pacis alumnæ, hæc militiæ comites, nisi ad illud clientelarum genus referantur, quæ inter duces populi Romani, & subactos bello populos contrahebantur. Cùm enim illi se dederent Romanis, in eorum fidem, ditionem potestatemque se commendabant: Eaque de causa non modò Romæ, cùm vsus ferebat, defendebantur, verùm etiam agris ea lege donabantur, vt cùm tempus ferret, parati in armis essent. Vide Cæsarē de bello Ciuili li. 1. Hircium de bello Africo. Ciceronem lib. 1. Officior. Itaque in re valde dubia, ut plurium acquiescerem sententiæ, his, quas dixi, coniecturis accedentibus, faciendum esse iudicaui.

Ad alteram quæstionem quod attinet, antiqui interpretes Bartolus & alij communiter dixerunt, feudum esse contractum, vt testatur Iulius Clarus §. Feudum, q. 6. quibus & Ludolph. Schrad, parte prima de feu-

feudis, & Franciscus Duarenus c. 2. adstipulantur, eo A proculdubio argumento adducti, quia viderunt inter dominum, & uasallum mutuas esse pactiones, & obligationes, quibus propterea contractus vim inesse crediderunt, ac proinde inter contractus feudum retulerunt.

At contra F. H. lib. 6. obseruat. cap 7. Primò, quia contractus de re priuata & familiari, & quæ in comercio est, fiunt l. 7. Si paciscar. ff de pact. l. Inter stipulantem. 83. §. Sacram. ff. de verb. oblig. Feudum autem clientela est potissimùm ad caput, uel ad salutem senioris, uel vtriusque potius seniorts, s. & vasalli instituta, quæ conuentio in eorum negociorum numerum, quæ contractus appellantur non cadit.

Secundò, quia contractus lucri, & negociationis causa fiunt, l. Actionum 25. §. 1. ff. de act. & oblig. à quo feudi natura, & ratio abhorret, quia feudum proprium nõ est, nisi beneficium sit, & à liberalitate proficiscatur, lib. 1. feud. tit. 27. Quod enim pecunia emitur, improprium est. lib. 2. tit. 24.

Tertiò, quia contractus ab initio uoluntarij, postea B uerò necessarij sunt: neque sine utriusque uoluntate dissolui possunt. l. Sicut C. de act. & oblig. At feudum refutari a uasallo, i. remitti, & restitui seniori, quoties ei commodum est, etiam inuito potest, lib. 2. tit. 58.

Iacobus Cuiacius lib. 1. de feudis, in præfatione, non procul a fine, de hac re sic statuit: *Ne dixeris etiam feudum esse contractum Ius est potius quod per contractū constituitur, dum. s. dominus id per inuestituram cedit, qua cessio datio est, ea lege, vt qui accipit, fidem, & seruitium danti semper exhibeat. Et contractum huiusmodi sequitur traditio, & est ex eo contractu actio de euictione in dominum. Et aduersus vasallum condictio causa dati, si fidem fallat; vel etiam præscriptis verbis, si nolit dominus feudum reuocare.*

Ego uerò sic dico. Cùm quæritur an feudum sit con- C tractus, tria esse consideranda. Primùm rem ipsam, hoc est, beneficium, quod confertur in uasallum: & hac ratione feudum contractus dici non potest, quia speciem habet donationis, liberalitatis, gratiæ, beneficij. arg. l. Interdictum 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij causam, quàm ad negocij contracti spectat precarij constitutio.*

Secundò consideranda est conuentio, & pactio, quæ inter dominum & uasallum fieri solet, & hoc nomine, si contractus verbum propriè sumatur, feudum contractus non est. Nam ut respondit Vlpian. in l. Labeo. 19. ff. de verb. & rerum sig. *Quædam aguntur, quædam geruntur, quædam cõtrahuntur. Actum generale verbū est, siuere, siue verbis quid agatur, veluti in stipulatione, vel numeratione Contractum autem vltro citroq. obligationē esse, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem.* Feudum igitur non est contractus propriè, quia pactiones, & conuentiones propriè cõtractus D non dicuntur, quod latè ostendit Duarenus ad l. 1. ff. de pactis, & lib. 2. Anniuers. disputat. c. 8.

Tertiò considerandum puto, contractus verbũ latè sumptum, omnem obligationem significare, vt vbicunque aliquis obligetur, & cõtrahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. l. omnē. 20. ff. de iudicijs. Itaq; si contractus uerbum ita accipiatur, non dubito affirmare, feudum inter contractus annumerandum esse, quatenus obligationes reciprocas domini continet, & uasalli.

Nec istam distinctionem offendunt argumẽta F. H. illa enim huc pertinent, ut probetur, feudum non esse contractum, quatenus feudum, hoc est, beneficium est.

Item propriè contractum non censeri, quod, & ipse fatetur. Non tamen sequitur, contractum saltem improprie dici non posse. Speciem enim contractus refert pactio, stipulatio, obligatio uasalli, ut ex dictis patet.

CAPVT II.

Liber feudorum an sit authenticus.

POst controuersiam de feudorum origine, sequitur altera, an liber quo consuetudines feudales continentur, & leges etiam Imperatorum nonnullæ de ipsis feudis, authenticus sit: Et negant Hostiẽsis in summa, de immunitate Ecclesiarum. §. In quantum. dum ait, iura feudorum quemquam non astringere, nisi sit lex Imperialis, nec non Aegidius Bellamera in consi. 48. quorum illud est fundamentum, quòd liber ille partim scriptus sit a priuatis hominibus, qui legis condendæ potestatem non habent, partim particulares consuetudines Mediolanensium, & Italorum contineat: quamobrem alibi consuetudines illas vim nullam obtinere existimant.

Cæterùm librum feudorum authenticum esse, siue, pro authentico habendum, alij communiter docuerũt, Zasius in Epitome de feudis, in principio. Iulius Clarus §. Feudum quæst. 3 ubi alios citat, Duarenus in consuet. feudal. in primo capite, & alij passim, quibus & nos assentiri par est; quia morbus iam receptus est liber ille: & in foro, & in scholis allegatur; & quæ in eo continentur, seruari solent tanquam leges, quare nõ immerito authenticus dici poterit, vel certè pro authentico habendus erit, ea ratione, qua Iurisconsultus usus est in l. De quibus. ff. de legibus. *Nam cùm ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneāt, quàm quod iudicio populi receptæ sunt, merito & ea quæ sine vllo scripto populus probauit, tenebunt omnes Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis?* Quæ ratio multò magis locum habet in quæstione ista, cùm hæc consuetudo sit longissimi temporis, hominum memoriam excedentis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff de aqua quot. & æstiua. & sciente Principe, & patiente seruata fuerit. Nam constat & in scholis, & in foro librum feudorum apud omnes receptum esse, usq; ad hæc tempora. Est igitur consuetudo hæc rationabilis, ac legitimè præscripta, ac proinde seruanda c. vlt de consuetud.

CAPVT III.

Sitne recipienda diuisio feudorum in hæreditarium, & ex pacto, & prouidentiæ?

HIs tanquam preludijs sic præmissis, & iam nobis in aciem progredientibus, occurrit primùm insignis controuersia, de feudorum diuisione in hæreditaria, & ex pacto, & prouidentia, sitne recipienda, uel reijcienda. Hæreditarium vocant feudum, cùm alicui conceditur, & hæredibus suis: Ex pacto, & prouidentia, cùm alicui datur, & filijs suis, siue descendentibus Diuisione hanc primi omnium inuexerunt Pileus & Bulgarius antiqui Glossatores: Deinde eam probarunt Andreas Isernia in cap. 1. tit. an agnatus uel filius, num. 2. & 5. & plurimi alij post eum, quos citat Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis in 3. par. nu. 84. & latius Hartmanus Pistoris quæstionum iuris lib. 2. c. 1. nu. 1.

Cæterũ eandē diuisionem non pauci uarijs modis reprehenderunt, aliquibus mẽbrum illud ex pacto, & prouidentia abijcientibus, omniaq; feuda hæreditaria esse existimantibus, inter quos Syluanus in cons. 30. nu. 21 quo non procul abest D. meus Cephalus consi. 24. nu. 43 alijs contra, membrum alterum repudiãtibus, ex eo quod uerbum *hæres* in materia feudali intelligatur de filijs, & descendẽtibus masculis, inter quos ipse Pistorius loco annotato nu. 99. & fuit olim opinio Baldi contra Iacobum Beluisium in ca. 1. de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis, & Baldum secutus est Decius in consil. 185. & multi alij a Pistorio citati num. 43. quibus adde Andr.

Andr. Geyl. lib. 2. obseru. 154. nu. 22. Cæterū sententiam A
Iacobi Belusij multi alij secuti sunt, Alex cons. 19. nu 4. & nu. 13. lib. 5. alios plurimos Pistorius citat, num. 44. qua de re in sequenti capite particulatim differemus.

Sed omisso Doctorū catalogo, qui ex Pistorio peti poteſt. (Actum enim agere nō expedit) diligentius ipse argumenta expendā, & ueritati inuestigandæ pro viribus meis viam parare studiosis conabor. Et ne diu suspensū lectoris animum teneam, existimo, diuisionem illam recipiendam non esse in illis terminis, quos proposui, nempe vt hæ duæ species feudorum, tanquam diuersæ ac differenter statuantur in supra dicto exemplo, ut nimirum dicatur feudum hæreditarium illud, quod alicui cōcessum est pro se & hæredibus, & ab ea specie differat, qua feudum concessum est alicui pro se & liberis, siue descēdentibus, quod doctores vocant ex pacto & prouidētia. Nec iam disputo de nomine, sed de re. Hoc enim volo, atque verum esse contendo, Concessionem factā pro hę- B
redibus, eandem esse cū concessione facta pro liberis, & descendentibus: quo posito, diuisio illa corruit, quia species illius, siue membra, non sunt diuersa, sed eadem.

Hoc autem, quod dixi, verum esse, eo argumēto perspicuum est, quòd verbum, *Hæredes*, in feudis significat descendentes & liberos, qui succedunt in feudis, & uocātur heredes sanguinis à doctoribus nostris. Vide tex. in c. 1. §. Et si clientulus, de aliena. feudi, in c. 1. tit. Apud quem vel quos controuers. feudi definia. in c. 1. de beneficio fratris, in c. 1. de eo qui sibi vel hæredib. suis, in c. 1. de duob. fratrib à capi inuestien in c 1. § Similiter, vers. *profecto*, de lege Corradi. in cap. 1. § Hoc quoque, de success. feudi in c. 1 §. Præterea, quib. modis feud. amitt. in cap. 1. §. Et quia vidimus, de his qui feudū dare possunt. Idem est, & aliquando extra feuda, ut in l Ex facto, §. vlt. ff. ad Trebell. & l. Si quis Titio, ff. de vsufruct. accrescen.

His textibus probatur, verbum, *hæres*, in feudis signi- C
ficare filium masculum, sed nullum hac de re illustrius testimonium est, quàm tex. in cap 1. §. Et si clientulus, de alien. feudi, cuius verba sic se habent: *Et si clientulus fecerit libellum, vel aliud de medietate feudi, sine domini voluntate, eo mortuo sine legitimo hęrede masculo, quod verbum ita intelligendū est in feudo, id est, sine filio masculo, reuertitur feudum ad dominum.* Nec obstat si dicatur hunc textum & alios ferè omnes, loqui, quando fit mētio hæredis masculi: quia illud verbū, *masculis* tacitè intelligit. c. 1 § Similiter. vers. Profecto. de leg. Corradi ibi. *Suisq, heredibus, quod intelligi debet de solis masculis, &c.* Quapropter eius expressio nihil operatur, l. 3 de legatis primo.

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud verbū, *Hæres* ita quidē accipi in iure feudali, sicut probatur textibus citatis, sed aliter accipiendū esse, cùm profertur ab homine in concessione ipsa feudali, tunc enim videtur propriè accipiēdum, vt significet successorem & hæredem, non autem filium siue hæredem sanguinis.

D
Non rectè, primò, quia tex. in d. c. 1. § Et si clientulus, de alien. feudi, loquitur generaliter, & dum dicit illud verbū ita intelligi in feudo, intelligitur generaliter etiā de ipsa feudali concessione, & eodem modo loquuntur multi alij textus, supra allegan. Deinde, quia si iure feudali hoc verbum, *hæres*, habet hanc significationem, vt intelligatur de hærede sanguinis, id est, filio masculo, et ipsa feudalis concessio *pro hærede* ita erit accipienda, vt significet hæredem sanguinis, & filium masculum; quia verba sunt intelligenda secundum subiectam materiam l. Si vno. ff. locati l. Si insulam. ff. de præscript. verb. l. Si stipulatus. ff. de vsuris l Damni infecti. ff. de damno infecto, c. 1 § Filia verò, de success. feudi. cap. 1. §. Quin etiam Episcopum vel Abbatem, &c.

Argumenta in contrarium, pro diuisione, hæc sunt, Primum sumitur ex l. Cum patronus §. Cùm libertus, iuncta l. Vt iusiurandi §. Si liberi. ff. de operis libertor. Notant Doctores in his locis, differre stipulationē hāc, operas præstari *liberis*, & pręstari *hæredibus*, quia priore

A
casu debentur liberis, licet non sint hęredes patris; argumento, l. Quodcunque 45 § Si quis ita, ff. de verb. oblig. Posteriorem non item, sed necesse est, vt sint hæredes, argum. d. § Cùm libertus.

Respondeo, non, si in alia materia differant hæ stipulationes *pro liberis, & pro hæredibus*, idcirco sequitur, etiā in feudo differre. Hoc est enim quod notanter dicit tex. in d c. 1. §. Et si clientulus, de aliena. feudi, *quod verbum* (Hęres) *ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo*. Constat autem in feudis ius Cæsareum non seruari, quoties contrarium ipso Iure feudali constitutum est, vt in c. 1. de cognitione feudi. Cùm itaque iure feudali constitutum sit, vt verbum, *hæredes*, significet descendētem, siue filium masculum, frustrà aliæ leges adferūtur, ad docendum differentiam inter liberos & hæredes.

Secundum argumentum est ex l. 5. ff de relig & sumpt. funer. cuius verba hæc sunt: *Familiaria sepulchra di-*
B
cuntur, quæ quis sibi familiæq, suæ constituit, hæreditaria autem, quæ quis sibi hæredibusq, suis constituit. Idem probatur in l. Ius sepulchri. C. eodem tit.

Respondeo, nihil elegantius proferri posse ad confirmandam hanc diuisionem, ac differentiam inter concessionem factam pro liberis, & concessionem factam pro hæredibus, in alia materia quàm feudali, sed nihil valet hoc argumentum In materia feudali, quia repugnant iura feudalia, quæ cōcessionem pro hæredibus factam interpretantur pro filijs masculis; quibus feudalibus legibus In materia feudali acquiescendum potius est, quàm legibus Romanorum, & Cęsaris, in alia materia à feudali diuersa loquentibus.

Tertium argumentum est, quoniam in feudis maximè spectandus est tenor concessionis, & ille præferendus est regulis, & naturæ feudorum, c. 1 de duob. fratrib. à capitaneo inuestien. c. 1. §. pen. quid sit inuestitu. Ergo licet verbum, *hęres*, secundum regulas feudales signifi-
C
cet filium, tamen in cōcessione ac inuestitura ipsa aliter accipiendum erit quia *Hæres*, significat omnem successorem, & longè differt à *filio*, sicut & diuersitas nominis indicat. l. Si idem, C. de Codicillis.

Responsum est superius, verbum, *hæres*, propriè sumptum, & in alia materia quàm feudali non restringi ad filium, & à filio differre; sed in materia feudali pro filio accipiendum esse: & ideo frustrà natura verbis & iuris communis regulæ adferuntur ea in re, in qua specialem ex iuribus feudalibus interpretationem habemus longè diuersam.

CAPVT IIII.

Quæ sit interpretatio adhibenda in concessione feudi, alicui & hæredibus facta.

D
Licet ex his quę dicta sunt in præcedenti capite, facilè intelligi possit, quæ sit interpretatio adhibenda, cùm feudum conceditur alicui & hæredibus; iuuat tamen id sigillatim in disceptationem vocare, atque ex diuersis doctorum sententijs, quid statuendum sit, diligenter expendere.

Tres sunt doctorū interpretationes, ac sententiæ de hac re. Prima, concessionem feudi, de qua loquimur, ita esse accipiēdam, vt feudum dicatur res hęreditaria esse, & in eo hæreditario iure succedatur. Secunda, vt ex hac cōcessione, ad liberos tantū ac descēdentes feudū pertineat, ita tamen, vt sint hæredes, alio autem respectu non censeatur res hęreditaria. Si non fuerunt hęredes illius, cui facta est concessio, ad feudum uocatos non videri. Tertia, sensum huius feudalis concessionis eundem esse ac si liberis & descendentibus concessio facta esset.

Prioris sententiæ authores sunt Iacobus Beluisius in cap. 1. an agnatus vel filius, & in cap 1. de eo qui sibi & hæredibus masculis, Andreas Isernia in c. 1. an agnatus

A vel filius, & in cap. 1. § Huc quoque, de successio. feudi. Afflict. in d c. 1. an agnat. vel filius, & in d. §. Hoc quoque, num. 71 Pręposititus in c. Imperialem, col. 7. de proh. feudi alien per Frideric. Alexander in l. quædam. §. Nihil interest, col. 2. vers. Consideta tamen. ff. de Eden. & in consi. 13. nu. 9. & in consi 17 nu. 10. & in consi. 19. per totum ferè, & in consi. 18. nu. 19. lib. 5. Ias. ad l. 2. nu 213. vers. Et quamuis. Baldus. C. de iure emphyt. Curt. iunior de Feudis, in 4. parte, quæst pen. num 132 & in consi. 1. nu 13. Io. Campegius inter consi. Bruni consi. 11. nu. 8. 9. Loffredus consi. 1. nu. 30 46. 52. 59. & 132. Parisius consi. 1. nu. 5. 6. 7. 8. lib. 1. & consi 16. nu 44 & consi. 23. nu. 192. eod lib. Riminald sen. cõsi. 305. nu. 17. lib 2 Gratus cõsi. 4. nu. 45. lib. 1. Ioachimus Camerarius ad c Imperialé §. Præterea ducatus, de prohib. feudi alien per Frider. alios citat Pistoris quæstionum iuris lib. 1. cap. 1. nu. 57.

Fundamentũ huius sententiæ est, in verbo illo, hęres, quod absque dubio significat successorem in vniuersũ ius defuncti. l. Hęres in omne ff. de acquir. hęred. l. B Hęreditas, de reg iur. l. Nihil aliud. ff. de verb sig. Cùm igitur in feudis in primis obseruãdus sit tenor concessionis & inuestituræ, vt uocant, & quidem posthabita natura successionis, ex regulis feudorum, c. 1. de feudo nõ habente propriam naturam feudi, c. 1. de duob fratrib à cap. inuestien. sequitur dicendum, in concessione feudi, alicui & hæredibus facta, interpretationem istam esse adhibendam, ut feudum efficiatur hæreditarium; & tanquã res hæreditaria considerari & iudicari debeat.

Secundæ autem interpretationis ac sententiæ authores fuere Baldus in c. 1. de eo qui sibi & hæred. masculis, & in c 1 an agnatus vel filius. Corneus consi. 309. col. 4. lib. 1. Decius in consi 180. nu. 5 & 78. nu. 5. & consil. 208. Parisius consi. 23 nu. 175. & 187. lib. 1. & consi. 65. nu. 10. lib. 3. Marianus Soc. cons. 80. nu. 17. 18. & cons. 112. nu. 10. & 14. lib 2. & consi 72. nu. 31. lib. 1. & cons. 42. nu. 7. lib. 3. C Hippolytus Riminal. in cõs. 18. nu. 60. li. 1. vbi alios citat.

Fundamentũ est, in verbo *Hæres*, & licet intelligatur de filijs masculis, tamen pater censetur eis stipulatus, nõ tanquam filijs, sed tanquam hæredibus tum quia regulariter stipulatur vnusquisque sibi, suisq; hæredibus l. Si pactum. ff de probation. l. Veteris. C. de contrah. & committen. stipul tum quia id importat ipsum verbũ, *Hęres*, vt scilicet filius quidem intelligatur, sed hæres tamẽ esse debeat, alioquin si nõ deberet hęres esse, repudiare posset patris hæreditatem, feudo retento, quod est contra textum in c 1. An agnatus uel filius. Similiter & emphyteusis transit ad filios hæredes tamen patris, §. Emphyteusim, in Autb. De non alienan. reb. eccles.

Tertiæ opinionis authores sunt Paulus Castr. in l. Ex facto §. vlt. circa finé ff. ad Treb. Ias. in l. Si non sorté, §. Libertus, circa finé, ff. de cõd. indeb. Bossius tit. de Princip. nu. 306. Hippolytus Riminald. cons 18. num. 58. lib 1. Decius consi. 78. & consi. 395. Soc. iun. in consi. 42. n. 4. lib 3. Andreas Geyll, lib. 2. obseru 154. nu. 21.

D Fundamentum est illud, quod in præcedenti capite diximus, nempe verbum, *Hęres*, in feudis significare filium & descendentem, atque adeò hæredem sanguinis. c. 1. § Et si clientulus, de alien. feudi, cum alijs suprà in capite pręcedenti allegatis. Ergo interpretatio hęc idonea erit, & alijs pręferenda, quæ sumuntur ex iuribus feudalibus, vt nimirum concessio hæredibus facta patre stipulante, pro filijs accipienda sit.

Ego hanc postremam sententiam amplector, & verissimam esse non dubito, quia nititur firmissimo fundamento, cui sanè responsum adferri nullum potest Nam, si quis dixerit, textus feudales loqui, quando feudum datur alicui, & filijs masculis. Hæc certè non est idonea responsio, quoniam etiamsi dictum sit de hæredibus simpliciter, tamẽ intelligitur de masculis, cap. 1. §. Similiter, vers. Profectò, de lege Corradi. Vnde ita argumẽtari possumus. Concessio feudi hęredibus facta, intelligitur de hæredibus masculis Sed hæredes masculi intelliguntur A filij, ut probant textus feudales, Ergo Cõcessio feudi hæredibus facta, intelligitur de filijs masculis. Hoc fundamentum mihi firmissimum videtur. Contrà, prioris sententiæ fundamentum prorsus infirmum, quia ut maximè verum sit, verbum, *Hęres*, id propriè significare, tamen debet intelligi secundùm materiam subiectã: Materia antem subiecta feudi hoc vult, vt de filio intelligatur. Sicut in præcedenti capite latiùs deduxi.

Fundamentum portò secundæ opinionis eadem ratione corruit: Et licet stipulatio ad hęredes referẽda sit, tamen in hac specie nostra cautum est, qui veniant sub nomine & appellatione hæredum, nimirum filij masculi: Ideo res est perspicua, neq; opus est cõiecturis. Quod verò infertur, si nõ requireretur, ut filij hęredes existãt, eos feudum repudiate posse retẽta patris hęreditate, nõ rectè infertur; quia dum sic interpretamur feudi concessionem hæredibus factam, vt de filijs masculis intelligatur, hoc volumus, ut feudum obtinere possint, licet hęre B des patris non sint, quia scilicet esse nõ possint hæredes, vel quia ipsi capaces non sint hæreditatis, vel quia nihil sit in hęreditate, puta si parens nil reliquerit aliud pręter feudum, vel si eius bona confiscata sint, aut similes ob causas. Vtrum autem, si hæredes esse possint, liceat eis hæreditatem patris repudiare, & feudũ retinere, est alia longè diuersa quæstio, quæ proponi potest, etiam in alijs terminis, nempe; etiamsi feudum sit concessum alicui & liberis, vel simpliciter concessum sit, quam in sequenti capite latiùs examinabimus.

CAPVT V.

Quo modo accipiendum, quod dicitur in c. 1. An Agnatus vel filius, filium non posse patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere.

C EXtat feudalis constitutio in hæc verba: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem vniuersa hæreditas pertinet, repudiata hęreditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debita hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus cõsiderabitur. Vbi vero filium reliquit, ipse non potest hęreditatem sine beneficio repudiare; sed aut vtrumque retineat, aut vtrũque repudiet. &c.*

Insignis controuersia est, quomodo hæc regula sit accipienda. Quatuor enim existunt Doctorum sententiæ. Vna, accipiendam esse de feudo, quod vocatur hæreditarium, cùm scilicet concessum est alicui & hæredib. eius. Altera, accipiendam esse de feudo, quod vocant Doctores ex pacto & prouidentia, veluti cùm alicui feudũ datur, & liberis eius siue descendentibus. Tertia intelligẽdam esse, cùm quis feudum simpliciter accipit, nulla D facta filiorum, vel hæredum mentione. Quarta, accipiendam esse tam de feudo pro hæredibus concesso, quàm pro filijs, siue descendentibus.

Prioris sententiæ Anthores sunt, Baldus, Martinus Laudensis, & Aluarotus in commentarijs eiusdem loci, Iacopinus à S. Georgio in Inuestitura feudali. in verbo, *Et ipsi inuestiet*. nu. 2. Zasius i Epitome feudor. par. 8. tit. de success. feudor. 4. conclu. Salic. in l. 2. C. de libertis & eorum liberis. Imola in c. Ex pat. col. 7. vers. 2. casu, de feudis. Paulus Castrensis in l. pro hærede. §. Si quis tamen. ff. de acquir. hæred. Iason in l. Quod dicitur, nu. 34 ff de verb. oblig. Pinellus ad l. 1. par. 3. num 85. C. de bon. mater. Clarus in §. Feudum, quæst. 76. Corneus consil. 309. lib 1. Curtius sen. consi 82 col. 3. Albertus Brunus cons. 80. nu 15. Decius cõsi. 455. nu. 51. Ruinus consil. 17. nu. 4. lib. 1. Parisius consi. 5. nu. 3. lib. 2. Alciatus cons. 189. nu. 1. Marianus Socinus iunior consi. 72. nu. 29. lib. 1. Rolandus a Valle cons. 28. lib. 4. cõs. 79. nu. 39. lib. 1. & 67. nu. 23. lib. 2.

lib. 2. alios citat Cacheranus deciſ. 161. Mynſingerus A Cent. 3. obſerv. 67. Andreas Geyll. lib. 2. obſerv. 154.

Fundamentum eſt, quia feudum hæreditarium, nēpe alicui, & hæredibus eius datum, uidetur ſortiri naturam hæreditatis: ſicut ergo nemo poteſt partē hęreditatis adire, & partē repudiare, l. 1. & 2. ff. de acq. hær. ita nō poteſt hęreditatē repudiare, & feudū retinere, quaſi feudum ſit pars hæreditatis. Et quãuis rō iſta locū habeat tam in filio, quàm etiā in agnato, tamen in agnato aliter eſt cōſtitutum; quia cùm agitur de feudo paterno, agnatus hęres extitit ſaltem primi acquirētis, & hoc ſufficere videtur.

Secūdæ opinionis Authores ſunt perſpicuè Andreas de Iſernia in commentarijs eiuſdem loci, Afflict. ibid. nu. 1. Couar. lib. 2. variar reſol. c. 18. nu. 4. verſ. Secūdum in hac quęſtione Aretinus in l. Pro hęrede § Quęſitū. ff. de acq. hæred. & in cōſ. 14. in ſecundo dubio. Alex. conſ. 19. lib. 5. Loffredus cōſi. 1. nu. 52. Antonius ab Alexādro inter conſilia Loffredi conſ. 52. nu. 53. Albertus Brunus conſi. 24. Ant. Rubeus conſi. 18. num. 3. Curt. iun. conſil. 138 nu. 18. & conſ. 155. multos alios allegat Hartmanus B Piſtoris, & ipſe eandem hanc ſentētiam ſecutus quæſtionum iuris, lib. 2. c. 2. nu. 6. cum pluribus ſequentibus.

Fundamentū eſt, quia in feudo hęreditario res eſt perſpicua, filiū nō poſſe retinere feudū, & patris hæreditatē repudiare; qa feudū eſt tūc hǽditatis pars. At in feudo ex pacto, & prouidētia opus fuit cōſtitutione illa, ne filij paterna hǽditate irreuerēter repudiata, feuda cōſequerent.

Tertiæ opinionis Authores ſunt multi, quos refert, & ſequitur Cacheranus d. deciſ. 162. nu. 9. Et fundamētum eſt illud, quia textus ſimpliciter loquitur de feudo, nullā faciens mentionem conceſſionis, vel pro hæredibus, vel pro liberis factæ; ergo videtur eſſe intelligendus eodem modo, id eſt, generaliter & indiſtinctè.

Quartæ opinionis Authores ſunt, Siluanus conſil. 30. Dom. meus Cephalus conſi. 224. Sonsbechius tract. feudorum, par. 9 num. 160 Fundamentum eſt, quia tex. ge- C neraliter, & indiſtinctè loquitur: & ideo uidetur accipiendus de omni feudo, ſiue pro hæredibus, ſiue pro liberis dato, & conceſſo.

Ego ſinè in hanc poſtremam ſententiam ſum procliuior, tertiam tamen etiam approbando: atque ita ſtatuo, vt ſiue feudum fuerit ſimpliciter conceſſum, ſiue pro liberis, ſiue pro hæredibus, locū habeat illa conſtitutio; & moueor eo argumēto, quia uerba textus nō diſtinguunt, ſed ſimpliciter, & generaliter loquūtur, & nulla eſt ratio quæ nos cogit reſtringere textum ad feudum cōceſſum pro hęredibus, uel conceſſum pro liberis, uel ſimpliciter conceſſum, nulla liberorum, uel hæredum facta mentione, quod ita perſpicuè demonſtro, & planū facio. Feudū ſimpliciter cōceſſum, procul dubio ad liberos tranſit maſculos cap. 1. de ſucceſſ. feudi. c. 1. § 1. de his qui feud. dare poſſ. Feudum conceſſum pro hęredibus ſimiliter ad liberos trāſit, quia verbum, *Hęres*, intelligitur de filio maſculo, vt in cap. 1. § Et ſi cliētulus, de alienat. feudi, & ſuprà D dictum eſt latiùs in c. 3. Feudum conceſſum pro liberis, ſimiliter ad liberos trāſit. Ergo quantum ad hoc, ut liberi maſculi ſuccedant in feudo, nullum eſt diſcrimē, ſiue concedatur ſimpliciter, ſiue pro liberis, ſiue pro hæredibus: quia ſemper liberi ſuccedunt, & ad liberos trāſit, & pro liberis quoq; videtur cōceſſum. Hoc cùm ita ſit, nulla ratio ſuppetit, cur textū, quem in manibus habemus, ad vnā ex dictis conceſſionibus reſtringamus: quia una conceſſio trahit ad ſe alteram: Et non poteſt in vno caſu locum habere, quin & in altero locum habeat, ut patet.

Cur autē filio non liceat hoc modo paternum feudū retinere, & hæreditatem repudiare, agnatis verò liceat, non facilè cauſſa inueniri poteſt. Duarenus in Conſuet. Feud. c. 11. nu. 9 cauſſam adſcribit pietati, quam filius parenti debet; quaſi inhumanum, & iniuriæ plenum ſit, repudiare eius hæreditatem: Alij alias adferunt cauſſas. Mihi probatur, quòd Iacob. Cuiacius ſcribit eo in loco: *Agnatus in feudo tantùm genearchico ſuccedit, nō in feudo* A *nouo: & ideo non tam videtur id à defuncto accipere, quàm à communi parente, puta auo, vel proauo, qui id primus adquiſiuit, vt ſi feudū adquiſierit auus meus, et ab eo in patrē meū trāſierit à patre autē obuenerit mihi; me mortuo ſine liberis, in id ſuccedet patruus meus, quaſi in feudum patris ſui, non quaſi in feudum meū: et ideo repudiata hæreditate mea poterit feudū, quaſi patris ſui feudum retinere, & debitis oneribuſue hæreditatis meæ non obligabitur. Quin et ipſe teſtamento non potero, in fraudem patrui mei illud feudū in alium conferre Filius autem ſuccedit patri, non tantùm in Genearchico feudo, ſed etiam in nouo, & genearchicum, puta quod deſcendit ab auo, etiam capere videtur à patre ſuo, non ab auo, cùm in eius ſucceſſione patruo ſuo præferatur, qui tamen erat proximior auo Qua de cauſa nō aliter admittitur in feudum auitum, quàm quaſi hæres patris, et ideo ſeparare bona non poteſt. Hæreditas enim ſcindi nō poteſt Repudiata igitur hæreditate, non poterit feudum retinere, niſi conſentientibus agnatis, &c.* Hactenus Cuiac.

B

CAPVT VI.

Feudum conceſſum pro hæredibus quibuſcunque, an extendatur ad extraneos hæredes, & fœminas.

Feudum pro hæredibus quibuſcunq; conceſſum, reſtringendum eſſe ad liberos maſculos, & deſcendentes legitimos, non autem ad extraneos extendi poſſe, docuerunt Bald. in cap. 1. §. Donare, qualiter olim feud. poterat aliena. & ibidem Martinus Laudenſis, & Præpoſitus Iacopinus à S. Georgio in inueſtitura feudali. in uerbo *Quibuſcunque*. Zaſius in Epitome feud. par. 8. nu. 62. Aret. & Socin. in l. Gallus §. Etiamſi parente. ff. C de lib. & poſthum. Alex. in conſ. 30. nu. 2. lib. 1. Decius in conſ. 171. nu. 5. 6. & 193. nu. 5. & 208. nu. 2. Corneus conſil. 199. col. vlt. lib. 2. Rubeus conſi. 110. nu. 9. Barbatia conſil. 63. num. 2. lib. 1. Gozadinus conſil 26 nu. 33.

Fundamentum eſt, quia uerba quãtumuis generalia, dabent intelligi ſecundum materiam ſubiectam, & ad habiles reſtringi, argum. l. 2. §. Prætor ait. 2. in uerſ. qualiſcunque, iuncta Gloſ. in uer. facultatem. ff. qui ſatiſd. cogan. l. Tutor. §. Prodigus. ff. de iureiu. In c 1. §. vlt. de iureiu. in 6 l. Etſi inſtrumenta, in verb. *Quibuſcunque*, & ibi Gloſ. patuà, quæ dicit, *ſcilicet idoneis*, C de fide inſtrum. l. vt gradatim. § 1. ff. de munerib. & hon.

Sed contrarium docuerunt Baldus, ſibi non conſtans in l. 1. q. 34. ff. de rer. diui. Alex. in l. Si patroni, col. pen. ff. ad Treb. & in l. Gallus. §. Etiam ſi parente. ff de lib. & poſth. & in conſ. 7. nu. 6 lib. 7. Iaſ. in pręludijs feudorum, nu. 49. & in l. 1. §. Nunciato, nu 6. ff. de ope. no. nunciat. D Clarus §. Feudū q. 9. ver. Hoc pręmiſſo dic. Andr. Geyl. lib. 2. obſeru. 154. nu. 9. alios citat Piſtorius quæſtionum iuris lib. 2. cap. 1. nu. 39.

Fundamētum eſt in ipſa verborum generalitate, quæ abſque omni dubitatione vi ſua, & propria natura, & ſignificatione omnes hæredes comprehēdit. Nec obſtat, quod reſponderi ſolet, reſtringēdam eſſe generalitatem ad ſubiectam materiam, & uerba generalia reſtringenda eſſe ad habiles, & idoneos, atque ideò ciuiliter accipienda: quia id habere locum poteſt, quoties generalia verba à lege proferuntur: tunc enim, ne leges legibus aduerſentur, fit illa interpretatio: ſecus autem, quoties ab homine proferuntur; quia nihil impedit quo minus generaliter accipiantur.

Ego poſteriorem hanc ſententiā amplector. Eſt enim magis communis, & magis conformis verbis contrahētium; Et animaduertendum eſſe puto, id quod dicitur, generalia verba reſtringēda eſſe ad habiles & idoneos, ad rem propoſitā non pertinere; quia fœminæ & hæredes extranei, ſunt quidem regulariter incapaces feudo-

rum, quia feuda ad masculos, & legitimos hæredes transeunt; sed non tamen prohibentur capere feuda, quoties eis ex tenore inuestituræ, & concessionis deferuntur, ut patet ex tit. de feudo non habente propriam naturā feudi, & alijs locis. Igitur iam sola incidit dubitatio, an concedens feudum pro hæredibus quibuscunque, uoluerit etiam ad fœminas, & ad extraneos feudum ipsum transire. Et in hac quæstione voluntatis, nulla maior est coniectura, quàm quæ ex uerbis deducitur. Siquidem uerba indicant animum loquentis. l. Labeo. ff. de suppellecti. legata, *& sunt eorum, quæ sunt in anima affectuum nota*, ut dicebat Arist. lib. 1. Periermenias, c. 1. Hæc aūt verba secundū propriā significationem omnem denotāt hæredem, tam masculum, quàm fœminam, tam legitimum, q̃ extraneum. Ergo non aliter a verbis erit recedendum, q̃ si de contraria uoluntate cōstiterit. l. Nō aliter. de leg. 3.

CAPVT VII.

Quomodo accipienda sit feudalis concessio, pro hæredibus masculis facta.

Controuertitur præterea, cuiusmodi sit interpretatio adhibenda, ubi concessio & inuestitura feudalis cōcepta est pro hæredibus masculis: in qua quidem controuersia quid statuendum sit, facilè ex ijs, quæ dicta sunt in c. 3. & 4. cognosci potest. Iuuat tamen, quia separatim id disputari solet, eidem caput tribuere separatum. Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna, feudū ita concessum, hæreditarium esse. Altera, ex pacto & prouidentia esse, hoc est, videri liberis concessum. Tertia, esse mixtum, hoc est, partim hæreditarium, partim ex pacto, & prouidentia, & consequenter duo hęc requirere, vt. s. quis filius sit, & simul etiam hæres.

Prioris sententiæ Authores sunt, Andr. Isern. in c. 1. §. Etsi libellus. vers. Et quid si acquisiuit, de alien. feud. pater. Sigismundus Loffredus latè in cons. 1. nu. 26. cū multis sequent. Alciatus in consil. 180. 183. 160. & 178. nu. 3. Couuar. lib. 2. c. 18. Zasius par. 8. n. 6. in Epitome feudor. Bursatus alios citās in cons. 49. nu. 41. 89. nu. 33. & 38. & cons. 148. nu. 10. 11. & cons. 151. nu. 44. subdens his secundum hanc sententiam fuisse iudicatum, sic & consilium Neapolitanum sæpe iudicasse Vrsillus testatur ad Afflictū, decis. 140. nu. 248. Hartmanus Pistoris multos alios Doctores adducens, quæstionum iuris, lib. 2. c. 3. nu. 17.

Fundamentū est in verbo *Hæres*, quod significat omnem successorem. l. Hæredis appellatione. ff. de verbor. signific. & l. sciendum, ff. eod. Ergo hæredes, & successores censentur uocati; & consequenter feudum est hæreditarium, atq; huc pertinent generalia quædam pronunciata: *Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio, &c. Verba sunt propriè, & in potētiori significatione intelligēda, &c. Vnumquodq; verbum ita accipiendum, ne frustrà videatur adiectum, &c.* Et id genus alia multa, quæ notissima sunt.

Quod si quis objiciat, verbum *Hæres*, in feudo accipi pro filio masculo, cap. 1. §. Etsi clientulus. de alien. feudi, & in alijs locis, respondent duobus modis. Primò, id locum habere, quando verbum illud *Hæres* ponitur in cōditione, sicut loquitur tex. in d. §. Etsi clientulus. Nā cùm hæc conditio ponitur, vt si vasallus sine hærede masculo decesserit, feudum reuertatur ad dominum, illa uerba, *sine hærede*, meritò de filio intelliguntur, quia, si de omni hærede accipiantur, conditio illa nunquam existeret. Nunquam enim aliquis decedit sine aliquo hærede, quia fiscus hæres est, nullo alio existente.

Secundò respondent, dato quod verbū *hęres*, in feudo sic esset accipiendum, nimirum de filio, hoc tamen etiam requiretur, ut filius sit hæres, ne frustrà illud uerbum *Hæres*, adiectum videatur. Hoc enim vult tex. in d. §. Etsi clientulus, uerbum *Hæres*, in feudo significare filium masculum, ad differēnam fœminę, non tamen ne-

A gat hęredem filium esse oportere. Et ideo constituendū est discrimen, vtrum quis feudum acquirat *filijs* vel *hæredibus*, nam priore casu illud acquirit filijs, vt filijs, posteriore autem, vt hæredibus.

Secundæ autem sententiæ Authores sunt primus omnium Raynerius ciuis meus, in disputatione, incipiente, quidam habebat duos, prout eum refert Baldus in l. Caius. ff. sol. matr. Franciscus Cremensis sing. 15. Alex. ad l. Gallus. §. Etiamsi parente, col. 2. ff. de lib. & posth. & in consi. 105. nu. 7. & 124. lib. 4. Iason in d. §. Etiamsi parente, nu. 22. & in cons. 7. lib. 3. Decius in consi. 185. num. 3. 395. & 445. n. 8. 9. Afflictus in c. v. nu. 11. an agnatus, vel filius. Socin. iun. cōs. 72. nu. 25. lib. 1. & 112. nu. 7. 8 lib. 2. Natta cons. 127. Rubeus cons. 85. Gozadin. cons. 26. Crauetta cons. 197. Bellonus cons. 33. nu. 2. Roland. a Valle cons. 67. num. 22. lib. 1. Berous cons. 68. 69. lib. 1. Pinellus ad l. 1. in 3. par nu. 88. & nu. 94 C. de bonis mater. Mysingerus Cent. .obseruat. 2. ubi dicit: *Iudicium Imperialis Cameræ hanc sententiam solitum amplecti*.

B Fundamentum est in cap. 1 §. Etsi clientulus. de alien. feudi, & in alijs locis, quibus probatur uerbū *Hæres masculus*, in feudo accipi pro filio, ea loca recēsui suprà, c. 3. Ergo verba cōcessionis, & inuestituræ *pro hæredibus masculis*, ad eundem hunc sensum referenda sunt, quandoquidem est sensus legitimus, & iure feudali receptus.

Tertię opinionis Authores sunt multi, quos refert & sequitur Iulius Clarus. §. Feudum. q. 9. vers. quādoque & tertio. Fundamentum uerò est præclarum, quia illa uerba, *pro hæredibus masculis*, duo significare uidētur, nimirum *filios*, & simul etiam hęredes. Quatenus filios significant, videtur feudum ex pacto, & prouidentia, quatenus hæredes significant, videtur hæreditarium esse.

Mihi diligenter hanc rem contemplanti, hoc vr̄ iuri & rationi consentaneum, vt siquidem sit quæstio, an feudum, quo de agitur, sit ex pacto, & prouidentia, quantū ad hunc effectum, ut ad illud admitti filius possit, etiam hæreditate patris repudiata, nullo modo id concedendū

C sit, quia filius nō potest repudiare patris hęreditatem, & feudum retinere, ut in c. 1. an agnatus uel filius. de quo suprà, cap. 5. disputatum est. Et scio multos ex his, qui uoluerunt feudum, de quo agitur, ex pacto, & prouidentia esse, in cōsequentiam quoque uoluisse, filium repudiare hoc in casu patris hæreditatem posse, & feudum retinere; non rectè mea quidem sententia, ut dixi in d. cap. 5.

Cæterū, si controuersia sit, an istud feudum sit ex pacto & prouidētia, extra dictum effectum, atque in hunc sensum, ut quæ sit natura eius intelligatur, existimo sententiam Raynerij ciuis mei, veriorem ac probabiliorem esse, eo argumento, quod iam sępius inculcaui, quod uerbum *hæres masculus*, in feudo accipitur pro filio masculo, ut in d. c. 1. §. Etsi clientulus. de alien. feudi.

Non obstant responsiones allatæ. Nam quod primo loco dicitur, id non esse ex natura feudi, sed propter conditionem, sub qua illa uerba ponuntur, id inquam, nullo modo placere potest: quia uerba textus repugnant. Ait

D enim textus: *quod verbum ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo*. Ex quo patet id ex feudi natura, non autem ex vi conditionis adiectæ procedere. Alioqui dicere textus debuisset, quod uerbum in conditione positum, masculum filium significat.

Quod uerò secundo loco dicebatur, verbum *Hæres*, intelligi quidem de filio, sed tamen sub ista qualitate, qd̄ sit hęres, non videtur mihi satis firmum; quia hoc textus vult, verbum *Hæres*, in feudo filium significare; quod autem filius hęres esse debeat, non dicit. Nec nostrum est conijcere, quod textus id tacitè supponat, quia nulla ad id dicendum necessitas nos cogit. Trāsit enim feudum ad filios, & ij legitimi dicuntur successores, quæ ca usa est, cur verbum hęres de filio sit accipiendum; quia videlicet filius in feudo succedit, atq; adeo hęres dici potest, Et quia plerunque filij hæredes esse parētum solent. Qd̄ si verbum illud hęres denotaret filiū hæredem, ita ut to

posset

poſſet in feudo ſuccedere, niſi hæres eſſet patris defuncti, ſcilicet quoad reliquam hæreditatem, potuiſſet id facilè author in textibus feudorum exprimere ac declarare. Quod tamen nullibi expreſſum eſt Maneat igitur hæc ſententia, vt mihi videtur, iuri magis conſentanea & rationi.

CAPVT VIII.

Poſſintne pater alienare feudum nouum in præiudicium liberorum.

VTrum pater feudum uni ex liberis prælegare poſſit, (quæ grauis eſt controuerſia) explicaui lib. 6. cap. 62. in 2. par. Controuerſiarum iuris, omiſique Menochium in conſil. 162. lib. 2. & Piſtorium lib. 2. quæſt. iuris, cap. 4. Nunc diligenter tractanda alia controuerſia eſt, non procul tamen ab ea diſtans, vtrum pater, cum conſenſu domini, inter viuos alienare poſſit feudum nouū in præiudicium liberorum ſuorum, ad quos poſt eius mortem peruenire debet: Affirmant Andreas Iſernia in cap. 1. §. Et ſi libellus, de alien. feudi pater. nu. 9 & 10 Afflictus in c. Imperialem, in princ. nu. 75. de prohib. feudi alienation. per Fridericum decif. 112 num. 6 & decif. 138 nu. 5 & decif. 248 nu. 1 Loffredus conſi. 1. nu. 163. & in conſil. 8. nu. 23. & in conſi. 52. nu. 1. Zaſius in Epitome par. 9. num. 30. Clarus §. Feudum, quæſt. 41. uerſic Et hæc quidem, circa finem. Pinellus ad l. 1. in 3. par. nu. 98. C. de bonis mater. Alciatus in conſ. 160. num. 25. Dominus meus Cephalus in conſil. 12. num. 16. & 486. nu. 35. & 608. nu. 33. lib. 4. Natta conſil. 475 lib. 2. & 501. lib. 3. & 644. nu. 4. lib. 4. Piſtorius multos alios adducens lib. 2. quæſtionum iuris, cap 4. nu. 23.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia nihil eſt tam conueniens naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi, vt ait Iuriſconſ. in l. Qua ratione. §. Hæc quoque. ff. de acqu. rer. dom. neque interdicenda eſt ingenuis hominibus libera rerum ſuarum adminiſtratio. l. 2. ff. Si a parente quis fuerit manu. Ergo pater feudum acquiſitum, tanquam ſuū effectū, alienare accedente domini cōſenſu poterit.

Secundū, quia iura feudalia ſtatuentia feudi alienationem ſucceſſoribus non præiudicare, loquuntur de feudo paterno, ſiue antiquo, vt in cap. 1. de alien. feudi pater. & alibi, ex quo Iudicari videtur, in feudo nouo aliter eſſe reſpondendum, ſcilicet alienationem permiſſam videri.

Tertium argumentum. Omnes res per eas cauſas reſoluuntur per quas naſcuntur. §. vlt. in Inſtit. quib. mod. toll. oblig. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. Ergo is, qui feudum acquiſiuit, cum conſenſu domini ſui, a quo feudū habuit, poteſt feudum ipſum alienare, & de eo diſponere pro ſuo arbitrio & voluntate, quia feudum ex ipſo productum fuit & requiſitum.

Quartum argumentum. Feudum datum alicui & filijs, intelligitur datum & conceſſum ordine ſucceſſiuo, vt ſcilicet primo pater illud cōſequatur, & poſt mortem patris liberi: Et conſequenter pater ſic feudum acquirens, videtur quodammodo illud filijs, mortis cauſa donare. Donatio autem mortis cauſa reuocari poteſt ex pœnitentia donatoris Igitur pater alienando ipſum feudū, & illud in alios transferendo, videtur donationem cauſa mortis reuocare, atque adeò prioris voluntatis pœnitere, quod ei licet.

Quintum. Ius in ſpe quæſitum alteri facto & opera alterius auferri poteſt ex facto eiuſdem, qui fuit cauſa, vt acquireretur, argum. l. 3. ff. de ſeruis export. & l. 1. C. ſi mancipium ita fuerit alien. Ergo pater qui fuit cauſa, vt filijs feudum in ſpe acquiratur, poſt mortem eius, poterit viuens illud filijs ſuis auferre, & alienare feudum in eorum præiudicium.

Sextum argumentū ſumitur ex eo, qd de operis liberorū cōſtitutū eſt; vt pater qui operas ſibi & filijs ſtipulatur, poſſit eas vni ex filijs aſſignare. l. 1. ff. de aſſig. liberto.

A Septimum ex eo ſumitur, quòd cùm pater ſibi ac liberis ſuis feudum ſtipulatur, videtur filijs donare: & hæc donatio profectitia reuocari poteſt à patre, tam ex preſſè quàm tacitè. l. 2. C. de Inoffic. dona. l. Filiæ. C. fam. herciſc. Videtur autem tacitè reuocare alienando feudum, ut patet.

Octauum argumentum eſt, quia pater delinquendo, filijs ſuis in feudo præiudicat, cap. Si uaſallus, ſi de feudo fuerit controuerſ. c. 1. Si uaſallus feudo priuetur. Ergo etiam contrahendo, & alienando præiudicare poterit, argumento ſumpto ex delictis ad Contractus, de quo per Euerardum in locis legalibus.

Nonum eſt, quia feudum videtur potius principaliter conceſſum patris contemplatione, quàm filiorum, ergo ille tanquam principalis dominus poterit illud alienare in præiudicium filiorum.

Decimum ſumi poteſt ex l. Ea quę a patre. C. de reſtit. milit ubi dicitur, non decere, ea quæ a patre geruntur, in irritum a filijs reuocari.

B Vndecimum, quia hæres tenetur præſtare factum defuncti, l. Ex qua perſona, de reg. iur. l. Cùm à matre. C. de rei uend. Filius autem uidetur eſſe patris hæres in feudis, & ideo plerunque filius appellatur hæres, ut in c. 1. §. Hoc quoque, de ſucceſ. feudi. cap. 1. §. Et ſi clientulus, de alien. feud c. 1. §. Si verò vel totum, qualiter olim feudū pote. alien. cap. 1. §. His verò, de gradib. ſucceden. in feu. c. 1. de lege Corradi, & alibi.

Duodecimū argumētum eſt, quia nunquā in iure feudali fit mentio filij reuocantis alienationem feudi a patre factam, ſed ſemper fit mentio agnati, cap. 1. de alien. feud. pater c. 1. §. E contrario, de inueſtit. de re alien. fa. c. 1. §. Sed etiam res, per quos fiat inueſt. & alibi. Ex quo argumentum ſumi poteſt, filium reuocare non poſſe eiuſmodi alienationem, ſed agnatum duntaxat.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt multi, vt videre licet ex Siluano in conſ. 15 nu 40. Alex. in conſ. 106. lib. 4. Soc. iun. in conſi. 103. nu. 30. lib. 2. & hanc tuentur Duarenus in conſuet feud. cap. 12. num. 17. & Sonsbecius in
C tract. feudali. pat. 13. nu. 100. verſ. Tertia concluſio erit, alios commemorat Piſtorius loco proximè citato, nu. 6. quorum tamen multi ſpecialiter loquuntur de legato, quod videlicet pater vni ex filijs pręlegare feudū poſſit: & ad hoc confirmandum pertinent quoq; nonnulla ex argumentis a Piſtorio relatis.

Fundamentum eſt, primò in c. 1. §. Et ſi clientulus, de alien. feudi, in c. 1. verſ. Si autē diſſentiente, qualiter olim feudum poterat alien. in c. 1. §. Rurſus, quib. mod. feud. amitta. in c. 1. §. Si aliquis, apud quem vel quos. cap. 1. §. Præterea, quib. mod. feud. amitta. In iſtis locis hoc probatur: ſi uaſallus feudi partem alienauerit, abſq; domini conſenſu, & mortuus fuerit abſque hæredibus maſculis, feudum ad dominum reuerti. Ex hoc autem argumētū ſumitur, filijs maſculis exiſtentibus, feudum non ad dominum, ſed ad filios pertinere; conſequenter probatur, alienari feudum non poſſe in præiudicium filiorū, quin
D ij vendicare illud poſſunt, atq; alienationem ad irritum perducere: Et licet poſtea prohibita fuerit alienatio feudi, abſq; conſenſu domini, ut in c. Imperialē, de prohib. feudi alien. per Frider. tamen in cęteris ius antiquum in correctum manſit: ex quo filijs datur poteſtas feudum vendicandi alienatione reſciſſa.

Secundò, fundamentum eſt, quia ſi pater filijs ſtipulatus ſit feudum, illud acquiritur filio, licet hæres patris non ſit. l. Quodcunque. §. Si quis ita. ff. de verb oblig Ergo pater non poteſt illud ius eis auferre, argum. l. Si cùm dotem §. Si pater. §. Eo autem tempore ff ſol. matrim. Id quod noſtrum, de reg. iur. l. vlt ff de pactis. l. Vero procuratoris verſ Alia eſt cauſa ff. de ſolut. ibi: *Quia certam conditionem habuit ſtipulatio, quam mutare non potuit ſtipulator.* l. Aliud eod. tit. l. Si poſt mortem. §. ult. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.

Ad iſtam controuerſiam dirimēdam non deſunt, qui

distinguendum putauerint inter feuda hæreditaria, & ex pacto & prouidentia, vt patet ex Pistorio, loco proximè citato. nu. 43. Sed illa distinctione valere iussa, aduersus quam suprà cap 3. nominatim disputatum est, magis mihi probatur eorum sententia, qui putant licere patri feudum alienare, in præiudicium etiam filiorum. Et moueor potissimùm hoc argumento, quia filij plerunque sunt hæredes patris, vt notũ est, & cõsequenter factum eius impugnare nõ possunt. l. Cũ à matre. C. de rei vend. l. Ex qua persona. de reg. iuris. Et in feudis vsque adeò hæredes patri filios existere perspicuũ est, vt hæredis appellatio ipsos filios masculos duntaxat complectatur, c. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. & alibi. Nec possint filij patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere, ut in cap 1. An agnatus vel filius. Sed & abstrahendo hanc disputationem ab ea hypothesi, in qua filius hęres est, existimo nihilominus idem respondendum esse; quia cùm pater stipulatur, & acquirit sibi feudum, & liberis suis, ita prius ac principaliter sibi illud stipulari, & acquirere intelligitur, vt possit de eo pro suæ arbitrio voluntatis disponere, atque adeò illud alienare. Id cõfirmo hoc argumento. Nã quilibet non solùm sibi, etiam hæredibus suis stipulari intelligitur. l. Veteres. C. de contrah. & cõmit. stipul. l. Si pactum. ff. de probat. Et tamen nemo dixerit patrem disponere non posse, alienare & vendere rem, quam sibi & suis hæredibus acquisiuit. Filij enim viuente patre nullũ ius habent. Eadem ratio est in hac stipulatione, per quam filij post mortem patris ad feudũ inuitantur; quia id non impedit patrem, quo minus de feudo sibi principaliter acquisito, com consensu domini disponere illud alienando possit: nisi à domino feudum æquè principaliter filijs donatum esset, fortè propter eorum merita, eorumque speciali contemplatione, tunc enim aliter esset respondendum.

Et ideo illud argumentum quod pro contraria sententia adfertur, non licere parentibus ius filiorum auferre, & illis pręiudicare, locũ habere potest in ea specie, qua filijs æquè principaliter feudum est concessum; & eorum ipsorum cõtemplatione & meritis. Cæterùm si patri principaliter concessum sit, & ipse stipulando etiam filijs suis (ut plerunque fit) cauere voluerit, aut pater feudum emerit, non præstat aliquod impedimentum alienationi patris inter viuos, ipsorum filiorum præiudiciũ, ac ius post patris mortem cõpetens; quia patris ius, quod est principale, illud absorbet, & extinguit.

Ad textus iuris feudalis allegatos, ad probãdum filios post mortem patris ius habere in feudo alienato, respondeo, id non dicere Non obstat si dicatur eos à contrario sensu hoc velle, quatenus scilicet dicunt, feudum ad dominum reuerti, si hæredes, id est, filij nõ extiterint, quia non rectè hoc infertur. Etsi enim feudum ad dominũ non reuertatur eo in casu, quo filij extant, non tamen efficitur, ipsos filios alienationem reuocare, & feudũ vindicare posse. Tunc enim dominum impediunt quidem, ne feudum consequatur, tanquam eo potiores, eique meritò præferendi, veruntamen ipsi feudum vendicare nõ possunt à patre alienatum. Simile exemplum est, cùm agnatus alienationi feudi consentit; tunc enim possessore defuncto feudum vendicare non potest. cap. 1. §. Præterea si ille. quib. mod. feud amittatur, sed domino tamen obstat, quo minus feudum consequatur vasallo defuncto Neque enim viuente agnato feudum domino aperitur. Ita igitur & in specie nostra, viuentibus filijs, domino feudum aperiri non potest, sed ea res non facit, vt filij vendicare feudum à parente alienatum possint.

A

CAPVT IX.

Quomodo accipiendum sit quod dicitur in cap. 1 § Titius. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. vasalli.

IN titulo, si de feudo defuncti controuers. sit inter dom. & agnatos vasalli, ita scriptum est: *Titius filios masculos non habens partem suam feudi, Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demùm Titio partem illius feudi nullo dato precio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, precio reddito etiam viuo Titio. Quod si consensit alienationi, uel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Magna profectò controuersia est de uera huius loci B interpretatione & sententia. Nullum me operęprecium facturum putaui, si huc adferrẽ omnes doctorum virorum interpretationes ac sententias, & confutatis alijs, eã confirmarem, quæ mihi probabilior videretur; nam Pistorius id egit accuratè. Ne tamen in tam graui disputatione studium desideremur meũ, breuiter & perspicuè, quæ mihi uideatur sententia huius loci aperiam, & mox causas indicabo, cur cæteras opiniones repudiauerim. Ordinem hanc in re, & lucem ex me lector habebit, ego ex alijs verum sensum mutuatus sum.

Sententia igitur huius loci facti specie proposita statim elucebit. Meuius feudum habens mortuus est duobus filijs relictis, Caio, & Seio: quorum alter, nempe Caius, feudum paternum cũ fratre diuisit: deinde mortuus est relictis duobus filijs, Sẽpronio & Titio, ad quos pars feudi auiti peruenit, quam scilicet Caius pater eorum ex diuisione accepit. Hæc pars feudi ex diuisione facta inter ipsos Titium & Sempronũ, Titio obuenit. Hic nul- G los habens liberos, eam cõcessit Seio agnato remotiori, possidenti aliam partem eiusdem feudi. Poterit Sempronius, qui est proximior agnatus Titij, (est enim frater eius) mortuo Titio, partem illius feudi recuperare etiã nullo precio dato. Quod si Titius filios proprios haberet, eo etiam adhuc viuente, precio reddito partem feudi prædictam recuperare potest, *nisi* alienationi à Titio factæ in remotiorem agnatum consenserit, vel per annum, ex quo alienationem factam sciuit, tacuerit.

Hæc igitur ita ordine sunt notanda. Primùm, agnatũ proximiorem reuocare posse feudum alienatũ mortuo agnato, qui illud alienauit, etiã nullo precio reddito. *Ratio est*, quia proximiori agnato ius competit in feudo, ex antiquis concessionibus; quòd per alienationem factam ei auferri nõ potuit. Quapropter precium non restituit, cum suo iure feudum vindicet, ad quod vocatus est ex antiquis inuestituris & concessionibus.

D Secundò notãdum, eundem agnatum proximiorem viuente agnato, qui alienauit feudum, illud recuperare posse restituto precio. Ratio est, quia iure prothimiseos siue retractus id facit, & ideo precium restituere debet. Ponitur autem casus quando Titius, qui alienauit feudum, filios habet, quia si filios non haberet, non est ueri simile proximiorem hunc agnatum feudum recuperaturum (licet possit) iure retractus, sed potius expectaturũ mortem Titij, qui alienauit, quo tempore nullo precio restituto fundum recuperare posset Et rursus ibi notandum est, agnatum proximiorem habere ius retractus, & redimendi feudum etiam existentibus filijs agnati, qui alienauit. Ex quo patet filios reuocare non posse alienationem à patre factam, feudum ipsum iure retractus redimendo, qua de re nominatim differetur infra, cap 20.

Tertiò notandũ, ius prothimiseos siue retractus agnato proximiori non competere, quoties alienationi factę consensit, vel si plus est annus intra quem tacuit, & feudum precio restituto recuperare neglexit. Iustum enim est,

est,& moribus consentaneum, ut certum aliquod tempus iuri prothimiseos constitutum sit.

Hęc interpretatio mihi certissima uidetur, uerbis textus consentanea, rationi conueniens, & nullam continens absurditatem, ideo eam amplector,& sequor.

Contrà, aliæ interpretationes uidentur mihi incongruæ,& nullius momenti. Prima est, Titium partem feudi uendidisse Seio extraneo, partem agnato remotiori, ita Baldus, Beluisius, And. Iern. Aluarotus & multi alij Non rectè, quia textus ita dicit: *Titius filios masculos non habens, partem suam feudi Seio partem eiusdem feudi possidenti, agnato suo concessit.* Sensus est, Titium uendidisse suam partem feudi Seio agnato suo possidenti partem eiusdem feudi. Etenim ex uerbis illis, *partem suam*, apparet, Titium nō habuisse totum feudum, sed partem duntaxat: & verba illa, *partem eiusdem feudi possidenti*, referenda sunt ad Seium, hoc est, Seio vendidit agnato suo possidenti partem eiusdem feudi: erat enim Seius agnatus remotior,& possidebat partem eiusdem feudi.

Secunda est interpretatio Iacobi Cuiacij. *Titius filiū masculum non habens, partem feudi paterni vendidit Seio agnato suo, qui & eam possidet modò, non tamen proximiori agnato.* Non rectè, quia nō dicit textus, Seium possedisse post concessionem factam, eam partem, quam Titius illi concessit, sed loquitur de alia parte, quam possidebat ipse Seius, eo tempore, quo Titius eidem suam partem concessit: Sic enim ait: *Titius partem suam feudi Seio partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit.*

Tertiò, multi existimarunt, hunc esse sensum huius textus, agnatos reuocare posse alienationem post mortē Titij nullo precio restituto, filios autem Titij reuocare posse etiam Titio viuente, sed precio tamen restituto, ita post alios Zasius, parte 9 nu. 30. vers. Septimo principaliter. Pinelius ad l. 1. 3. parte, nu. 95. C. de bonis mater.

Non rectè, mea quidem sententia, & multorum aliorum, quia de reuocatione duntaxat agnati ibi agitur, nō autem filiorum, nec aliter intelligi, salua ratione recti sermonis, potest, & ita rectè illum textum acceperunt Albertus Brunus consil 80 Hieron. Schurff. inter consilia feudalia, cons. 123. Eguinarius Baro, Cuiacius & H. in commentarijs dicti loci, Pistorius d. q. 5 nu 10.

Quartò, Iacobus Cuiacius legit aliter hunc textum, nempe, *quod si Titius filium haberet*, malè & contra omnium exemplarium fidem.

Postremò, multa ita vltima verba textus accipiunt, ut sententiam hanc inducant, agnatum reuocare nō posse feudi alienationem, siue post mortem alienantis, nullo restituto precio, siue eo viuēte, precio restituto, quoties vel alienationi consensit, vel annus lapsus est. Nō rectè, quia illa exceptio refertur ad vltimum duntaxat casum, quo scilicet iure prothimiseos seu retractus alienatio reuocatur,& sensus est, agnatum proximiorem excludi si consensum præstiterit, vel per annum tacuerit. Ita interpretāda sunt illa vltima verba, propter duas causas. Altera est, quia tempus certum præfigitur, cùm agitur de retractu,& iure ipso prothimiseos, vt notum est, ut habetur in cap. 1. §. Sed etiam res, per quos fiat inuestit. & in c. 1. § Porro. Qualiter olim feudum poterat aliena. Quod autem præfigatur certum tempus ad reuocandum alienationem, cum iure suo post mortem alienātis agnatus proximior eam reuocat, nullo precio cōstituto, nec iuri satis consentaneum, nec rationi uidetur, quia agnato tūc ius competit ex antiquis inuestituris, adeo non est iuris regulis consonum, vt ad tempus anni restringatur,& eo elapso expiret: etenim ad tollendam temporis præscriptione actionem 30. anni requiruntur l. Sicut. l. Omnes. C de præscript. longiss. tempor. & ad inducendam vsucapionem notum est decem annos requiri inter præsentes,& viginti inter absentes, ex Instit. de Vsucap. Altera est ratio, quia si exceptio illa referenda esset ad eam alienationis reuocationem, quæ fit post alienantis mortem nullo precio restituto, & annus esset præscriptus ad hu-

A iusmodi reuocandam alienationem, aut incipere deberet ex die alienationis factæ, data scilicet scientia agnati proximioris,& id iniquum esset, & contra iuris regulas. Cur enim tps curreret in præiudicium agnati, qui viuente agnato, qui alienauit feudi alienationem reuocare nō potest? Certè nō valenti agere, præscriptio tpis non currit. l. 1 §. vlt. C. de annali except. & cur agnati ius ad tps vnius anni concluderetur, quod ei competit ex antiquis inuestituris, nec nisi lapsu 30. annorū perimitur ut dixi; Aut annus incipere deberet post mortē agnati, qui alienauit feudum; & hoc similiter iniquum esset ex ratione proximè allata: & par erat, ut in textu id exprimeretur, agnatū. s. excludi, si per annū tacuerit post mortē agnati, qui feudū alienauit, at nō hoc ibi dr, sed simpliciter ait textus, *si per annū ex quo sciuit tacuit, remouebitur*, quod proinde referendum est ad ius retractus, ut dictum est.

CAPVT X.

B

Possitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori, in præiudicium proximioris.

EX vera interpretatione textus in c. Titius, si de feudo fuerit contentio inter dom. & agnatos vasalli, secundùm ea, quæ in capite præcedenti disputata sunt, perspicuum euadit, agnatum proximiorem posse reuocare alienationem feudi in remotiorem factam, s. post mortē agnati, qui alienauit nullo restituto precio, vt ibi clarè dicitur & ita rectè docuerunt Andr. Iser. Bald. Aluarotus, Martinus Lauden. Præpositus, & Afflictus in d. c Titius. Bal. in cons 16 lib. 1. Romanus consil. 22. in fine. multos alios citat Siluanus latè disputans in cons. 15. nu. 31. & post eum Pistorius quæstionum iuris, lib. 2. parte 1. cap 6. post num. 20.

Cæterùm contrariū rńdisse Collegium Mediolanen
C se, Bartholomæum Salicetum, & Christophorum Castilionem, testantur Martinus Laudensis, & Prępositus in d. cap. Titius. eandem sniam nonnulli alij sequuntur à Siluano relati d. cons. 15. nu 30. vers. Sextodecimo, & post alios ita rńdit D meus Cephalus in cons. 307. lib. 3.

Operæ precium igitur erit, argumēta eorū sigillatim refellere, vt eo magis confirmetur supradicta sententia, quam nos absq; vlla prorsus hæsitatione amplectimur.

Primum argm̄ sumitur ex c. 1. de alienatione feudi, circa finē, in illis verbis: *Si verò cum domini voluntate totum, vel mediū alienauerit, stabilis permaneat alienatio: Fratri verò, vel nepoti per libellum facta alienatio, etiam sine uoluntate domini*. Ex his verbis apparet, alienationē factam stabilem remanere, atque adeò reuocari nō posse, siue in proximiorem agnatum facta sit, qualis est *frater*, siue in remotiorem, qualis est *nepos* ex fratre.

Respondeo, illa verba ita esse accipienda, ut tunc demùm nepoti ex fratre liceat alienare feudum, vel refutare, cùm frater, qui proximior est, non extat, nō autem si
D frater extiterit; non enim requiritur, utrumque superstitem esse. Sic in c. 1. de success. feudi, dicit textus, Filius vel nepotes ex filio succedere loco sui patris, quod tamē intelligitur, quando filius non superest, si enim supersit filius,& ex eo nepos, non admittitur nepos, sed solus filius, tanquam proximior, quæ responsio est Pistorij.

Secundum argm̄ sumitur ex c. 1. §. Sed etiam res. per quas fiat Inuestitura, in illis verbis, *nisi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c* Videtur n. ex his verbis colligi, alienationē fieri posse tam proximiori, quàm remotiori: Etenim illa verba, *vel alij proximiori* indicant alium, cuius fit mentio, esse remotiorem, vel si ille est proximior, alius erit necessario remotior.

Responden, omissis aliorum rńsionibus, hanc esse sententiam dictorum verborum, sicuti ex præcedentibus verbis patet, rem quæ alienari nō potest, nec in feudum dari posse: excepto vno casu, cùm videlicet duo extant fratres,& ad alterum eorum res ex cōi parente peruenerit: illa

tit: illa potest in feudum dari, nisi fiat in fraudé legis, &c. Eadem tamen res vendi nó potest extero, sed fratri, aut alteri qui secũdum fratrem sit proximior, si fortè fratre emere recusante, alter qui post fratrẽ est proximior, pro æquali precio accipere voluerit. Nó potest autẽ talis res extero vendi, quia agnato proximiori eá retrahere & reuocare concedebatur, secundum antiquam consuetudinem. Quo ita posito, apparet, textum illum ad quæstionẽ nostram non pertinere; neq; enim ex eo infertur, alienari posse feudum ab agnato, in remotiorem agnatum ad exclusionem proximioris agnati: quoniam ut iam patet, alius est sẽsus illorũ verborũ, *Vel alij proximiori.* Húc autem esse verũ sensum, patet ex ipsis verbis præcedẽtibus quæ sic se habẽt: *Sed etiam res, cuius alienatio prohibetur, nec per beneficiũ dari cõceditur, nisi in casu, ut ecce, si quis, ex agnatis suis rem, quæ a communi parente per successionẽ ad eum peruenerit, alienare uoluerit, nõ permittitur ei; etiã secundùm antiquã consuetudinem alij eam uendere, nisi tibi, uel alij proximiori pro æquali precio accipere uolẽti. Per feudum tamẽ cuilibet dare potest, nisi fiat in fraudem, &c.*

Tertium argumentum est ex c. 1. § & licet. de alienatione feudi paterni, verba hæc sunt: *Alienatio feudi paterni non ualet, etiam domini uoluntate, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoq; sit reuersurum.* Et paulò post: *Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tamen si paternum fuit, concederetur.*

Respondeo, textum hoc nó velle, feudum antiquum alienari posse in agnatũ remotiorem, cũ preiudicio propinquioris: hoc, inquam, nó dicit, sed alienationem inter agnatos concessam esse, licet aliàs sit prohibita sine consensu domini: neq; enim postrema verba, ita sunt ad præcedentia referenda, vt repetant omnia, quę in præcedentibus cõtinẽtur, quasi sit sensus, feudũ alienari nó posse etiam domino cõsentiente, sine consensu agnatorũ proximiorum, nisi alienatio inter agnatos etiá fiat, quasi túc necessarius non sit, nec domini, nec agnatorũ cõsensus. Hæc, inquam, interpretatio locũ habere nó potest, quia etsi alienatio facta sine cõsensu agnatorum, ad quos feudum reuersurum est, reuocari possit, tamen non dicitur esse prohibita, imò valet, sed tamen reuocari potest. Cæterùm, si absque domini consensu fiat, illa prohibita esse dicitur, sed inter agnatos tamen concessa est, vt habetur in textu, cuius hæc est sentẽtia uera, ac genuinus sensus.

Quartum argumentum est. Nam res alienari prohibita fauore personarum, ad quas est reuersura, ex volũtate testatoris nó potest in earum præiudicium alienari, nisi eis cõsentientibus l. Quoties. C. de fideicommiss. Potest tamen vni ex illis concedi, & alienari, etiam cæteris nó consentientibus. l. Pater. § Quindecim. de leg. 3. l. Volũtas. C. de fideicommiss.

Respondeo, hæc esse dissimilia, quia in vltimis voluntatibus omnia pendent ex voluntate testatoris: Volũtas autem testatoris est, vt non extra familiã res alienetur; quare si fiat alienatio vni ex familia, meritò illa valet, & subsistit, quia volũtati testatoris nó repugnat. Alia ratio est in feudis, in quibus proximioribus agnatis ius cõpetit ex antiquis inuestituris, quod per alienationẽ auferri nó potest sine eorũ consensu. l. Id quod nostrũ de reg. iuris.

Cætera argumenta leuissima sunt, & refutantur à Silvano in dict. cons. 15. ego actum nó agam, nec vbi non expedit, tempus teram inutiliter.

CAPVT XI.

Quanto temporis spacio tollatur ius reuocandi alienationem feudi, competens agnatis proximioribus.

CONueniunt in hanc sententiam interpretes omnes, vt si feudi antiqui alienatio facta sit extraneo, tunc ad eam reuocandam post mortem ipsius alienantis agnatis proximioribus triginta anni concedantur; quæ communis sententia regulis iuris omnino

A est consentanea, quibus constitutum est, ad tollendam actionem temporis præscriptione requiri annos triginta. l. omnes. l. sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Quare cùm agnatis actio competat ex iure descendente, ex antiquis inuestituris & concessionibus, quibus ipsi ad feudum sunt vocati, meritò non nisi triginta annorum præscriptione exludi poterunt.

Cęterùm, si non extraneo, sed agnato remotiori facta sit alienatio, in aliam sententiam abierunt, etenim anni duntaxat spatium ad eam reuocãdam concedi existimarunt, decepti vltimis verbis c. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti cõtẽtio sit inter dom. & agnatos vasalli; Ea enim verba referenda esse putarunt tam ad proximũ casum, quo de feudo redimẽdo agitur precio reddito ex iure retractus, quàm ad alterũ casum, quo de reuocatione alienationis factæ post mortem alienãtis agitur ex iure ipsis agnatis competente. Nó rectè, quia verba illa vltima d.

B §. Titius. referri non possunt salua iuris ratione & æquitate ad alterum illum casum, uti etiam supra c. 9 circa finẽ latiùs deduxi. Iniquum enim est anni spacio actioné concludere agnatis competentem ad reuocãdam alienationem feudi: illam, inquá, actionem, quam ipsi habẽt agnati ex antiquis concessionibus, ac inuestituris: cui adstipulantur, & concedentis domini uolũtas, & Primorum acquirentium & stipulantium consensus, legumq; feudalium præcepta. Non illam, quæ agnatis datur ex iure retractus: illa enim meritò anni spacio restringitur, cùm iuris regulis aduerseiur. l. Dudum. C. de contrah. empti.

Illud parum mouet, quod adferri solet ad eam sententiam iuuandam; anni spatium constitutum esse ad petendum inuestituram. c. 1. quo tempo. miles. c. 1. quæ fuerit prima caus. benefic. amitten. Ergo nil mirum, si & annus hic sit constitutus. Nam vt maximè id æquum sit, in uasallo feudum possidente, vt tanquam nouus vasallus quamprimum domino suo fidelitatem iuret, & ab eo inuesti-

C turam capiat, eumq; in dominum agnoscat, ac reuereatur, seque eius vasallum profiteatur, cùm feudum teneat & possideat. Certè nulla est ratio, actionem agnatorum intra tam modicum tempus concludendi: cùm ij feudũ alienatum & penes emptorem existens, uel penes alios, ad quos peruenit, non possideant: & ad illud vendicandum triginta annos ex iuris regulis obtineant: Quemadmodum neque tempus ad inuestituram petendam anni spacio terminatur, quoties vasallus feudum nó possidet, sicut tradũt omnes in cap. 1. de capitulis Corradi, & in c. 1 quæ fuerit prima caussa benefic. amitten.

Denique aduersus alios hanc sententiam optimè tuetur Pistorius q. 8. lib. 2. quęst. iuris, quem sequor in hac parte rectè monentem.

CAPVT XII.

D *An si proximior agnatus feudum alienatum spatio 30 annorum reuocare neglexerit, eiusdem feudi possessor tutus sit præscriptione aduersus alios agnatos, qui post illius mortem sunt gradu proximiores.*

NVnc congrediar in hanc aciem cum Pinello acutissimo sanè Iurisconsulto, arma mihi suppeditãte Hartmano Pistoris, qui licet rem feliciter cõfecerit, reliquit tamen alijs locum, huius disputationis illustrandæ magis, magisque exornandæ. Communis est sententia Doctorum, cui & ipse calculum præbeo. Si proximior agnatus viuens intra annos 30 feudum alienatum reuocare & vendicare neglexerit, post illius mortem, agnato, qui secundùm eum proximior est, licere feudum vendicare, neque præscriptionis exceptione repelli posse. Ita docent Isernia, Aluarotus, Præpositus, & Afflictus in cap. primo, §. Quid ergo, de inuestitura de re aliena facta, Paulus Castrensis

cons.

conf. 44. ad finem, lib. 2. Iason conf. 7. pen. libro 3. Decius conf. 208. nu. 9. & 445. nu. 47. Parisius conf. 23. nu. 119. lib. 1. Crauerta conf. 67. nu. 9. Natta conf. 437. nu. 6. Cacharanus decis. 177. numero 3. Hippolytus Riminal. conf. 339. nu. 145. lib. 3. Hartimanus quæst. iuris, libro 3. par. 1. quæst. 8.

Fundamentum est, quia huic agnato ius quæsitum est antiquis concessionibus ac inuestituris, quod per feudi alienationem ei auferri non potest absque eius consensu. c. 1. de aliena. feudi paterni, ibi: *Nisi agnatis consentiẽtibus, ad quos beneficium quandoq; sit reuersurum.* Et multò minus per negligentiam proximioris agnati, qui viuens feudum non reuocauit, ne industria pœnas desidię soluat. l. vlt. C. depo l. si non expedierit. § Si pupillus. ff. de bonis autho. iudi. possi. Nec prescriptio, qua possessor munitus est temporis annorum XXX illi obesse potest, quia viuente agnato proximiore agere non potuit: Non valenti enim agere, præscriptio non obest, quia præscriptio tunc incipit, quando actio iam nata est l. Sicut vers. quæ ergo. ibi: *Ex quo iure competere ceperunt, &c.* l. Cùm B notissimi. §. Quamobrem. & §. Illud. C. de præscript. 30. vel 40. anno. l. 1. § Ad hæc. C. de annali except. Authen. Nisi tricennale. C. de bonis maternis. l. In rebus dotalib. C. de iu. do l. contra maiores. C. de inoff testam.

At contra Pinellus (loquens tamen de maioratu, sed eadem est ratio in feudo) in d. Auth. Nisi triennale. nu. 55. C. de bonis mater. *Sed contra tot grauissimos patres videtur sentiendum, quod habens titulum & bonam fidem, præscribens q; contra præsentem possessorem securus maneat, etiã quoad successorem eius, contra quem prescripsit. Quod primò innuatur ex ratione legis inducentis vsucapionẽ, quæ non minus militat hoc casu, quam in alijs, ne dominia rerum sint incerta, ne etiam lites suscitẽtur. l. vlt ff de vsucap. & deniq; ratio publicæ vtilitatis. l ff eod tit. quæ singulorum vtilitati præfertur, &c.*

Respondeo, nihil aliud probat hoc argumentũ, quàm præscriptionem locum habere etiã in rebus feudalibus, quia ratio publicæ vtilitatis, & fauor litium finiendarũ, C locum habeat etiam in istis: quod nemo negat, sed Doctores dicunt, non currere præscriptionem priusquam actio sit nata, & competat ijs, aduersus quos præscriptio allegatur. qua de re argumentum hoc non loquitur.

Secundò Inquit Pinellus; *In subiectis restitutioni, secundùm communem opinionem, requiritur longissima præscriptio, nec breuior sufficit. Post longissimum autem tempus, execratur lex inquietare possessorem, ut in Nouella Hac constitutio. innouat constitutionem, &c.*

Respondeo, hoc argumento probari, præscriptionem longissimi temporis locum habere etiam in feudis, quæ restitutioni subiacent post mortẽ aliorum, quod nemo negat, sed dicunt, præscriptionem obesse quidem ijs, qui extant, & agere possunt, non autem alijs, quibus actio nõ competit, nisi post aliorum, qui tunc viuunt, mortem: Ita, inquam in rebus restitutioni ex fideicommisso subiectis, communi Doctorum sententia receptum est. Vide Alciatum ad l. filiusfamil. §. Diui. nu. 48. de leg. 1. Deciũ conf. 38. Nattam conf. 417. nu 5. & seq.

D Tertiò subdit Pinellus: *Nam Doctores in proposito argumentantur ex multis, quę contra eos retorquentur, quod ostendo, quia adducunt pro regula Prohibita alienari, prohibentur vsucapi, cuius contrarium probatur ex l Sticho. ff de vsufr. lega.*

Respondeo, nihil valet hoc argumentum, quia non illud est fundamentum communis sententiæ, quod prohibita alienari prohibeantur vsucapi. Nec tex. in d. l Stic. locum habet in specia Iustiniani l vlt §. Sed quia. C. cõmu. de lega.

Quartò sic pergit: *Quia siue dicas maioratum (eadem ratio est de feudo) fuisse institutum in contractu, siue in testamento, non est potestas in testatore, nec in contrahentes, ad tollendam vsucapionem tertio habenti titulum, & bonam fidem.*

A Respondeo, legem esse, quæ hoc facit, vt non valenti agere nõ noceat vsucapio, vel pręscriptio, itaque frustrà id testatori describitur, vel contrahenti.

Quintò: *Nam effectus*, inquit, *& natura vsucapionis est reddere præscribentem tutum in futurum l. 1 & 3 ff de vsucap Ergo non tantum contra præsentem possessorem, sed etiã contra successores.*

Respondeo; concedo hunc effectum esse vsucapionis aduersus eos, qui agere possunt, aduersus autem eos, quibus actio nondum competit, nego.

Sextò: *Ex commune opinione*, inquit, *hoc casu resultat absurdum, cùm Doctores concedunt, ut præscriptio effectum habeat contra præsentem possessorem, non contra successorẽ: Esset enim diuidere effectum præscriptionis, contra l. Eum qui ędes. ff de vsucap.*

Respondeo: *Absurdum esse, nec iuri ciuili conueniens, vt una res diuersis temporibus vsucapiatur, ut puta cum ædes ex duabus rebus constent, ex solo, & superficie,* nõ potest superficies vsucapi eo tempore, quod vsucapioni B rerum mobilium constitutum est, solum autem ampliori tempore, quod constitutum est rebus immobilibus Hęc est sententia d. l. Eum qui ædes, quæ proinde ad rem istã non pertinet. in qua de diuersis personis agitur; & dicitur vsucapionem nocere ijs, quibus actio competit, illis non nocere, qui agere non possunt.

Septimò subdit Pinellus: *Concessa vsucapione contra possessorem, cõceditur præscribentem effici dominum rei: Dominium autem semel quæsitum, non potest sine facto partis auferri l. Illud quod nostrum, de reg iuris.*

Respõdeo, non concedimus hoc in casu absolutè vsucapionem locum habere, quia tunc dominiũ acquireretur. l. 3. ff. eod de vsucap. Et argumentum rectè procederet; quod autem illa noceat possessori, istud est, quia omnis actio tollitur præscriptione 30 annorum, nec proptetea infertur eam alijs etiam nocere, quibus præscriptio nocere non potest, quia actio nondum competere cępit.

C Octauò: *probatur*, inquit, *hęc opinio in feudalibus, authoritate Glos. in c. 1. § Præterea, de capitulis Corrad. dum enim Glos. asserit, in rebus feudi dari pręscriptionem 30. vel 40. annorum, planè sentit, effectum pręscriptionis fore perpetuum, non tantum contra pręsentem possessorem, & regulariter opinio dictę Glos. recepta est, &c.*

Respondeo, pręscriptionem quidem locum habere in feudalibus, vt glos. dicit, sed nocere non posse successoribus, quibus actio donec alij supersunt, nequaquam competit, vt cõmuniter Doctores explicant superius allegati.

Postremò, Binellus fundamentum communis sententiæ euertere conatur. Illud enim est in eo oppositũ, quòd non valenti agere nõ noceat præscriptio. l. 1. C. de anna. excep. *Responderi posse uidetur*, inquit, eam legem & similes loqui, *quãdo in initio ipsius pręscriptionis datur tale obstaculũ At in feudis pręsens possessor censetur dominus, & conferendo ius suũ ad spem successorum, longè plus habet pręsens successor, quàm quilibet futurus successor. Atque ita nihil est, quod obstet initio pręscriptionis, cuius finis a lege inducit firmũ perpetuumq; effectum, ut præscribens securus reddatur cõtra pręsentẽ possessorem, &* D *inde contra successorem in consequentiã ex natura vsucapionis. Nec nouum est, vt quod separatim & principaliter fieri nequit, fiat in consequentiam. l. quędam ff de acq rer. dom. l. 1 ff de auth tutor.*

Respondeo, hoc in casu obstaculum dari ab initio præscriptionis, quantum attinet ad successorem, cui actio nondum competit. Nec obstat, quod dicitur, præsentem possessorem dominum esse, præsertim conferendo ius suum cum spe successoris, quia id negatur; nam si hæc vera essent, præsens possessor alienare posset feudum, & præiudicare futuro successori agnato, quod tamen falsum est, quia successor alienationem reuocare potest. c. 1. de aliena. feudi pater. Ex quo illud corruit, quod aliqua in consequentiam sint permissa, quę principaliter non permittantur: Nam si huc illud axioma pertinet, facilè præiudicium successori fieret agnato, per alienationem

sionem præsentis possessoris; quasi ipse principalis diceretur: sed non est ita; Possessor.n.præsens non est magis A principaliter ad feudum vocatus, quàm alij successores; sed eos præcedit gradu duntaxat; eo defuncto feudum æquè principaliter ad alios proximiores agnatos pertinet, sicut pertinuit ad ipsum possessorem.

His refutata sunt argumenta Pinelli, quæ cum essent non parum probabilia, non videbantur mihi omittẽda.

CAPVT XIII.

Vtrum agnatus, qui est alienantis feudum antiquum, illud reuocare possit?

INgens controuersia est, vtrum agnatus, hæres alienantis feudum, ad quod ipse uocatur ex antiquis inuestituris, & concessionibus, illud reuocare possit. Etenim sunt quinque discrepantes Doctorum sententiæ: Prima affirmat agnatum posse reuocare feudum alienatum, licet hæres sit alienanus. Altera negat. Tertia B distinguit feudum hæreditarium, quòd scilicet pro hæredibus concessum est, a feudo ex pacto & prouidentia, quod pro liberis concessum est, vt priore casu reuocare agnatus feudum alienatum nequaquam possit, posteriori autem possit. Quarta distinguit vtrum agnatus hæres ex bonis hæreditarijs tantum consequatur, quanta est feudi æstimatio, vel minus, priore casu reuocare nequeat feudum alienatum, posteriore autem possit. Quinta distinguit, vtrum hæres inuentarium confecerit, vel absque inuentario hęreditatem adierit. Priore casu reuocare possit feudum alienatum, posteriore non item.

Indicabo prius authores, ex quibus sententiarum hęc varietas colligitur. Deinde tres conclusiones statuam, ex quibus apparebit huius disputationis & controuersię vera, vt mihi videtur, definitio. Tertiò, argumenta, quę obstare videntur, confutabo.

Authores sunt isti. And Isern. Bald Martinus Landẽ. Præpositus, Aluarotus & Afflictus, in c. 1. § Hoc quoque C de success. feudi. Iacopinus, in Inuestitura feudali. verb. & cum pacto de non alienando. Curtius iunior de feudis parte 4. nu. 148. & in consil. 138. nu. 20. & 155. num. 2. Zasius de feudis, parte 9. nu. 27. 28 & in consil 18. nu 22. lib. 1. Bald. conf 215. nu 12. lib. 2. Ias. conf. 56. lib. 3. Dec. conf. 185. & 445. Rubeus conf. 84. Gratus consil. 91. nu. 36. lib. 1. Natta conf. 476. nu. 56. lib. 2. Grammaticus decis. 93. Castrensis cõs. 207. lib. 2. Alex. conf. 28. lib. 5. Ruinus conf. 1. nu. 2 & 42. num. 12. lib. 1. Afflictus decis. 112. Loffredus cõs. 1. nu. 169. Socinus iunior conf. 112. num. 14. lib. 2. Parisius conf. 2. nu. 32 conf. 10. num. 6. & conf. 16. nu. 43. lib 3. Alciatus conf. 160. Siluanus conf. 30. nu. 33. 34. Crauetta conf. 256. nu. 3. Pinellus ad l Primam. in 3. parte, nu. 92. C. de bonis maternis. Rolandus a valle de confectione inuentarij in 4. parte. §. Nunquid hęres. Menochius conf. 89. lib. 1. Pistorius lib. 2. quæst. iuris, par. 1. q. 9. & q. 14. vbi multos alios citat. Primum ergo, quod pollicitus sum, his præstiti allegationibus.

Iam secundum aggredior. Prima conclusio hæc est. D Feudum alienatum, hæres alienantis, qui nullum confecit inuentarium reuocare non potest, siue sit hæreditarium, siue ex pacto & prouidentia, vt vocant.

Probatur hæc conclusio, quia hæres tenetur præstare factum defuncti. l Ex qua persona. de reg iur. l. Cũ a matre. C. de rei vend. l. Si ab eo. C. de neg. gest. l. Si patri tuo. C. de dona. l. Successores. C. de solutio. l. Si vxor. C. de bonis autho. iud. possid. l. Si fundum. C. de rebus alien non alienan. Hęres. n. & defunctus vna eademq; persona reputantur, vt habetur in Nouella. de iureiur. a morien p̃stito. Nec debet esse melioris conditionis; quàm defunctus. l. In omnibus. §. Non debet. l. Hæredem. de reg. iur.

Secunda conclusio. Hæres alienantis feudum, si innẽtarium confecerit, illud reuocare non potest, quatenus, se vires hæreditatis extendunt.

Probatur hæc conclusio. Primùm, ex ratione, quia ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet. l. Ex qua persona. de reg. iuris. Hæres autem, qui inuentarium confecit, eatenus lucrum ex persona defuncti sentit, quatenus est aliquid in hæreditate ergo vsque ad bonorum quantitatem in hæreditate existentem, tenetur præstare factum defuncti.

Secundò probatur hac ratione, quia hæres, qui fecit inuentarium, repræsentat defunctum, & succedit in locum eius. tenentq; eisdẽ obligationibus, quibus defunctus erat obstrictus, non quidem in solidum, sed quatenus vires hæreditatis patiuntur, ut patet ex l. vlt. C. de iure delib. in §. Etsi præfatam. Igitur non potest defuncti contractum impugnare ac reuocare.

Tertia conclusio. Hæres, qui fecit inuentariũ, reuocare potest feudum alienatum, quatenus ęstimatio illius vires bonorum hęreditariorum excedit, aut quatenus eius interest feudum potius, quàm hæreditatem habere.

Probatur hæc conclusio. Nam inuentarij confectio hæredi hoc beneficium tribuit, vt nullum incurat damnum, & vt non confundantur actiones, quas habet. l. vlt. §. Etsi præfatam. & §. In computatione. C. de iure delib. Sed si non possit hoc in casu feudum reuocare, damnũ sentiret, & actiones suas amitteret. Ergo reuocare feudum poterit, quatenus illud æstimationem excedit bonorum hæreditatis.

Assumptio clara est, quia plus valet feudũ quàm hæreditas, Ergo si propter hæreditatem non possit feudum vendicare, damnum sentit. Declaro, Feudum æstimatur ducentis aureis. Hæreditas verò centum, hic hæres incurrit damnum centum aureorum, nisi feudum reuocare possit. Ergo illud eatenus reuocabit, ne iacturam sentiat centum aureorum.

Hæc satis plana sunt atque perspicua, sed iam argumẽta dissoluenda sunt. Primum argumentum, Hæres potest reuocare id, quod a defuncto in fraudem eius alienatum est. l. 2. C. si in fraudem patroni a libertis alien. facta sit. Sed feudum alienatum esse videtur in fraudem eius, quia post mortem alienantis ad eum peruenire debet. Ergo illud reuocare poterit.

Respondeo, cùm alienatur feudum ab agnato cũ consensu domini (in quibus terminis quæstio accipiẽda est) nullam fraudem committi, sed in eo tantùm peccari, q̃d alienatio fieri debet cum consensu etiã agnati, ut in c. 1. de alien. feudi patet. qui consensus non adhibetur. Quare meritò feudum agnatus reuocare potest, nisi hæres alienantis sit. Alia ratio est liberti alienãtis bona sua, vt patronum excludat a legitima portione, de qua facti specie loquitur lex in argumento allata.

Secundum argumentum sumitur ex l. vlt. C. de Euictione. in illis uerbis: *Factum eius cui successit, ex sua persona dominium uindicare non impedit.*

R̃ndeo, hanc legem non loqui de hærede alienantis, sed de hærede fideiussoris, qui se obligauit de euictione pro uenditore. Is. n. non impeditur rem uendicare iure proprio, quia si de euictione conueniatur, actionem habet aduersus venditorem, & eius hæredem. Hæres autẽ alienantis, de quo nos loquimur, rem vendicare non potest, quia doli exceptione repellitur, l. Seia. ff de Euictio.

Tertium argumentum est, quia alienatio feudi facta sine consensu agnati proximioris, ad quem feudum peruenire debet, non ualet, cap. 1. de alien feudi pater. Ergo agnatus, etiamsi hęres sit alienantis, feudũ reuocare põt. Nam id quod nullum est rescindi potest etiam ab eo, qui illud gessit. Bart. in l. Post mortem ff. de adopt. l. Quemadmodum. C. de Agricolis & Censitis lib. 11.

Respondeo, argumẽtum uires habere in alienatione facta cotra legis prohibitionem: ita enim loquitur *l.* Quemadmodum. Feudi autem alienatio, licet absq; consensu agnati non ualeat, non tamen iure fieri prohibetur, imo verò valet, & confirmatur, si agnatus alienanti præmoriatur, vel taceat longissimo tempore, ut saltem

donec

donec alienans viuit, valere non dubitatur.

Quartum argumentum sumi potest ex eo, quòd plurimi interpretes in d. l. vlt. §. In cõputatione, C. de iure deliber. dixerunt, inuentarij confectionem id operari, ut hęres in eo statu sit, in quo esset, si nõ adiuisset hęreditatẽ, Iason. ibi nu. 4 & multi alij, sed si hęreditatẽ agnatus nõ adierit, certũ est, feudum reuocare posse, liberè & absolutè, quia nullum est impedimentum, Ergo idem respõdendum est hæreditate adita, sed inuentario confecto.

Respondeo, propositionem illã tam generalem verã non esse. Si enim in eo statu hæres esset, qui inuentariũ confecit, in quo est hæreditate non adita, non teneretur creditoribus, & legatarijs satisfacere, etiã intra vires hæreditatis, quia certum est, eum hæreditate non adita nõ teneri. Hoc autem est absurdum, & cõtra legem expressam, ut patet ex l. vlt. §. Et si præfatam, C. de iure delib. Propositio igitur illa accipienda est hoc modo, vt hæres in eodem statu sit, &c. quantum ad hunc effectũ, vt nullum ex hæreditate detrimentum patiatur, vt non teneatur vltra vires hæreditatis, ut suas non amittat actiones, ita enim loquitur textus in d. §. In computatione. in § Et si præfatam, & alibi in tota ferè illa lege; nec alia fuit mens doctorum, qui propositionem illam induxerunt.

CAPVT XIV.

Sitne concedenda actio de euictionè emptori, aduersus hæredes eius qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum est?

SI emptor ignorauerit rem feudalem esse, quæ ab agnato venditoris post illius mortem euincitur, explorati iuris est, hæredem alienantis euictionis nomine conueniri posse c. 1. §. Si vasallus si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vasalli. Cæterùm si id non ignorauerit, aliter est respondendum: tum quia res euincitur hoc in casu ex natura sua, quo casu euictio præstanda non est. argum. l. Si seruus, ff. de Euictio. l. Si quis domum, §. vlt. ff. loca. Tũ quia euictio nõ est ex causa venditionem antecedente. l. 3. l. Lucius, ff. de Euict. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Tum deniq; quia ita iure constitutum est, vt qui scienter emit rem alienam, vel alteri obligatam, de euictione agere non possit, l. Si fundum, C. de Euiction. l. Si Fratres, C. commu vtriusq; ind. nisi euictio specialiter promissa sit, vt in dictis legibus. Scire autem rem alienam esse, & euictione obnoxiã emptor videtur, qui sciuit feudalem esse; aut certè id scire debuit, quod sufficit, argum l. Quod te. ff. si cert. pet. l. Si duo. ff. de aeq. hæred. l. Si Titius. ff de fideiuss. pen. ibi: *qui sciuit aut scire potuisset* ff. ad Macedon.

Sec quæritur, an hoc in casu saltem ad precij restitutionem agere emptor possit? Affirmant Isernia in c. 1. §. Rursus. quib. mod. feud. amitt in vers. Vel postquam ad libellum dedit. nu. 29. vers. Quærit Glos & ibi Afflictus, num. 14. alios citat Pistorius quæst. iuris, lib. 2. par. 1. c. 10. numero 31.

Sed hanc sententiam ego sic excutio, ut locũ habeat, quãdo de euictione promissum est; tũc enim agi potest, saltem ad precij restitutionem. Cæterùm si nulla fuerit euictio promissa, non puto agi posse etiam ad precij restitutionem, q̃ sententiam meam, vbi confirmauero, tũ argumenta refutabo, quibus simpliciter & nulla distinctione adhibita Pistorius vtitur in sua snia adstruenda.

Probatur igitur hæc sentẽtia ex d. l. Si fundum, C. de Euictio. ibi: *Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quisquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem.*

Sed hic emptor scit feudi naturã, aut scire debet (Paria enim hæc sunt scire, vel scire debere, ut dixi) & consequenter scire debuit reuersurum ad agnatum mortuo vẽditore; Ergo quod eo nomine dedit, nempe *precium*, contra iuris poscit rationem.

A Secundò probatur ex l. Si fratres, C. commu. vtriusq; iud. ibi: *Nam si feudi scientes obligationem, dominium suscepistis: tantùm euictionis promissionem, solennitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis, &c.*

Tertiò ex l. vlt. §. vlt. C. commu. de lega. ibi: *Emptor autem sciens rei grauamen, aduersus venditorem actionem habeat tantùm ad restitutionem precij, neque dupla stipulatione, neque melioratione locum habente, cùm sufficiat ei saltem pro precio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri.*

Sententia legis hæc est, si fuerit promissa euictio per stipulationem, agi non posse ad id quod interest; sed tantùm ad precij restitutioné. quod uidetur repugnare alijs legibus, quas proximè adduxi, ex quibus apparet, si promissa sit euictio, eam esse pręstandam. Euictionis autem nomine actio datur, non solùm ad precium, verùm etiã ad id quod interest. Respondeo, euictionem promissam B præstari pleno iure, quoties res aliena vẽditur, vel alteri obligata: neque enim res aliena vẽdi prohibetur à lege, imò ualet venditio rei alienæ, l. Rem alienam, ff. de cõtrahen empt. Cæterùm pręstandam non esse pleno iure euictionem, sed quoad precij restitutionem duntaxat, quoties alienatur res prohibita alienari, absque consensu alterius, veluti res restitutioni ex fideicõmisso subiecta dicta, l. vlt. § Sed quia, C commu. de legar. & §. sequen. Et idem in feudo antiquo: *nam alienatio feudi paterni non valet, etiam domini voluntate, nisi agnatis consentiẽtibus*, verba sunt textus in c. 1. de alien. feudi pater. Hoc in casu emptor preciũ quod soluit recuperat, & hoc est, quod dicit textus in d. l. vlt. §. vlt. C. cõmu. de leg. *neque dupla stipulatione, &c. locum habente, cum sufficiat ei saltem pro precio, &c sibi satisfieri.*

Quartò probatur, quia hoc in casu euictio sequitur ex natura rei, quia hæc est natura feudi, ut ad successorem agnatum transeat, ergo non debetur euictio, nisi fuerit G promissa, sicut declarat Glos. communiter recepta in l. Si familiæ. C. fam. hercis. & dixi lib. 6. Controuers. cap. 68. in 8. conclus.

Quintò, quia non est euictio præstãda, nisi oriatur ex causa antecedente venditionem, ut suprà dixi, l. 3. l. Lucius, ff. de euict. l. 1. C. de periculo & comm. rei vend. Sed hoc in casu non oritur ex causa antecedente venditionem, sed subsequente, nimirum ex morte alienantis, relicto agnato successore superstite. Ergo euictio non debetur; præsertim quia hoc euenire posse, emptor prospicere poterat, vt dixi. Quod si euictio sit promissa, tunc nihil obstant quæ dicta sunt, quia contractus, ex conuentione legem accipiunt, l. 1. §. Si conueniat. ff. depo.

Et his patet responsum ad argumenta Pistoris. Primũ enim argumentum sumit ex d. l. vlt. §. vlt. C. commu. de legatis & fideicommiss. vbi probatur, actionem dari ad precium, ei, qui scienter emit rem fideicommisso subiectam. Non obstat hoc argumentum, quia loquitur quan- D do euictio promissa est, vt patet ex verbis illis, *neque dupla stipulatione, &c locum habente.* Nam si nulla esset euictio promissa, certè nõ competeret actio ad precium, ut patet ex l. Si fundum, C de Euictio.

Secundum argumentum est, quia hoc in casu ratio cessat, propter quam is agere nõ potest ad restitutionem precij, qui sciẽter rem alienam emit. Illa enim est ratio, quia precium donare videtur. Non præsumitur autem emptor precium donare voluisse, sed potius emisse ea spe fretus, vt feudum non euinceretur.

Respondeo, non hanc esse caussam, cur agi non possit ad precium; nulla lege id probari potest, nulla ratione persuaderi: Nã cùm nemo præsumatur donare uelle ac suum iactare, semper emens rem alienam scienter, precium repeteret. quia non pręsumeretur donare illud emptori voluisse: Neque huc pertinet regula illa: *Cuius per errorem soluti repetitio est, eius sponte dati, donatio est*, quia emptor non soluit precium, tanquam indebitum,

tum, imò tanquam debitum pro re empta.

In eo est emptor culpandus, quòd spontè se conijcit in periculum præcij amittendi, emens rem cuius grauamen non ignorat: vt proinde conqueri non possit, neque enim scienti & volenti dolus fit vel iniuria.

Tertium argumētum est ex æquitate rei, ne venditor locupletetur cum aliena iactura. Potest in hanc sententiam adferri tex. in l. Emptorem. §. Qui autem ff. de act. empt. in illis verbis: *Ibidem ait, idem esse dicendum, & si apertè in venditione comprehēdatur, nihil euictionis nomine præstitum iri, precium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & precium venditor retineret.*

Respondeo textum non loqui eo in casu quo quis sciēter rem alienam emit; tunc enim precium amittit, nec illud re euicta a uenditore reposcit, vt in d. l. Si fundum. C. de Euiction. nisi de euictione præstanda sibi prospexerit, ut ibi. Loquitur ergo ille textus quando quis ignorās rem alienam esse, emit: tunc licet pactum fecerit cum venditore, vt de euictione non teneatur; tamen re euicta, precium restituere tenebitur. Aliud est igitur, aliquē de euictione agere non posse ex legis dispositione, quia scienter emit rem alienam, vt in casu nostro, & tunc nō agit ad precij restitutionem. Aliud verò agere, non posse aliquem de euictione ex pacto, siue ex contractu ea lege inito, & tunc agere poterit ad precium, ita declarat Paulus Castrensis in d. l. Emptorem §. Qui autem circa finem. ff. de act. empt. Decius cons. 411. num. 4. Crauetta cons. 211. nu. 6.

Porrò, quod de æquitate dicitur, non parui est momēti: sed hæc sit pœna vel negligentiæ, vel malitiæ ementis rem alienam, aut restitutioni subiectam, & non sibi de euictione prospicientis. Nam ita lex scripta est, vt quod eo nomine soluit, repetere alioqui non possit, d. l. Si fundum. C de Euict. d. l. Si fratres. C. comm. vtriusque iud. Atque ita sentio, saluo meliori iudicio.

CAPVT XV.

Possintne agnatus ex iure contractus, vt vocant, feudum antiquum alienatum ab agnato, cum consensu domini, eo viuente soluto precio reuocare?

TRes sunt Doctorum sententiæ, hac de re. Prima agnatos feudum reuocare non posse viuente agnato, sed filios alienantis posse, precio soluto; atque in hoc plus iuris eos habere, quàm agnatos. Ita docet Isernias in c. Titius. si de feudo defuncti fuerit conten. inter do. & agnatos in vers. Quod si Titius. Aluarotus ibidem. Martinus Laudensis & Afflictus, nu. 6. Iacobinus a S. Georgio, in inuestitura feudali. in verb. Et cū pacto. de non alienando, n. 44 Curtius senior, cons. pen. Clarus. §. Feudum. quæst. 42. in principio. & hanc sententiam communem dicit Albertus Brunus, cons. 80. nu. 11.

Secunda est sententia, agnatum posse reuocare feudū pretio tñ soluto, ita Bald. in d. c. Titius. si de feudo defuncti fuerit controuersia intér do. & agnat. vasalli & ibid. Eguin. Baro, & Cuiacius. Idem sentiunt Isernia & Afflictus in c. 1 §. Sed & res, nu. 8 9. per quos fiat inuestitura. Albertus Brunus d. cons. 80. num. 2. & 12. Hieronymus Schurfius inter consilia feudalia, cons. 123. & cons. 143 Pistorius quæstionum iuris, lib. 2. par. 1. cap. 11.

Tertia est sententia, adhibendam esse distinctionem vtrum feudum in extraneum alienatum fuerit, an verò in agnatum remotiorem. Priore casu agnatu proximiori licebit precio refuso feudum reuocare. Posteriore non item. Ita Sonsbechius in vsus feudor. par. 13. nu. 117. Thomas Marinus, lib. x. tit. de feudo ex pacto & ,pni. nu 68.

Ego puto agnato ius retractus competere intra annū, nisi alienationi consenserit, & ideo soluto precio eū posse feudum reuocare, non dubito, siue extraneum, siue

A in agnatum remotiorem alienatum sit. Mouet me textus in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom & agnat. vasalli, in illis verbis: *Quòd si Titius filios proprios haberet, precio reddito, etiā viuo Titio. quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Hic enim est verus sensus illius loci; sicuti latius explicaui superius, c. 9. circa finem, & loquitur de alienatione facta in agnatum remotiorem. Ex quo confunditur illa distinctio, quam commemorauimus. Quamobrem non dubito, quin contraria sententia ex praua illius textus interpretatione originem habuerit.

Huc etiam pertinet text. in c. 1. § Sed & res. per quos fiat inuestitura. in illis verbis. *Non permittitur ei etiam secundum antiquam consuetudinem, alij eam vendere nisi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Frustrà enim ita constitutum esset, ut non posset feudum alijs vendi, sed proximiori agnato deberet uendi, pro æquali precio æmere volenti, nisi agnatus proxi-
B mior precio oblato, & soluto, feudum ipsum alijs uenditum reuocare posset: quod & manifestum est ex verbis sequentibus illius tex. ibi. *Reddito, &c Precio, &c. compellatur tibi restituere.* Et ex cap. 1 § Porro. quali. olim feudum poterat alien. ibi: *Prohibendo autem, vel redimendo, &c.*

Fundm̄ porrò contrariæ snīæ valde est infirmū: Nam positum est primò in c 1. §. Hoc quoque. de success. feudi, quatenus ibi dr̄. Si is, qui feudum alienauit, moriatur absq; hærede, illud reuerti ad proximū agnatū. Secūdò, in d c. Titius de quo iā diximus. Tertiò, in hac rōne. Nā agnatus, dum uiuit, ius habet in feudo, consequenter potest illud alienare, & donec uiuit ipse agnatus, non uidetur posse reuocari, sed eo mortuo dūtaxat, quasi tunc resoluto iure datoris, resoluatur ius acceptoris iuxta l. Qui tabernas. ff. de contrah. empt. l. Puto. § Prædium. de leg. 2. l. Lex uectigal ff. de pigno. cum alijs similibus.

Respōdeo ad primum, nihil obstare, quia loquitur de
C reuocatione feudi, quæ ex iure proprio agnatis conceditur: de qua nostra nunc disputatio non est: Nos enim fatemur agnatis ius competere reuocandi feudum, alienatū post mortem alienantis, nullo etiam soluto precio, sed non propterea inferri potest, illud ius non competere etiam viuente agnato qui alienauit, si agnati nitantur iure retractus, ac proinde precium soluere parati sint.

Ex quibus etiam intelligitur rationem illam, quæ tertio loco adducebatur, nullius esse momenti, quia hoc tātùm probat, feudum, uiuente agnato, qui alienauit, reuocari non posse ab agnatis ex iure quod habent, nullo scilicet precio soluto; Cæterùm si ui uelint iure retractus, quod eis conceditur, poterunt precio soluto feudum reuocare, etiam uiuente eo qui alienauit.

CAPVT XVI.

Vtrum agnato competat ius retractus, si feudum alie-
D *natum dixerit se nolle emere.*

NOn assentior Tiraquello, de retractu consanguineorū. § 1. Gl. 9. nu. 145. concedēti, ius retractus agnato, qui feudū, qd̄ agnatus vēdidit, emere recusauit ea ratione, q̄ nō videatur sibi præiudicare uoluisse, sed maluisse vēditionē expectare, ac intra annum sibi cōcessū, redimere, ut interim pecunias in id necessarias sibi colligeret, & compararet. Non, inquam, placet hæc snīa, licet nonnullis placuisse non ignorem: quia id non est bona fide agere, sed astutè, & uenditoris agnati, & emptoris contractū impedire: Cur enim dum emere recusauit, non addidit eam protestationem, uelle se redimere ex iure sibi competente, intra annū velle se vti iure protimiseos? Non ita sunt uerba intelligenda, sicuti is, qui ea protulit, desiderat, sed vt æquitas, & iuris ratio postulat.

postulat. Et plerunque contra eum interpretantur, qui poterat appetitus respódere. l. Veterib. ff. de pactis. Nemo decipi alterius verbis, vel responsione debet; si dixerit se nolle emere, videtur cõsentire, vt feudum alteri vendatur; aut certè venditionem impedire, reuocare non pôt, argum. l. Qui Romę §. Coheredes, ff de verb. oblig. l. vlt. C. de iure emph. Et hanc sententiam probat textus in c. 1. § Sed & tes. Per quos fiat inuestitura tbi. *Non permittitur ei, etiam secundum antiquam cõsuetudinem, alij eam vendere, nisi tibi vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti.*

Ergo si nolis emere, si nolis accipere, permissum est alij vendere. Dices permissum quidem, sed agnato proximiori redimere permissum quoque est eodem precio. Concedo id verum esse, quando agnatus vendidit absq; consensu proximioris, aut proximiore non requisito, an ve ller emere: sed si requisitus dixerit se nolle emere, tam ipse videtur consentire, vt alij vendatur liberè & irreuocabiliter.

Replicabis, alijs quidem vendi posse, sed saluo iure retractus, quia proximior non prohibendi ne feudũ alij vendatur. Item habet ius illud ipsum redimendi. c. 1. §. Porro. quibus modis olim feudum poterat alien.

Rndeo, proximiorem agnatum hoc iuris obtinere, vt si venditionẽ non impediat, possit redimere; nisi dixerit se nolle emere. Cur em ei liceat voluntatem in alterius præiudicium mutare? l. Nemo potest mutare de reg. iur. Neq; verò dici potest, mutatam hic voluntatem non esse; quid enim est aliud feudum redimere precio soluto, quàm illud emere? Atque ita sentio vnà cum Baldo in d. c. 1. §. Sed & tes. & ibid. Afflict. nu. 8. vers. Et si ille proximior. Ianus Pistorius quæst. iuris, lib. 2. par. 1. q. 12.

CAPVT XVII.

Quid iuris si proximior agnatus vti nolit iure retractus, possitne eo vti sequens in gradu?

NOn assentior Pistorio lib. 2. quæst. iuris, par. 1. q. 12. num. 65 neganti ius retractus in feudis alienatis competere agnato remotiori, quando proximus negligit eo vti, eo argumento, quòd ius retractus dicatur competere agnato proximiori, & nulla alterius remotioris, qui in gradu sequitur, mentio in vsibus feudorum habeatur, ut in c. 1. §. Sed & tes. Per quos fiat inuestitura in c. 1 § Porro. qualiter olim feudũ poterat alien. in c. Titius Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom. & agnat vasalli, ac proinde non sit hoc ius temere producendum, præsertim cùm repugnet regulis iuris. l. Dudum. C. de contrah. empt. Et deniq; nulla ferè sit in eo vtilitas agnati remotioris, quandoquidem proximior feudum reuocare possit, mortuo eo qui alienauit, etiam nullo precio restituto.

Non, inquam, mihi placere potest hęc sententia, quia ius retractus in feudis introductum fuisse credendũ est, vt feuda in agnatione, & familia remanerent, neque ad extraneos transirent: Et ideo & in Constitutione Friderici Imperatoris, & in alijs legibus, quę de iure retractus conscriptæ sunt, ea facultas omnibus agnatis, & consanguineis concessa est, vt fatetur ipse Pistorius, quod ego non vrgeo, vt hoc testimonium extra ius positum, loco legis habeatur, sed vt ex eo colligere valeamus mentem ac rationem legis, quæ ius retractus inducit.

Deinde quia is dicitur proximus, quem nemo antecedit. l. Proximus de uerb signifi. Hinc hæreditas soli proximo agnato, id est, ei, quem nemo antecedit, deferri dicitur. l. Post consanguineos. §. Hæreditas. & §. Legitima. ff. de suis & legit hæred. quod ideo declaratum est, ut intelligatur recusante adire proximiore, eum qui in gradu sequitur adire posse, quasi iam proximior sit. Vlpianus: *Si quis igitur proximus agnatus, dum haredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur.* l. 1. §. Proximus. ff. vnde cognati.

A Igitur eadem interpretatio adhibenda est in feudis, ut is dicatur proximus, quem nemo antecedit. Quare si proximus feudum redimere neglexerit, sequens quasi proximus redimere poterit.

Huc accedat quod negari nõ potest, excluso post mortem alienantis proximiore, eum qui sequitur in gradu, feudũ reuocare posse, ita vt præscriptionis exceptio, quæ proximiori obstabat, non obstet sequenti. sicut latè disputatum est suprà, cap. 12. Ergo idem statuendum est, & in iure retractus, vt scilicet excluso proximiore sequẽs admittatur. Nã & simili modo proximior duntaxat uocatur tam post mortem alienantis ad reuocandũ feudum nullo precio soluto, quàm viuente ipso alienatore, ex iure retractus precio soluto, ut in d. cap. Titius si de feudo defuncti controuersia fuerit inter do. & agna. uasalli. Sicut ergo in uno casu proximiore excluso sequens admittitur, ita & in altero casu admitti debet.

B Quod verò Pistorius adfert nullam fore utilitatẽ agnati sequentis in gradu, nihil sanè mouet, quia fieri potest, ut transigat cum proximiore, ne mortuo alienatore quęstionem ei moueat. Fieri etiam potest, ut sequens agnatus in gradu proximiori superuiuat: denique vt nihil rimeatur à proximiore, propter eius decrepitam ætatem fortè etiam, & incapacitatem, aut culpam.

Et hanc sententiam amplexi sunt Afflictus in cap. 1. §. Donare. nu. 8 1. qualit. olim feud. poterat aliena. Sonsbechius, par. 13. nu. 1 19.

Pistorius autẽ citauit Cuiacium tit. 4. lib. 2. feud. quasi ambigentem, an vlteriori agnato ius redimẽdi conceda tur. Sed in eo offendit (& quis est qui aliquando non offendat?) Nã Cuiacius non de eo dubitauit, sed an domino competat ius redimendi, si feudũ, nõ proximiori, sed vlteriori agnato vẽdatur. Sic enim ait, *Si in iure protimeseos cõcurrat agnatus & dominus feudi, vel emphyteuseos, vel cẽsus, agnatus præfertur. Ergo & cũ agnato proximiori venditur, merito dicemus domino non competere ius protimeseos An & si vlteriori non ausim affirmare, cũ agnato proximiori, siue agnato, siue extero vendiderit competere ius protimeseos, probet 4. tit. 14.* Hactenus ille.

C

CAPVT XVIII.

Possitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum, cum consensu domini post mortem ipsius patris?

D INgens controuersia est de filio, an possit feudum antiquum, siue paternum appellatum, à patre alienatũ, post mortẽ patris reuocare. Tres sunt præcipuæ Doctorum sententiæ. Quarum duę versantur in aliquo extremo: tertia uerò, quæ mihi maximè probatur, mediã ingreditur viam. Prima hęc est, filiũ reuocare posse feudum a patre alienatum, siue sit hæres patris, siue non sit hæres. Altera, non posse reuocare, siue hęres sit patris, siue non sit. Tertia, quæ mediam tenet uiam, distinctionem adhibet, ut siquidem filius hæres patris non sit, reuocare possit feudum à patre alienatum; si verò hęres patris existat, non possit, quod si inuentarium confecerit, quatenus erit in bonis hæreditarijs, eatenus factum patris præstare tenebitur, nec reuocare poterit, ut fusè explicatum est suprà cap 14. Nõ inde tamen colligi potest, filium posse patris hæreditatem repudiare, & feudum reuocare Id enim ei non licere palàm est ex c. 1. An agnatus uel filius. de quo suprà cap. 5.

Prioris sententiæ author est Pinellus in l. 1. in 3. part. nu. 95. C. de bonis mater post alios. quos suprà cap. 13. citauimus, non procul ab initio: Omnes enim qui putarunt, agnatum hæredem alienantis reuocare posse feudum alienatum, multò magis idem iuris filio concesserunt: imò multi ex ibi citatis expresse loquuntur de filio hærede patris.

Secundę opinionis author eſt Piſtorius, de filio nominatim differens lib. 2. quæſt. iuris, par. 1. quæſt. 13. vbi citat eiuſdem ſentētiæ authores, Baldum, & Beloiſium in c. 1 §. Hoc quoque, de ſucceſſ. feudi. Cuiacium, & Baronem in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuerſia inter do. & agnat. vaſalli; Sed certè Baldus ibi, nu. 20. contrarium mihi videtur ſcribere. Cuiacius autem apertè loquitur de filio, qui ſit hæres patris, vt patet ex eo, q̃ adducit. l. Seia ff. de euict. & tit. 70. lib. 4. feudorum, qui textus loquitur de filio hęrede patris. Eguinarius autem Baro nihil dicit hac de re quod viderim. A

Tertia autem opinio, quam diximus eſſe mediam, in ea parte, qua docet, filios qui non ſunt hæredes patris reuocare poſſe antiquum feudum a patre alienatū, authores habet omnes, qui id agnatis permiſſum eſſe uoluerunt; nam idem multò magis filijs concedunt Iſernia, Aluarotus, Præpoſitus in d. ca. Titius. Afflictus in c. 1. §. Hoc quoque, nu. 55. 56. de ſucceſſ. feudi. & alij, quorum facit mentionē Piſtorius in d q 13. nu 18. In altera verò parte, qua docet, filios patris hæredes feudum reuocare non poſſe, authores habet Bald in d. c. 1. §. Hoc quoque, num. 20. de ſucceſſ. feudi. Ruinum conſil. a 5. nu 10. lib. 2. Martinū Silimanū de feudis, nu 169. & omnes alios, qui negant, agnatis hæredibus ius competere feudum alienatum reuocandi, quos adduxi ſuprà, c. 13. verſ. Verum quamplurimi. Eadē enim ratio eſt in filio, q̃ in agnatis. B

Rectè igitur ordineq; facturus uideor, ſi ſententiam hanc prius confirmauero, deinde argumenta confutauero, quibus aliæ nituntur ſententiæ.

Hæc itaque ſententia duas habet partes, quarum illa prior eſt, filium hæredem patris ſui reuocare non poſſe feudum a patre alienatum. Poſterior autem filium, qui patris hæres non ſit reuocare id poſſe. Prior pars probatur ex ijs legibus quibus cauetur, hæredem præſtare debere factum defuncti, & non poſſe illud impugnare ac reuocare. l. Cùm a matre. C. de rei uend. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. cum alijs multis, quas commemoraui ſuprà hoc eod. lib. c. 13. quibus adde test. pulchrum, in c. 1. §. Item hæredes, tit. de Nouis feudorum. C

Poſterior aūt pars probatur tribus argumētis. Primū eſt, quia iure feudali expreſsè cautum eſt, agnatos reuocare poſſe feudum alienatum ab agnato, ut in c. 1. de aliena. feudi paterni. c. Titius. Si de feudo fuerit controuer. inter do. & agna. uaſalli. Ergo ēt filius illud reuocare pōt. Nam filius dr̄ eſſe agnatus pr̄i. l. Filius. ff. de ſuis & legi.

Secundum argm̄ ſumitur ex ratione iuris. Nam aut filijs ius quæſitum eſt ex antiquis maiorum ſuorū inueſtituris, & acquiſitionibus, aut ius quæſitum non eſt. Si nullum ius quęſitum eſſe dicamus, inanis erit diſputatio noſtra, nec in ijs terminis procedere poterit. Sin aūt ius quæſitum eſt, abſq; ulla difficultate efficitur, patrem nō poſſe illud eis auferre alienando feudū, arg. l. 1. C. de bonis matern. l. Id qđ noſtrū de reg. iur. Et ideo filius iure proprio bona alienata vēdicare poteſt. l. Seia. ff. de Euic. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. l. ult. C. de Euict.

Tertium argumentum eſt ex alia iuris ratione. Nam ea, quæ filius non habet à patre ſuo, ſed aliunde, ex culpa & facto patris amittere non debet. l. Eum qui. ff. de interd. & releg. Feudum autem, de quo noſtra eſt diſputatio, non à patre, ſed aliunde habet, nimirum ab auo, uel proauo, & alijs maioribus, uel aſcendentibus ſuis: Ergo non poteſt illud amittere facto, id eſt, alienatione patris D

Nunc argumenta, quibus contrariæ ſententiæ nituntur, diſſoluenda ſunt.

Imprimis ad probādū, filiū poſſe feudum indiſtinctè reuocare, ſic Pinellus argumentatur; *In iuribus feudalibus ſæpe legitimus factum vnius vaſſalli vel poſſeſſoris ſibi ſoli, nec ſucceſſori, nec domino nocere poſſe c. 1. §. Quid ergo de inueſt de re alie. facta c. 1. de ſucceſſ. feud. ibi, nulla ordinatione defuncti in feudo valente, &c.*

Reſpondeo, iſtud argumentum probat filium reuocare poſſe feudum alienatum, ubi non eſt hæres alienantis quod & nos concedimus: Sed non probat reuocari poſſe ab eo qui hæres ſit alienantis.

Secundò ita pergit. *Iuuatur*, inquit, *hæc opinio ex l. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti cōtrouerſia ſit inter do. et agn. vaſalli, dupliciter inducendo Primò, dum loquitur de proximiore agnato, quem inquit reuocare poſſe alienationem feudi mortuo alienante. Verſimilius autem eſt quod proximior agnatus hæres erit defuncto & ita frequentius contingit, ſuadeturq́, ex l. Conficiuntur. ff. de iure Codi. Cum ergo textus ille indiſtinctè loquatur de agnato proximiore, qui ſæpius ex teſtamento, ſemper autem ab inteſtato hæres eſt, ſi velit, eundemq́, dicat poſſe alienationem feudi reuocare, abſurdum & diuinatorum eſſet, reſtringere textum ad caſum inſolitum, nec tam verſimilem de proximiore non hærede. Inducitur ſecundò textus ille, dum loquitur de filio, & inquit etiam viuo patre alienāte poſſe filium reuocare alienationem, vbi expēdenda eſt implicatio verbi*, Etiā: *innuit enim mortuo patre planè admitti filium, & ideo exprimitur ibi caſus maioris dubij, vt etiam viuo patre filius admittatur. Nec ſanum eſſet intelligere caſum patris mortui in filio non hærede, cum id fere nunquam contingat, manifeſteq́, iura repugnent l. Cum ratio. ff de bonis damna.*

Reſpondeo, quod attinet ad text. in d. c. Titius. uidenda eſſe ea, quæ poſui ſuprà, cap. 9. ex quibus perfacilè erit intelligere, id quod Pinellus dicit de filio reuocāre feudum alienatum, non eſſe conſentaneum uerbis illius loci, & a ſententia eius longè alienum eſſe: quia loquitur de agnato reuocante feudum alienatum, non autem de filio. Veruntamen, quia & nos concedimus, & uerum eſſe profitemur, agnatum filiumq; feudum reuocare poſſe: tam ex textibus iuris feudalis, quàm ex ratione iuris, reſpondemus ad iſtud argumentū, negando, id accipiendum eſſe de agnato, & filio hæredibus: Eo enim caſu, quo hęredes exiſtunt alienantis, repræſentāt defunctū, & eius factum præſtare tenentur, nec ulla ratione poſſunt illud impugnare: Non obſtat id quod dicitur, plerunque agnatum & filium hęredem eſſe, quia nos loquimur, quando hæredes non ſunt; licet enim rarò id accidat, ut hæredes non ſint, accidere tamē multas ob cauſſas poteſt; Vnde ſatis eſt in ea hypotheſi, noſtram ſententiam locum habere, in qua hæredes non ſint. Quod ſi nullæ erant ſtatuendæ leges in illis caſibus, quibus filij hæredes non ſunt parentum ſuorum, quia rarò id cōtingat, non erat opus de inofficioſo teſtamento cauere, de legitima, de repletione eius, & de alijs capitulis ad eā rem pertinentibus, quæ ſanè non pauca ſunt, nec parui momenti, Sicut ergo nemo dixerit, inanes eſſe tot conſtitutiones, quæ ad hunc caſum reſpexerunt, quo filius hæres non ſit patris, ita nec inanis erit concluſio noſtra, qua aſſerimus, filium qui hæres non ſit parentis ſui feudum antiquum à parente alienatum reuocare poſſe, & dicta iuris teſtimonia accipienda eſſe de filijs, qui hæredes patris non ſunt.

Roboratur tertiò (inquit Pinellus) *vrgēti ratione; quia feudum cenſetur honor familiæ, qui citiſſimè aboleretur, ſi proximioribus hæredibus & ſucceſſoribus ius reuocandi negaretur, fieretq́, iniuria primò acquirenti, cui poſteriori omnes ſucceſſionem feudi debent, &c.* Cętera enim, quę ſubijcit, ad eum caſum pertinent, quo dominus alienationi non conſenſit, de quo noſtra non eſt diſputatio.

Reſpondeo, hoc argumentum probare, filium reuocare poſſe feudum alienatū, quod nos etiam defendimus: Verùm nō pertinere ad eum caſum, quo filius hæres eſt patris alienantis, qui caſus nunc controūertitur.

Iuuatur quartò, inquit Pinellus, *hæc opinio contra Doctores ex altera parte communis opinionis; de feudo conceſſo alicui & liberis, quo caſu concedunt omnes, ut ſaltem confecto inuentario poſſit hæres reuocare alienationem. Puerile enim & abſurdum uidetur, totū huius rei effectum pendere a leuiſſima verborum differentia, contra l. 2. C. comm. de lega &c:*

Reſpondeo, nos non recipere traditionem illam, de feudo

feudo conceſſo alicui & liberis, vt hæres reuocare poſſit alienationem, quod verò dicit, ſaltem facto inuentario hæredē poſſe reuocare, à nobis diſputatum eſt ſuperiùs c. 14. nunc de hærede ſimpliciter nobis inſtituta diſputatio eſt: quid de hærede, qui inuentarium fecit, ſtatuendum ſit, ibi explicatur, atque hoc in loco repetendum non eſt.

Poſt hæc Pinellus reſpōdet ad reg. l. Cùm a matre. C. de rei vend dicens, non habere locum quando alienatio nulla eſt, quem articulum expendimus iam cap. 13.

Sequitur vt refellamus argumēta Piſtorij. Primū eſt; *quod perlectis ac diligenter conſideratis omnibus iuris feudalis capitibus, nullibi, ne vno quidem verbo cautum reperiatur filios feudum à patre alienatum reuocare poſſe, &c.*

Reſpōdeo, ſatis cautum id eſſe, cùm filius agnatus ſit. l. Filius. ff. de ſuis & legitim. hæred. Agnatos autem poſſe feudum reuocare conſtitutum ſit. Cùm eadem ratio ſit, & multò maior in filijs, quàm in agnatis. Cùm pater nō poſſit ius quæſitum filijs ſuis aliunde, quàm ab ipſo auferre, l. 3. ff. de interd. & releg. vt ſuprà diſputauimus.

Secundum argumentum eſt, quia ingenuis hominibus, atque adeò parentibus, libera eſſe debet rerum ſuarum adminiſtratio. l. 2. ff. ſi à parente quis fuer. manu. l. In re mandata. C. mand. Nec poteſt filius in irritum deducere ea, quæ a parentibus geſta ſunt l. Ea quæ à patre. C. de reſti. mili. nec eo quidem prętextu, quod res alienatę ab auo & familia deſcenderint. l. Si auia. C. de donat.

Reſpondeo, iſtud argumentum locum ſibi poſſe vendicare in ijs rebus, quę proprij iuris ſunt parentis, ita ut filius in eiſdem nullū habeat ius: Et ideo dicit text. in d. l. ſi auia. *Si auia veſtra proprias res, &c.* In iſtiuſmodi rebus nemo negat liberam eſſe facultatem parentibus conceſſam alienandi, ſed nos loquimur iam de feudo, in quo ius quęſitum eſt filijs, poſt mortem patris ſui ex antiquis inueſtituris & conceſſionibus: illud ius non poteſt ei pater directè auferre, nec indirectè alienando feudum.

Tertium argumentum eſt, quia *iura feudalia quotieſcunque de facultate reuocandi feudum alienatū diſponunt, de ſolis agnatis loquuntur, nulla facta mentione filiorum. c. 1 de alien. feud. pater c. 1 §. Porro. qualiter olim feudum poter alien. et alibi. Cum tamen e contrario quotieſcunq; de iure pertinente ad filios agitur, de ijs diſertè etiam diſponatur, c. 1. de ſucceſſ. feudi: Quin etiam vbicunque iam de filijs, quàm de agnatis eſt agendum, nunquam ſub vno agnatorum nomine vtrique comprehenduntur, ſed filij ab agnatis manifeſtè diſtinguuntur, & illorum ab ijs ſeparata ſemper habeetur ratio c. 1. In princip. & §. His vero deficientibus. de gradibus ſucceden. in feudo c. 1 § Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi, &c.*

Reſpondeo, licet expreſsè mentio facta non ſit de filijs, ſicut de agnatis, id tamen non obſtare. Primò, quia appellatione filij uenit etiam agnatus ut dictū eſt: Et licet aliquando fiat mentio nominatim filiorum, & agnatorum, non tamen inde ſequitur, agnati nomen eò minus filijs conuenire, quod illis à iure tributum eſt; & nullo textu iuris feudalis conuenire negatur, niſi quando eodem in loco aliud ſtatuitur de filijs, aliud de agnatis: tunc enim apparet ſub nomine agnatorū filios non contineri. Exemplum eſt in cap. 1. An agnatus uel filius.

Secundò, quia eadem ratio eſt in filijs, quę in agnatis, ut meritò idem iuris eſſe debeat.

Tertiò, quia iuribus feudalibus nullibi contrariū conſtitutum eſt, ut nimirum filij reuocare non poſſint feudum à patre alienatum: Ergo id erit ſecundùm iuris cōmunis regulas definiendum. ca. 1. de feud. cogn. Docent autem iuris communis regulę, filium reuocare poſſe res proprias a patre alienatas, ſi non ſit hæres patris, l. 1. C. de bon. mater. l. Cùm à matre. C. de rei vend. cum alijs ſuperiùs adductis.

Quartum argumentum eſt, quia *in multis iuris feudalis capitulis, in quibus de reuocando feudo alienato agitur, licet ſimul etiam filiorum quandoque fiat mentio, non ta-*

A *men propterea hoc ius reuocandi ipſis conceditur, ſed huic iuri tum demum locus relinquitur, ſi is qui alienauit feudum, ſine filijs deceſſerit, vt in c. 1. § Si aliquis de capitaneis. apud quem vel quos controuerſ. feud. ſiniat in c. 1 § Si verò vel totum. qualiter olim feudum poterat alien. in cap. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feud.*

Reſpondeo, hæc iuris feudalis teſtimonia ad rē iſtam non pertinere. Nam quod attinet ad primum, verba textus hæc ſunt: *Si aliquis de capitaneis, vel de maioribus Valuaſoribus, vel de minoribus ſuum beneficium, ſiue totum, ſiue partem alienauerit, & ipſe, vel hæres eius ſine herede deceſſerit, quia beneficium ſenioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Ex hoc textu non probatur, filium reuocare nō poſſe feudum alienatum, ſed probatur, feudum alienatum domino, qui ſenior appellatur aperiri, ſi alienans ſine hærede, hoc eſt, filio deceſſerit. Ratio eſt, quia ſi filius extet, ille poteſt feudum reuocare, ſi antiquum ſit, & ideo in cauſa eſt, vt feudum non aperiatur domino.

B Eadem ferè reſponſio ualet ad tex in cap. 1. §. Si verò vel totum, & in d. cap. 1. §. Hoc quoque. Nihil enim aliud dicitur, niſi feudum ad dominum reuerti, vaſallo decedente abſque hærede, vel feudum ipſum refutāte in manu domini, uel illud ob aliquam culpam amittente. Ex quo non rectè infertur, filium non poſſe feudum reuocare alienatum: licet enim text. id non dicant, non tamen id negant; Quare ad hanc quæſtionem noſtram nequaquam pertinent.

Quintum argumentum ſumitur ex ratione, quæ in cauſa eſt, ut agnati feudum alienatum reuocare poſſint. *Si enim rectius quis ſecum perpenderit, animaduertet, hoc inde potiſſimum deſcendere, quoniam agnatus collateralis feudum non ab eo, qui alienauit, obtinet, neque vllam cauſam habet, cur ipſi hac iure quicquam acceptum ferat, ſed potius per inueſtituram eius, a quo tanquam à communi ſti*C*pite feudum ad alienatorem peruenit, ſuccedere videtur, vt diſertè probatur in cap. 1. §. His verò deficientibus. de Gradibus ſucceden. in feud. cap. 1. § Si capitanei de feudo Marchiæ. in c. 1. de eo qui ſibi vel hæredibus ſuis maſcul. Non mirum igitur, cur ipſi inuito ius hoc aliūde quęſitum auferri nequeat. Hæc verò ratio in filio & cæteris deſcendētibus penitus ceſſat. Nam in feudo non tam beneficio primi acquirentis, quàm mediāte perſona patris ſui ſuccedit, & ab ipſo patre capere videtur, vt probatur in d. § Si capitanei, & notat Bald. & Doct. in ca. 1. an agnat. uel filius, vbi Cuiacius eius manifeſtam affere rationem, quoniam ſi filius cenſeretur feudum non a patre proximè defuncto, ſed ab auo obtinere, tum ſanè patruus filij, qui auo proximior eſt gradu, potius ſuccederet in feudo, excluſo filio: ſed cum patruū in ſucceſſione feudi excludat, palā eſt illum, feudum non ab auo, ſed a patre ſuo nanciſci. Non igitur reuocandi ius agnatis conceſſum, ad filios pertinere debet, non ſolum quia ceſſat ra*D*tio, ob quam agnatis hoc ius indultum eſt; ſed etiam quia alia ſuccedit, quæ in perſona filiorum longè aliud ſuadet, nimirum hoſce factum eius præſtare debere, a quo lucrum capiunt, & cuius beneficio ad feudi ſucceſſionem perueniunt.*

Reſpondeo, animaduertendum eſſe, maiorem quidem propoſitionem veram eſſe; Ex qua perſona quis lucrum ſentit, eius factum præſtare debet. l. Ex qua perſona. de reg. iur. Ceterū alia propoſitio, quæ aſſumitur, vera non eſt, nimirum filium ex perſona patris lucrum capere in propoſito caſu, quo feudum pater alienauit. Nā aut dicimus, filium ex perſona patris lucrū ſentire, quia ſit hæres eius, & ſucceſſor in cæteris bonis, & hoc certiſſimum eſt, ſed in hoc caſu lucrum non habet concluſio noſtra, quia nos quoque aſſerimus filium hæredem patris, feudum alienatum reuocare non poſſe. Aut volumus filium ſentire lucrum ex perſona patris reſpectu feudi; quia videlicet illud ex patre ipſo habere uideatur: Et hoc nequaquam locum habere poteſt, niſi filius feudum alienatum reuocare poſſit. Quo enim pacto lucrū ſentire poterit filius, ſi illud reuocare nō poſ-

sit? Ex quibus patet non rectè applicari, quod Cuiacius dixit, & ante eum Baldus, & alij, filium videlicet, patris hæreditatem sibi delatam repudiare non posse, & feudum retinere. Nam cùm feudum ex patre suo habere videatur, & quasi hæres patris, non est consentaneum iuri, vt eius hæreditatem repudiare possit, eamq; à feudo separare. Hic sermo est de feudo non alienato, sed à patre possesso, & relicto inter alia bona patris eo in casu, quo filius ad hæreditatem vocatus est. Nostra autem quæstio est de feudo alienato, & de filio qui hæres non sit patris. Vnde res est planè dissimilis, & diuersam habet rationem ut patet.

Sextum argumentum est; *quia filij in materia feudali plerunque hæredes patris appellantur. cap. 1. §. Etsi clientulus de alienat. feudi, &c. Non enim id frustrà factum esse, sed hoc ipso significari videtur, filios ad feudum non nisi ex persona patris peruenire, atque adeò ipsi in feudo hæredes esse, & feudum illi acceptum ferre, factumq; parentis præstare debere.*

Respondeo, si filius sit hæres patris, me non confutare hoc argumentum, sed ei acquiescere. Cæterùm, si hæres non sit, non video cur non possit feudum alienatum reuocare, ad quod est inuitatus ex antiquis concessionibus ac inuestituris. Quod enim filius in feudo succedere uideatur, tanquam hæres patris, verum est, & locum habet, quando feudum reperitur in hæreditate patris: Tunc illud ita coniunctum est cum reliqua hæreditate, vt non liceat filio separare hæreditatem ab eo, & retento feudo, eam repudiare: sicut nemo potest secundum iuris regulas partem hæreditatis accipere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.

Sed aliter dicendum est, ubi feudum alienatum est, nec extat inter bona paterna: Certè ad illud reuocãdum filius actionem habet, quia illi debetur ex antiquis inuestituris, vt dictum est, si non sit hæres patris.

Septimum argumẽtum sumitur ex cap. 1. An agnatus vel filius. & c. 1. §. Filius. de Capitaneo qui curiam uendidit. *Nam cùm ibi manifesta constituatur differentia inter agnatum & filium, & huic iniungatur, vt vnà cum feudo simul hæreditatem paternam adeat, & de feudo etiam debita hæreditaria persoluat, quis negare ausit, magnam esse inter filios agnatos diuersitatem, & filios factum patris in feudo, longè magis quàm agnatos capescere debere, neq; propterea feudum à patre alienatum reuocare posse? Cum regulariter hæres factum defuncti præstare teneatur l. Cũ à matre C. de rei vend. Si enim filius de feudo tenetur luere debita parentis, etiam eo in casu, in quo de mente patris non satis constat, filio in feudum præiudicium generare voluisse, vtique multò magis factum parentis præstare tenebitur, quando ex alienatione facta certum est, eum feudum ad alium magis quàm ad filium, transmittere in animo habuisse, &c.*

Respondeo, negando consequẽtiam illam. Filius non potest feudum retinere, nisi simul etiam accipiat hęreditatem patris. Item tenetur ex feudo soluere debita patris, ergo etiam eo in casu, quo hæres esse non potest (de eo enim casu iam disputamus) non potest feudum à patre alienatum reuocare. Licet enim in hoc differat ab agnato, quia agnatus potest feudum retinere, & hæreditatem repudiare, non tamẽ efficitur etiam in eo de quo agitur, quod longè diuersum est, differre: Factum patris præstat filius quoties hæres est. Id non nego. Tenetur etiam tunc debita patris soluere ex feudo cùm hęres est. Cęterùm si non sit hæres, non quia nolit, neque enim potest hæreditatem repudiare, & feudum retinere, sed quia non est delata ei hæreditas, vel aliam ob causam, tunc non tenetur præstare factum eius, & potest meritò ex iure sibi competente feudum uendicare.

Octauum argumentum ex illis iuris capitulis sumitur, *quibus docetur, quod etsi delictum vasalli agnatis nocere nequeat, filijs tamen eiusdem obsit, vt in cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, & in cap. 1. §. Vasallus, si de feudo de-*

A *functi, &c. & in cap. 1. §. fin. quæ fuerit prima causa benef. amitt. & in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini sui. Nam vel ex hoc ipso manifestum est, filios in feudo non eodem cum agnatis iure uti, sed eos factum parentis magis luere ac præstare debere: neque vlla probabilis potest reddi ratio diuersitatis, quam ob causam vasallus quouis modo amittendo feudum, possit præiudicare filijs, alienando verò, hoc ipsi integrum esse non debeat.*

Respondeo, delictũ patris filijs in feudo antiquo non nocere, quod videlicèt non ex patris beneficio, sed aliunde filijs defertur, in quo feudorum genere nostra versatur disputatio. argum. l. 3. ff. de interd. & releg. l. 1. §. ult. l. 3. §. Si emancipatus ff de bonor. possess. contra tab. l. Si necem. §. Si deportatus. ff. de bonis libert. l. Cognouimus cum auth. sequenti. C. de hæreticis, ita omnium primus docuit Cynus, quem refert, & sequitur Bar. in d. l. 2. ff. de interd. & releg. Alex. in l. Si finita. § Si de uectigalibus. nu. 29. ff. de damno inf. Zasius de feudis, par. 6 num 96. Clarus. §. Feudum. q 66. vers. Sed quæro hoc casu.

B Et licet Pistorius in hoc articulo cõtrariam habuerit sententiam, q 6. nos tamen inferiùs, cap. 21. argumenta eius confutabimus: & ex ijs, quæ ibi adferemus, perspicuum erit, hanc responsionem bonam esse, & idoneam.

Nonum argumentum est, *quia ex parte domini iure feudorum expressè cautum est, hæredes eius teneri rata habere ea, quæ inuestiendo gessit c. 1. qui success. teneant cap. 1. §. Idem sciendum de nouis feudor. Si enim filius domini inuestientis tenetur præstare factum eius, sanè non video, cur non in persona vasalli idem ius esse debeat, cùm vtrobiq; eadem subsit ratio.*

Respondeo, hoc argumentum obstare sententiæ, quã secutus est Pinellus. Is enim existimauit filium licet hæres sit patris, reuocare posse feudum a patre alienatum. Nobis autem non obstat, quia fatemur, si filius sit hæres patris, præstare debere factum eius, nec reuocare posse quæ pater fecit.

Decimum argumentũ sumitur ex c. Titius. Si de feu-
C do fuerit controuers. inter dom. & agnat. vasalli, vbi extantibus filijs, solis agnatis ius reuocandi feudum conceditur, quod argumento est, filios feudum reuocare non posse. *Cur enim quæso*, inquit Pistorius, *agnati refuso precio reuocarent feudum, si integrum esset filijs defuncto parente feudum sine precio recuperare, & agnatis, qui caro emerunt, id iterum auferre? Nam omnem laborem in reuocando frustra ponerent, omnemque pecuniam profunderent; quod quia verisimile non est eos commissuros l. Cùm de indebito ff de probat. ideo minimè credendum eo in casu, in quo extantibus filijs iura feudalia de agnatorum reuocatione solicitè agunt, filijs ius reuocandi competere; sed potius ex hoc ipso statuendum est, eos feudum alienatum reuocare non posse.*

Respõdeo, uerisimile esse, agnatum refuso precio feudum ex iure retractus redemptum etiam filijs extantibus, licet filijs post mortem patris competat ius ad feudum uendicandum, si ei de euictione promissum, & cau-
D tum sit, & patris alienantis bona pro indemnitate suffectura sint; ita vt verisimile sit filium patris hæredem futurum, quo casu ille à reuocando feudo excluditur, aut certè in ipsis bonis Patris agnato sit prospectũ filio feudum reuocante. Et cùm verisimile id sit, & plerunque cõtingat, ut ad aliud propositum dicebat ipse Pistorius, filium patri hæredem futurum; Hinc efficitur haud quaquam uerisimile esse agnatum a reuocando feudum retardatum ac deterritum iri, eam ob causam, quòd metuat filium post mortem patris feudum recuperaturum, siquidem ut dictum est, Filius hæres patris non potest illud reuocare.

Vndecimum argumentum est, quia hæc uidetur esse mens, tam acquirentis quàm concedentis feudum, *vt tum demùm ad filios transire voluerint, si in eadem voluntate perseuerantes illud non alienauerint, atque inde hanc ipsam conditionem contractui inter dominum*

& va-

& vaſallum initio tacitè ineſſe, vt docuit Iſernia in cap. 1. §. Et ſi libellum, col. 3. de alien. feud. patern Eadem igitur lege atque conditione ad deſcendentes ſuos feudum tranſmiſiſſe cenſebitur acquirens, vt tum demùm ad filios eorum deuoluatur, ſi ipſimet non alienauerint. Nam regulariter conditio quam ab initio ex conuentione recepit contractus, ad hæredes etiam tranſmitti ſolet l. 2. § Ex his. ff. de verb. oblig. &c.

Reſpondeo, hanc quidem cōditionem inter dominū & acquirentem interpoſitam videri, & ideo acquirens feudum poteſt illud cum conſenſu domini alienare, etiā in præiudicium filiorum, vt ſuprà diſputatum & concluſum eſt, cap. 8. Cæterùm inter dominos & alios, qui primi non acquiſiuerunt, videri nō poteſt illa conditio cōceſſioni ineſſe, ut & ipſi qui non acquiſiuerunt feudum, ſed acquirentibus primis ſucceſſerūt, alienare illud poſſint in præiudicium, quibus ex prioribus ipſis acquiſitionibus & conceſſionibus ius quæſitum eſt: Imò verò ea primorum acquirentium intentio fuiſſe præſumitur, vt feudum quod ipſi acquiſiuerunt & non alienarunt, perueniat ad filios & nepotes, aliosque agnatos, qui ex inueſtituris vocantur, & comprehenſi ſunt, ut in familia & agnatione conſeruetur.

Duodecimum argumentum ſumitur ex §. Si alter ex fratribus in capitulis extraordinarijs, quē Cuiacius inter cæteraiura feudalia retulit, tit 83. lib 4. *Si alter ex fratribus*, inquit tex. *qui paternum habeat beneficium, ſuam portionem dederit domino, uel alicui extraneo, dominus uel extraneus tamdiu teneat ſine præiudicio, quàm diu ille qui dedit, hæredem maſculum habuerit, ſi uerò ſine hærede deceſſerit, alter frater ſi uixerit, uel eius hæres, ſine ullo obſtaculo & temporis præſcriptione beneficium quod hæreditarium eſt, uindicet à quocunque poſſidente*: Ecce (verba ſunt Piſtorij) *his uerbis diſertè aſſeritur, eum in quem feudum alienatum eſt, iſtud tam diu tenere, quamdiu is qui alienauit hæredem maſculum, id eſt, filiū habeat, In aperto igitur eſt, filium feudum alienatum reuocare non poſſe, cùm alioqui non tamdiu, quamdiu alienator hæredem habeat, teneret. ſed quàmdiu hæres non reuocaret.*

Reſpondeo, textum hunc non eſſe authēticum, cùm inter ordinarios textus nō contineatur. Pręterea locum habere poſſe eo caſu, quo filius ſit hæres patris, tūc enim is reuocare non poteſt feudum à patre alienatū. Et ideo quamdiu alienator hæredem habet, tamdiu is in quem alienatum eſt, feudum illud retinere poteſt: quia filius & hæres patris, nō poteſt quidem feudum reuocare, ſed impedit agnatum, ne illud reuocet: Neque enim agnatus filio exiſtente in medio, qui eſt gradu proximior, & ideo præfertur alijs, poteſt feudum vendicare.

Poſtremum argumentum eſt, quia ſi filij feuda à parentibus alienata reuocare poſſent, *bona feudalia omni commercio eximerentur, neque quidquam certi de illis poſſet conſtitui. Nam etſi omnes agnati, qui tempore alienationes ſuperſtites ſunt, conſentirent, filiorum tamen conſenſus impetrari nō poſſet, cùm illi uel nondum in uiuis, uel in minori adhuc ætate conſtituti eſſent, atque propterea nunquā ita de feudo poſſet contrahi, quin contractus ille progreſſu temporis in irritum reuocaretur, &c quàm autem id abſonum ſit nemo eſt qui non videat.* Et poſt pauca: *Vt interim omittam opinionem illam, quæ filijs ius reuocandi concedit, nec pietatis quidem rationi ſatis conuenire. Honor enim ille, quem vt parentibus liberi exhibeant diuina ſanctione ſeuerè adiguntur, à filijs hoc exigit, ne ea quæ pater ipſorum geſſit & contraxit, cum dedecore ipſius in irritum reuocent; ſed potius, vt ea quæ ipſi placuerant, pro debita reuerentia rata habeant, & ſuo etiam conſenſu approbent, &c.*

Reſpondeo, negādo impediri feudorum comercia & alienationes, licet filijs competat ius reuocandi. Primò, quia emens ſibi poteſt conſulere, exigendo etiam filiorum conſenſum. Secundò, quia poteſt ſibi de euictione ſtipulatione interpoſita idoneè, & ſufficienter cauere.

Tertiò, quia filij non habent ius reuocandi feudū, quoties patris ſunt hęredes, quod frequentiſſimè contingit. Quartò, quia emptor poteſt ſibi cauere in ipſis bonis alienantis feudum, uel ſi non habet, in precio quod ſoluit ita paciſcendo, vt illud cōuertatur in emptionem rerum immobilium, vel aliter ut euictione ſecuta ipſi conſultum eſſe poſſit.

Porrò, quæ de reuerentia parentibus à filijs exhibenda dicuntur, veriſſima ſunt, ſed ad eum caſum non pertinent, quo parentes de rebus filiorum diſponunt; tunc n. quæ a parentibus geſta ſunt, reuocari poſſunt à filijs, lege id permittente. l. 1. C. de bonis mater. niſi ſint hæredes patris. l. Cùm à matre C de rei vend. Quare nullam filius uidetur iniuriam patri facere, dum ſuo iure vtitur. l. Nullus videtur, de reg. iuris.

CAPVT XIX.

Poſſitne filius feudum à patre alienatum, eo viuente, precio reſtituto redimere.

Similiter in controuerſia eſt, an poſſit filius uti iure retractus, & precio reſtituto feudum à patre venditum redimere eo viuente. Nam ex c. Titius. ſi de feudo defuncti fuerit controuer. inter dom. & agnat. vaſalli, non rectè intellecto, plurimi interpretum eo in loco tradiderunt, poſſe filium uti iure retractus patre viuente: A quibus tamen receſſit Baro Schenck. in ſuis commentarijs, nec non Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. par. 1. quæſt. 13. eo fundamento nixus, quòd filius nec uiuente, nec mortuo patre feudum reuocare valeat, quod ſanè infirmū eſſe patet ex dictis in præcedente capite. Cæterùm præfatus Baro Schenck ita ratiocinatur. *Vnde obſecro viuente patre filijs nūmi & pecunia, quibus hoc precium emptori refundant? non enim ſemper caſtrenſe, uel quaſi caſtrenſe peculiū liberi poſſident. Item cum filij in patria conſiſtant poteſtate, quomodo eis hanc reuocationē facere integrū erit uiuo patre? Quantam porrò exiſtimes inter patrem liberoſque exorituram contentionem, aut ſi forte colludant, quàm fuerit indecorū, ſi quod hodie cū domini conſenſu alienauit pater, id protinus in irritum filij reuocare voluerint. contra l. Ea quæ à patre C de reſtit. milit.*

Ego puto veriſſimam eſſe hanc ſententiam, quæ negat filios uti poſſe iure retractus. Primò, quia nullus ex iure feudali locus proferri poteſt, ex quo iſtud ius competere filijs demonſtrari poſſit: Nam quod attinet ad dictum c. Titius. ibi non agitur de filijs reuocantibus feudum alienatum mortuo vel viuente patre, ſed de agnato, vt ſuprà latè explicauimus, cap. 9.

Secundò, quia in eodem c. Titius. habetur, agnatum poſſe feudum ſoluto precio reuocare ex iure retractus, etiam filijs extantibus, ex quo intelligi poteſt, filijs id ius non competere, quia alioqui agnatus tanquam remotior in gradu excluderetur.

Tertiò, quia ſi ad ius commune recurramus, quod ſeruatur in feudis, vbi deficit ius feudorum, cap. 1. de feudi cogn. conſtat non competere ius retractus ex l. Dudum. C. de contrah. empt.

Quartò, nam in hoc aperta eſt ratio differentiæ ac diuerſitatis inter filios & agnatos. Etenim agnatis competit ius retractus, quia ipſi eodem precio, quod ab alijs offertur, poſſunt à principio feudum emere, aut certè redimere eodē precio reſtituto, c. 1 § vlt. qualiter olim feud. poterat alien. c. 1. § Sed & res. per quos fiat inueſt. ſed filij non poſſunt. Nam inter patrem & filium emptio & venditio non conſiſtit, præterquam in caſtrenſibus. l. 2. ff de contrah. empt.

Igitur niſi filius pecuniam habuerit caſtrenſem, uel quaſi, emere non poterit. Nam ſi profectitiam habeat, illa eſt patris, quia in profectitijs nihil immutatum eſt, ſi verò aduentitiam, illius adminiſtratio, & vſusfructus

ad patrem spectat. l. 1. C. de bonis mater. consequenter non pōt eo authore contractus fieri, l. 1. ff de anth. tuto.

Quòd si filius emancipatus sit, vel pecuniam habeat castrensem, vel quasi castrensem, hæ quidem rationes cessant, veruntamen non crediderim ei concedendum esse ius retractus absque iuris feudalis authoritate: Est enim hæc res strictè potius quàm latè interpretanda, quoniam iuris regulis maximè aduersatur ius retractus, d. l. Dudum, C. de contrah. empt.

CAPVT XX.

Publicatis bonis vasalli propter delictum ab eo commissum, vtrum feudum publicetur.

INsignis controuersia est: Vasallus delictum commisit, propter quod eius bona, siue ex iure communi, siue ex statuto confiscanda sunt, vtrum feudum confiscari debeat. Variæ fuerunt nostrorum interpretum sententiæ. Prima fuit, feudum confiscari, quantum ad vtile dominium vasalli. Sed quia fiscus illud retinere nō potest, nec enim expedit domino feudi habere principē in vasallum: nec etiam id decet, idcirco feudum vendendum esse, & principem, siue fiscum partem precij pro æstimatione vtilis dominij consequi debere, dominū verò feudi alteram partem pro æstimatione directi dominij, aut vtile feudi dominium vendendum esse alicui, qui velit & possit seruire domino ipsius feudi. Ita docuit Spec. in tit. de feudis. § . Quoniam. quæst. 40. Eiusdē sententiæ alios commemorat Marcus Antonius Peregrinus, de iure & priuilegijs fisci, lib. 5. tit. 1. nume. 110. vers. Sciendum tamen est. vbi citat Socinum seniorem, & Socinum iuniorem, in aliquibus consilijs nihil hac de re dicentes, quantum mihi videre licuit accuratè quærenti.

Sed huius sententiæ nullum fundamentum inuenio. Nam text in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, ff. de damno infecto, quem Speculator adducit, nihil commune cum quæstione nostra habet.

Secunda est opinio, feudū hoc in casu confiscari, quātum ad commoda & fructus, qui ex eo percipiuntur, vt scilicet ad fiscum pertineant, donec vasallus vixerit: ita docuerunt Albertus Gādinus, & Guido Suzarius, quos refert & sequitur Albericus in 3. par. statutorum, q. 16. & in Authen. Item si dominus temporalis. C. de hæreticis. Baldus in c. 1. §. fi. in fine. Per quos fiat inuestitura. Afflictus decis. 282. nu. 14. Boerius decis. 264. Aegidius Bellamera decis. 725. Peregrinus vbi suprà, nu. 115.

Fundm̄ est primò, in l. Statius Florus. §. Cornelio Felici. ff. de iure fisci. Secundò in l. Si postulauerit §. Iubet, ff. ad leg. Iul. de Adult. vbi in vsufructuario ita constitutum est, *vt vsusfructus perceptio ad publicum incipiat pertinere*. Tertiò, in c. 1. § vlt. de capitulis Corradi. ibi. *Eo viuente, &c ad regem pertineat.* Quartò, quia id videtur rationi consonum, quandoquidem respub. læsa est ex delicto vasalli, vt princeps pœnæ commodum consequatur.

Sed hoc fundamentum re uera non est solidum, quia leges allegatæ nō loquuntur de feudo, sed de alijs rebus, quas certum est confiscari posse propter delictum possessoris: tunc enim ratio postulat, vt apud fiscum tamdiu maneant, quamdiu apud ipsum delinquentem mansissent, sed non loquimur de feudo, quod ob certas quidem causas amittitur, sed vtrum amittatur propter omne delictum, ob quod bona confiscantur, valde dubium & incertum est: Et text. in d. c. 1 §. vlt. de Capit. Corrad. loquitur quādo vasallus feudum amisit propter culpam suam, ut patet ibi. *Ipsum propter suam culpam perdat, &c.* Ratio denique illa locum habet, in alijs rebus, quas certum est confiscari ob delictum, non feudo, quod ex certis duntaxat causis amitti potest.

Tertia est sententia, distinguēdum esse, vtrum bonorum confiscatio fiat propter delictum, ob quòd vasallus

A etiam feudo priuatur, & tunc feudum ad agnatos pertineat, vel ad dominum secundum iura feudalia; an verò propter aliud delictum, & tunc ad fiscum peruenire debeat, & apud eū manere donec uixerit vasallus. Ita post Iserniam docuit Martinus Frecia de authoritate & potestate Baronis, lib. 2. authorit. 29. sequitur Hartmanus Pistorius, quæst. iuris, lib. 2. parte 1 quæst. 15. nu. 8.

Fundamentum est, quia hoc posteriore casu vasallus feudum non amittit, ergo ius quod ipse habet, ad fiscū, qui in omnia eius iura succedit, ex generali bonorū confiscatione pertinere debet. Exemplum adferunt de usufructu, quem pater habet bonorum filij. Nam si patris bona confiscata sunt, eam ob causam ex qua etiam patria potestas amittitur, tunc fiscus in vsufructu non succedit. Si verò eam ob causam, quæ patriam non aufert potestatem, bona sint confiscata, tunc fiscus in eo vsufructu succedit, eodemque iure vtitur, quo pater vteretur, na. Salicetus in l. Si quis post. C. de bonis damnator. de quo

B Alexander latè in l. Si finita. § Si de vectigalibus, nu. 51. ff. de damno infecto.

Sed hoc fundamentum valde est infirmum. Nam illa consequentia non est bona. Vasallus hoc in casu feudū non amittit, ergo ad fiscum transit. Imò uerò dicēdum est, si uasallus feudum non amittit, quia uidelicet nō cōmisit culpam propter quam feudo priuari debeat, ipsum retinere feudum, non autem ad fiscum transire: licet enī reliqua bona confiscari debeant propter vasalli delictū, non tamen sequitur, feudum confiscari, quia aliter iure cautum est de feudo, aliter de cæteris rebus. De feudo cautum est, ut ob certas causas amitti debeat. toto tit. quib. mod. feud. amittantur. & tit. quæ fuerit prima causa benef. amitten. & alibi, Ergo extra dictas causas nō amittetur, licet cætera bona amittantur ob delictū, propter quod bona publicari debēt. Quare non pertinet ad rem exemplum quod affertur de vsufructu, quia vsusfructus

C quem pater habet in bonis aduentitijs filij, eodem iure censetur, quo cæteræ res, quæ in confiscationem bonorum veniunt.

Quarta est sententia, feudū confiscari, quoties ita cōcessum est vasallo, ut etiam ad hæredes extraneos peruenire possit; Ita docuit Bossius tit. de bonor. publicatione, nu. 5. vbi tamen dicit, hoc procedere donec durat uita delinquentis: sed tamen absolutè hoc in casu confiscari, etiam post mortem delinquentis, respondit Crauetta in cons. 128. nu. 7. Eandem sniam, quod feudum ueniat in publicatione bonorum, quando ad hæredes extraneos transire potest, amplexi sunt Iacopinus in vers. dictique uasalli promiserunt non cōmittere feloniam, nu. 61. Curtius iunior cons. 4. nu. 20. Roland à Valle. cons. 29. nu. 17. lib. 3. Menoch de recup. possess. remedio 9. nu. 251. Prosper Farinac. lib. 1. q. crim. q. 25. nu. 71. uers. Vndesecus.

Fundamentum est, quia fiscus habetur loco extranei heredis, l. 2. C. ad l. Iul. de vi l. 1. C. de bonis libert. l. Eorū. ff ad l. Iul. Maiest. Ex quo regula hæc conficitur, Ea quæ

D ad extraneos hæredes peruenire possunt, etiam ad fiscū transire. latè Farinacius loco proximè annotato, nu. 51.

Sed vt liberè dicā id quod sentio, nullius momēti hoc fundamentum mihi vī, quia licet feudum ita sit concessum, ut ad quoscunque transire possit, non tamen suam in reliquis naturam amittit: præsertim quantū ad causas quibus amittitur. ita docet text. in c. de feudo non habente propriam naturam feudi in illis uerbis: *Licet propriā feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur, ut ex ijs causis ipsum amittat quibus & uerum feudum.*

Hoc ita posito, ego sic argumentor. Si feodū ita concessum, ut ad extraneos hæredes transire possit, iure feudi nihilominus cēsetur, & nō amittitur nisi ex ijs causis quibus verū feudum amittitur, ergo nō statim dicendū est, tale feudum ad fiscum transire propter delictum uasalli, cuius causa bona eius publicata sunt. Ratio est, quia fieri pōt, ut eiusmodi delictū non sit iusta causa amissionis feudi: Et dato quod sit iusta causa amissionis feudi,

quia

quia iure feudi censetur, sicut verum feudum non transibit ad fiscum, sed ad eos, ad quos feudũ pertinet, quòd vasallus propter culpam amisit.

Quinta igitur est opinio, quæ mihi verissima uidetur, feudum non pertinere ad fiscum publicatis bonis vasalli propter delictum, sed ad dominum, vel ad agnatos pertinere; addo ego, & aliquando ad ipsum vasallum. Ita docuerunt Bartolus, Castrensis, Imola, Alexand. & cæteri ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus, ff. de damno infecto. Decius in cons. 252. Clarus § Feudum. quæst. 84. Rolandus à Valle cons. 1. num. 31. lib. 3. alios citat Farinacius d. q. 25. nu. 62. & nu. 68.

Fundamentum est firmissimum hoc, sententia mea. Nam aut tale delictum vasallus cõmittit, propter quod non priuatur feudo, & tunc nulla est ratio, cur feudum ipse non retineat, si videlicet domino seruitium præstare possit, vel per se, vel per substitutum, ut declarat Alexander in d. §. De vectigalibus. nu. 16. & post eum Ruinus consi. 23. nume. 31. lib. 5. Nec enim rectè infertur, ut etiã superiùs dixi, ex eo, quòd fiscus ex publicatione bonorum succedit in delinquentis iura, etiam succedere in feudo, quia licet vasallus cętera bona amittit propter delictum, non tamen feudum amittit, nisi tale sit delictũ, quod inter caussas numeretur, quibus feudum amittitur. Si non sit tale delictum propter quod feudum amittitur, ergo illud vasallus retinet, nõ fiscus: alioqui propter illud delictum amitteretur, propter quod de iure amitti non potest, quod repugnantiam quandam atque absurditatem continere videtur.

Nec obstat si dicatur, licet delictum non sit caussa immediata amissionis feudi, tamen est caussa publicationis bonorum; qua bonorum publicatione, veluti uniuersitate quadam, etiam feudum contineri uidetur; quia multa cum vniuersitate transeunt, quæ aliàs non transirent. Nam respõdetur, caussam quidem publicationis bonorum esse delictum, sed non feudi, sicut aliorum bonorũ confiscationem inducere. Et in generali bonorum dispositione feudum non contineri. c. 1. §. in generali. si de feudo defuncti conten. fuerit inter do. & agn. vasalli, latè Dom. meus Cephalus cons. 29. nume. 12. lib. 1. Roland. à Valle cõs. 59. lib. 3. Deniq; leges, quę bonorum publicationem inducunt, nequaquam pertinere ad feuda posse, quia suis legibus reguntur feuda, non iure cõmuni; cõsequenter cum bonorum uniuersitate, feuda, hoc in casu in fiscum transire non possunt.

Aut verò tale est delictum à uasallo perpetratum, ob quod feudũ secundùm ipsas leges feudales amittere debet; & tunc cùm eisdem legibus cautum sit, ad quos feudum peruenire debeat, rectè infertur ad eos pertinere, nõ autem ad fiscum. Potiùs alijs feudum applicari, quàm fisco, vasallo culpam committente, propter quam feudũ amittere debeat, palam est, ex c. 1. Si uasallus feudo priuetur cui deferatur. c. 1. §. vlt. quę fuerit prima caussa bon. amitten. ex c. 1. an ille qui interfecit fratrem domini sui, & alijs in locis. Atque ita sentio, sed melius sentientis iudicio me submitto.

CAPVT XXI.

Quomodo accipiendum quod dicitur, vasallo delinquente extra personam domini, feudum ad agnatos pertinere, an pertineat ad eos tantum qui sunt in quarto vel ulteriori gradu?

FEudum ad agnatos pertinere vasallo delinquente extra personam domini, ita ut feudo priuandus sit, extra omnem controuersiam est. Sed variæ sunt sententiæ, quomodo id accipiendum sit, id est, vtrum ad eos duntaxat agnatos pertineat, qui sunt in quarto uel ulteriori gradu, an verò, etiam ad eos qui sunt in proximiori, puta secundo vel tertio. Etenim authores sunt multi ijque grauissimi, ad eos solùm pertinere qui sunt quarto vel vlteriori gradu agnationis coniuncti. Ita censuerunt Iacobus Beluisius & Baldus, & D. Baro Schenck in c. Si vasallus culpam. tit. si de feudo defuncti cõtentio sit. Iacobinus à S. Georgio in inuestitura feudali, vers. *Dictiq; vasalli promiserunt* num. 53. Curtius iunior de feudis. par. 5. num. 10 vers. *Tertia principalis conclusio*, Zasius in Epitome de feudis, par. 12. num. 103. 104. & sequentibus. Franciscus Duarenus de Feudis, c. 17. num. 3. Sonsbecius in vsus feudorum par. 13. num. 8. vers. *Secunda regula generalis*. Clarus §. Feudorum. q. 66. Ruinus consil. 23. num. 32. lib. 5. Rubeus consil. 76. num. 3. Socinus iunior consi. 68. num. 28. lib. 3. Alciatus cons. 80. nume. 4. Alexander de Neuo consil. 98. nu. 10. Berous cons. 77. num. 7. lib. 1. Menochius consil. 99. nu. 147. lib. 1. Bursatus cons. 148. nu. 7.

Sed contrarium respondit Aluarotus in c. 1. § vlt. quæ fuerit prima caussa beneficij amitten. conclus. 12. quem sequitur ibi Pręposítus col. 4. & non nulli alij, quos refert & probat Pistorius quæstionum iuris lib. 2. parte 1. q. 15. nu. 12. cum pluribus sequentibus. Isti responderunt, feudum ad proximiorem agnatum pertinere, nulla quarti gradus restrictione facta.

Prioris sententiæ argum. hæc sunt. Primum ex c. 1. §. Si vasallus. Si de feudo defuncti cõtentio sit inter do. & agna. vasalli, ubi tex. ita dicit: *Si uasallus culpam commiserit, propter quam feudum amittere debeat, neque filius, neque eius descendentes ad id feudum reuocabuntur sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos pertineat.*

Secundũ est ex c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Verba hæc sunt: *Vasalli delinquentis feudũ licet ad agnatos quandoq; pertineat filius tamen ad id nullatenus aspirabit, nisi id iterum a domino licitè acquirat, sibi gratiam faciente. verbi gratia. si non sunt alij ex latere quibus aperiatur, ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu sunt remoti ab eo, qui illud acquisiuit, & etiam usque in infinitum, dum tamen hoc constet, ab eo per masculos descendisse.*

Tertium argumentum est ex ratione petitum. Nam agnati, qui intra quartum gradũ sunt, quantò proximiores, tantò magis similes vasallo delinquenti præsumuntur, argum. l. Quisquis, C. ad legẽ Iuliam Maiest. l. Quod si nolit. §. Qui mancipia ff. de ædil. Edi. quæ suspicio non ita remotiores attingere videtur, ac proinde illi à feudo submouendi sunt, qui proximiores sunt, remotiores autem mittendi.

Posterioris autem sententiæ fundamentũ est primò in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem domini sui, in illis verbis: *Quia tamen erga dominum non fuerit facta* (scilicet felonia) *ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, si paternum fuerit, eodem prorsus obseruando, quãtum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Secundò in c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima caussa beneficij amittendi, in illis verbis: *Si verò non in dominum, sed alias grauiter deliquerit, vel graue quid commiserit, sicut ille, qui fratrem suũ interfecit, uel aliud graue crimen (quod parricidij appellatione continetur) commiserit, feudum amittit, & non ad dominum, sed ad proximos pertinet si tamen beneficium fuerit paternum, sic enim sæpe pronunciatum scio.* Tertiò, in ratione ita; quia videtur iniquũ esse, vt agnati, quibus ius quæsitũ est, propter delictũ vasalli damnum patiantur. Nemo enim odio & delicto alterius prægrauari debet l. Crimen ff. de pœnis. l. Sancimus C. eod. tit. l. Tutorem. ff. de his quib. vt indig. l. Non debet. de reg. iur.

His argumentis respondent prioris sententiæ authores, textus feudales, qui proferuntur pro posteriori sententia, ex alijs textibus declarandos esse, qui adferũtur pro confirmatione prioris sententiæ, ut nimirum proximiores, siue proximi in hoc proposito intelligantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu.

Quæ responsio repugnat uerborum naturæ l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cognati. l. Proximus. de verb. sig.

Sed

Sed & ad prioris sententiæ argumenta respondetur, A non hunc esse sensum textuum, qui adferuntur, vt ij dũtaxat agnati hoc in casu admittantur, qui sunt in quarto vel vlteriori gradu, sed quod attinet ad textum in d. §. Si vasallus, sensus est, agnatos vsque ad quartum gradũ admitti, quia vlteriores olim non admittebantur, vt patet ex c. 1. §. Hoc quoque, de success. feud. & ex c. 1. Hoc quoque, qui feudum date possunt Quod verò attinet ad textum in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, & c. Sensus est, admittit eos, qui sunt in quarto gradu, & etiam vsque in infinitum; non quia ij qui sunt in proximiori gradu excludantur; sed vt determinetur vsque ad quem gradum agnati admittantur, & textus dicit usque in infinitum.

Et quod maximè obseruandum est, non dicit textus eos admitti, qui sunt in quarto gradu coniuncti vasallo, qui delictum commisit, sed ei, qui feudum acquisiuit; ex quo fieri potest, vt a vasallo delinquentes, nõ distẽt quarto gradu, sed alio proximiori gradu; ex quo tota ratio prioris sententiæ euanescit.

B Ego video hanc litem ortam esse partim ex repugnantia textuum feudaliũ, partim ex obscuritate. Quid enim magis repugnat, quàm agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu. Item admitti vsque in infinitum? Aut quid magis obscurum esse potest, quàm dicere, agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu remoti ab eo, qui feudũ acquisiuit, siue sensus sit, eos qui sunt in proximiori gradu nõ admitti, siue sensus ille sit, admitti vsque ad quartũ gradum? Priorem sensum si author habuisset, id debebat exprimere, addita distinctione exclusiua eorũ, qui sunt in propinquiori gradu: Si posteriorem, illa dictio *vsque* adijcienda fuerat, hoc modo, agnati admittuntur vsque in quartum gradum.

In hac igitur obscuritate & repugnantia, mihi magis placet eorum sententia, qui agnatos admittendos putãt vsque in quartum gradum, ita tamen vt non excludantur qui sunt in secundo, siue in tertio, nec qui sunt vasallo proximiores; atque adeò posterior sententia mihi magis probatur. C

Primò, quia textus quibus nititur, sunt magis clari & perspicui, ac proinde æquius est obscuriores ex illis declarari, quam è contrario.

Secundò, quia responsio, quæ adfertur, textibus istis posterioris sententiæ non est satis idonea, cùm verborũ naturæ & significationi minus consentanea sit.

Tertiò, quia prioris sentẽtiæ textus satis obscuri sunt, & non incommodè ita accipi & interpretari possunt, sicut authores posterioris sententiæ eos interpretantur.

Quartò, quoniam hæc posterior sententia magis rationi consonat, & æquitati. Quid enim magis iniquum & contra iuris rationem esse potest, quam propter culpam, & delictum vasalli alios excludere innoxios? Auferre illis ius quæsitum ex antiquis inuestituris? Vocare remotiores exclusis propinquioribus? Alia est ratio in crimine læsæ maiestatis, vbi meritò in filijs delinquentis exẽpla metuuntur paterni sceleris, vt in l. Quisquis. C. ad legem Iuliam Maiest. Sed quid, quæso, hoc cum agnatis? ad quos nec ipsum læsæ maiestatis crimen vindictam extendit suam? D

CAPVT XXII.

Vasallo delictum committente aduersus dominum, cui feudum aperiatur, domino an agnatis?

CVm vasallus in dominum delinquit, & propterea priuandus est feudo, disputari solet, cui feudum aperiatur, atque applicetur. Et quantum mihi diligenter inquirenti intelligere licet, tres existunt Doctorũ sentẽtiæ. Prima dño feudũ aperiri. Secũda, ad agnatos ptinere. Tertia, feudũ ptinere qdẽ ad dñm, donec vasallus vixerit, q eũ offẽdit, cęterũ defũcto vasallo feudũ agnatis

A restituendũ fore, & ad eos spectare. Primò, authores adferemus. Secundò, argumenta. Tertiò, quæ sententia nobis videatur magis consona veritati adijciemus.

Priorem sententiam amplexi sunt. Gloss. in cap. vlt. in verbo *ad proximos*, q̃ fuerit prima caussa beneficij amitten. & alibi, Iacobus Belutsius & Baldus in d. c. vlt. Iacopinus in Inuestitura feudali in verb. *Dictiq, vasalli promiserunt*, nu. 58. Curt iun de feudis, par. 5. nu. 2. vers. Prima itaque erit conclusio. Zasius de feudis, par. 10. vers 4. conclusio. Duarenus de feudis, cap. 17. nu. 2. Sonsbecius de feudis, par. 12. nu. 1. Alexan. in consi 30. num 9 lib. 6. Ioan. de Anania consi 32. nu 5 Decius cons. 544. nu 30. Gozadinus consil. 84 nu. 3. Rubeus consi. 76. nu 4. Parisius consil. 21. nu. 51. lib. 1. Gratus consi. 2. num 11. lib. 1. Socinus iunior consi. 168. nu. 126. lib. 3. Berous cons 144. num. 28. & 58. lib. 1. Menochius consi. 99. num. 144. lib. 1. Bursatus consil. 148. nu 9.

Secundę autem opinionis authores sunt Gloss. in cap. 1. in §. Hoc quoque, vers. partem suam, de success. feudi, B & in cap. 1. si vasallus feudo priuetur, in fine. Hostiensis in summa. tit de feudis. Isernia in c. 1. §. Denique, nu 43. quæ fuerit prima caussa benef amitten. & in c. Imperialem. §. Firmiter, nu. 30 de prohibita feudi alien. per Fridericum, & in c. 1. nu. 4. de capitulis Corradi. Clarus in §. Feudum, q 66. vers. *Sed si feudum*.

Tertiæ opinionis authores sunt Isernia in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Iacobus Ardizo. de feudis, cap. 135. vers. *Ita sciendum est*. Afflictus in d. c. vlt. quę fuerit prima causa benef amitten. nu. 2. & in c. 1. nu. 6. Si vasallus feudo priuetur. Baldus in l. lege 12. tabularum. C de legiti. hæred. Matinus Frecia de authoritate, & potestate Baronis, authoritate 29. nu. 1 Cuiacius de feudis, lib. 3. tit. 2. & lib. 4. tit. 78. Crauetta consi. 855. nu. 13. lib. 5. Pistorius alios citans, & hanc sententiam latè defendens quæstionum iuris, lib. 2. parte 1. quæst. 15. num. 32. vsque ad finem. Menochius consil. 304. num. 35. lib. 4. & 534. num. 14. lib. 6.

C Fundamentum prioris sententiæ positum est in duobus textibus, qui hoc expressè dicere videntur. Primus est in c. 1. §. vlt. quę fuerit prima causa benef amitten. verba hæc sunt; *Denique sæpe quæsitum est, vasallo propter istam culpam à feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad successorem vasalli beneficium pertineat, sed hæc distinctio tam ratione, quam moribus comprobata est, vt siquidẽ vasallus in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos, sed ad dominum beneficium reuertatur, vt hanc saltem habeat sua iniuria vltionem.*

Alter locus est in c. 1 an ille, qui interfecit fratrem domini sui, in illis verbis: *Cum autem ad dominum respicit felonia, tunc feudum domino aperitur.*

Fundamẽtũ aũt secundæ opinionis positũ est in ijs locis, quibus dicitur, vasallo culpam committente, propter quã feudo priuari debeat, feudũ ad agnatos ptinere. c. 1. si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Itẽ, quia iniustũ esset, ut agnati, q bus ius quęsitũ est, feudo priuarẽtur ex delicto vasalli: siquidẽ culpa & pœna suos obligat autho D res. l. sancimus. C. de pœnis, & alter ex alterius delicto prægrauari nõ debet. l. Nõ debet de reg. iu. Et ad textus, qui pro priori snia adferuntur, rñdent, hoc modo, uidelicet, textum in d. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amitten. accipiẽdũ esse de filijs vasalli delinquẽtis, vt scilicet sẽsus sit, feudũ nõ pertinere ad proximos, id est, ad filios uasalli: qm̃ in filijs metuuntur exẽpla paterni sceleris, & ideo eos non posse ad feudũ aspirare inquit tex. in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Quòd uerò attinet ad textũ in c. 1 An ille, qui interfecit fratrem dñi sui, illũ accipiendũ esse doçent, deficientibus agnatis, ut sensus sit, feudum domino aperiri, si nulli extent agnati.

Tertiæ denique opinionis argumẽta hęc sunt. Primum est, quoniam agnatis nocere non debet culpa vasalli, vt iam dictum est; & ideo post mortem uasalli, qui culpã commisit, meritò feudum ad eos pertinet, qui post vasal

lum

lum ex inuestituris sunt vocati. Interea verò, cum vasallus vixerit, dominus feudum retinebit in vltionem iniuriæ suæ; Et hoc modo accipienda sunt illa iuris feudalis loca, quibus dicitur, feudum domino aperiri, *ut hanc saltem habeat suę iniuriæ vltionem*. Hæc enim verba *hanc saltem, &c.* significare videntur vltionem aliquam, non autem magnam, qualis esset, si etiam agnati, qui non deliquerunt excluderentur. Et eadem hæc ratio, vt hanc saltem vltionem dominus habeat suæ iniuriæ, attingit ipsum vasallum delinquentem, non autem agnatos, qui nihil peccarunt; Ergo neganti damnum iniustè patiantur ita hanc rem interpretari debemus, vt feudum post vasalli mortem ad agnatos pertineat.

Præsertim, quia nullibi expressim dicitur, agnatos iure suo priuari Ergo priuatio non est a nobis inducenda argum §. Cùm igitur, in Authent. de non eligendo secundo nuben.

Secūdū argumentum est ex l. Statius florus. §. Cornelio felici. ff. de iure fisci, & ex l. Cùm pater. §. Hæreditatē. de leg. 2. Sicut enim res restitutioni ex fideicōmisso subiecta manet interim apud fiscū, donec viuit grauatus, qui delictū cōmisit; ita etiā de feudo videtur esse statuendū, quia post vasalli delinquentis mortē agnatis restituendū est. Etenim etiam in feudis iuris cōmunis decisiones locū habent, vbi deficit ius feudorum. c. 1. de feudi cogni.

Tertium argumentum sumitur ex ca. vlt. de capitulis Corradi, vbi tex. ita dicit: *Item si clericus velutt Episcopus, Abbas, beneficium habens a Rege datum non solummodo personæ, sed Ecclesię, ipsum propter suam culpam perdat eo uiuente, & Ecclesiasticum beneficium uel honorem habente, ad Regem pertineat: Post mortem verò eius ad successorem reuertatur.*

Quartum argumentum sumitur ex aliquibus capitulis extraordinarijs feudorum, quæ sunt apud Cuiacium, lib. 4. tit. 78 & 79.

Mihi prior sententia magis probatur. Primò, quia nititur textibus valdè perspicuis, vt patet. Secundò, quia dicti textus aliam interpretationē recipere non possunt quàm hanc, vt feudum liberè ad dominum reuertatur, & absolutè. Hoc patet ex eo, quod textus illi negant ad proximos feudom pertinere: si enim saltem post vasalli mortem pertineret ad agnatos, non rectè diceretur ad proximos non pertinere, imò pertineret, vt patet. Quod sanè textus illi nō reticuissent, quia ex professo declarāt ad quos feudū deuoluatur, vasallo culpā committente, distinctione adhibita, vt ex eis patet. Hoc autē erat potissimum distinctionis membrū, & nullo modo omittēdum, scilicet feudū vasallo defuncto ad agnatos redire.

Tertiò, quia hæc sententia est communior, vt constare potest ex authoribus, qui eam secuti sunt, & cùm habeat eam bonum fundamentum in textibus prædictis, videtur certè præferenda alijs opinionibus, quæ nullo satis firmo nituntur fundamento.

Etenim quod attinet ad fundamentum secundæ opinionis ex textibus, qui dicunt, vasallo culpam committente, propter quam feudo priuari debeat, feudū ad agnatos pertinere, illud est valde infirmum; quoniam textus illi declarādi & interpretandi sunt ex alijs textibus, qui distinguunt, vtrum vasallus in dominum peccauerit, vel in alios, vt priore casu feudum domino aperiatur, posteriore autem agnatis.

Interpretatio verò, quæ adfertur ad tex. in cap. 1 §. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, nullius est momenti, quia text. negat feudum ad proximos pertinere: Et proximi sunt quos nullus antecedit. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cogn l. Proximos, de verb. sign. & consequenter siue sint filij, siue agnati, dicuntur proximi: Ergo cùm proximi excludantur, censentur exclusi omnes agnati & successores, qui alioqui feudum obtinerent.

Quæ verò adfertur interpretatio ad text. in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini sui, &c. nimirum, accipiendum esse, deficientibus agnatis, prorsus est inepta,

A quoniam tex. ille duos casus continet Primus est, quando felonia a vasallo commissa dominum nō respicit; tūc ait feudum ad proximiorem agnatum pertinere. Alter casus est, quando felonia respicit dominū, & tunc dicit, feudum domino aperiri: ex quo colligitur, feudum hoc secundo casu non pertinere ad agnatos, etiam si extent, sed ad dominū. Et cùm ex hoc textu agnati excludātur hoc in casu, hinc etiam apparet *proximos* & successores, quorum fit in hoc proposito mentio in d. §. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, accipiendos esse tam pro filijs, quàm etiam pro agnatis proximioribus, qui scilicet alioqui succederent in ipso feudo.

Quod vero dicitur iniquum esse, agnatos excludi propter culpam alterius, nimirum vasalli, sine dubio verum est regulariter, sed in feudis obseruandom est, id locum non habere. Nam filij vasalli excluduntur propter culpā parentis etiam in alios commissam, quàm in dominum: & tamen nemo dixerit iustum id esse, & æquitatis rationi consentaneam, aut iuris regulis, si quidem id tantum
B modò constitutum est in crimine læsæ maiestatis. l. Quisquis. § Filij. C. ad leg. Iul. Maiestatis, sed scilicet in feudis hæc ita constituta sunt, speciali quadam ratione: & omissis filijs: quantum ad agnatos, & alios proximiores, qui excluduntur ob culpam a vasallo commissam in dominum suum, ratio adfertur illa, *vt hanc saltem vltionē suæ iniuriæ dominus habeat.* Nā cùm vasallus ei maximè adstrictus sit fidelitatis iuramento, illa tacita conditio inesse uidetur feudi concessioni, & beneficio, vt vasallus fidelis sit, & nullæ ingratitudinis causam committat. Quod si commiserit, feudum amittat.

Quod si hæc pœna vasalli, & delictum istud etiā alijs nimirū proximis successoribus noceat, id verò spectari non debet, nec absurdum videri: quoniam hæc est natura feudi: & sicut vasallus ille dominum offendit, aut feloniam commisit, sic iustè timeri potest, ne cæteri etiam successores & proximi agnati illum imitentur: Et ius agnatis quæsitum quidem est ad feudum obtinēdum, sed
C non absolutè & simpliciter, verùm iuxta naturam feudi, & regulas, & obligationes eius, quæ sunt istæ, ut certis ex causis feudum amittatur, & ad dominum reuertatur qualis est causa de qua nunc agitur.

Ad argumenta verò tertiæ opinionis ita respondeo, ad primum non obstare illud, quod dicitur absurdum & iniquum esse, vt agnati excludantur propter culpam vasalli, quia vt iam dictum est, illud speciali quadam ratione in feudis non reputatur absurdum ac iniquum. Deinde non esse satis idoneam illam interpretationem, quæ adfertur ad textum in ca. primo, §. vltimo, quæ fuerit prima causa benef. amitten. vt nimirum, dominus hanc saltem habeat vltionem iniuriæ sibi illatæ, retinendo feudum donec vixerit vasallus, qui eum offendit, etenim textus dicit, feudum amitti, & ad dominum reuerti, nec addit illam restrictionem, scilicet donec uasallus vixerit Rectè sanè, quia non diceretur amitti propriè feudum, & ad dominū reuerti, si dominus illud agnatis restituere deberet. Deinde, quia textus negat feudum pertine-
D re ad proximos & successores vasalli: Hæc autem expositio contrarium uellet, nimirum pertinere saltem post mortem vasalli.

Nec ille modus loquendi, *vt hanc saltem ultionē, &c.* dictæ suffragatur expositioni, quia sensus est, cùm dominus sit offensus, & sine dubio ex ea offensione dolorem sentiat, & molestè ferat se beneficium ingrato homini contulisse, neque eum punire aliter forsan possit, saltem hanc iniuriæ suæ vltionem habere debet, vt feudum ad eum reuertatur: Neque est tam magna vltio, sicut uidetur, licet agnati maneant exclusi; quoniam vasallus ex beneficio commodum sensit usque ad illud tempus, quo culpam commisit: quod sanè commodum præteritum, & fructus perceptos et dominus auferre non potest; Nec fortè ipsum feudum æquiualet iniuriæ ipsi domino illatæ, habita ratione qualitatis

eiusdem

eiusdem domini, & fidelitatis, qua eidem vasallus ei ob strictus erat,& grauitatis offensæ ac iniuriæ.

Ex his patet illud etiam non obstare, quod in argumento dicebatur, agnatos expresse non excludi, imò verò disertè excluduntur, dum ita constitutum est, feudū non ad agnatos & proximos, sed ad dominum pertinere: Equidem non dicitur, agnatos a successione excludi, etiam post mortem vasalli, id enim tolleret omnem dubitandi ansam, sed dicitur ad agnatos feudum non pertinere, sed ad dominum reuerti, quod sufficit ad hoc, vt intelligatur, agnatos exclusus fore etiam post mortē vasalli, quia si post vasalli mortem succederent, illud erat exprimendum, vt dictum est suprà.

Ad secundum respondeo, argumentum non rectè sumi ex dictis legibus, quia in feudis aliter est constitutum vt nimirum feudum ad dominum reuertatur, quoties culpa eum respicit. idque absolutè accipiendum est, ex his quæ superius dicta sunt, non autem ad tempus vitæ vasalli.

Ad tertium respondeo, illum textum qui adfertur, loqui de feudo Ecclesiæ concesso, in, quo speciali quadam ratione merito constitutum est, vt clerico culpam committente, feudum ad successorem pertineat, quia delictum clerici non debet nocere Ecclesiæ. Adde quod nec textus loquitur quando culpa clerici, qui feudum habet, dominum respicit, licet negari non possit, quin cùm generaliter textus ille loquatur, etiam ad eum casum pertineat, in quo culpa in dominum commissa est; sed vt dixi specialis ratio id facit, in eiusmodi feudo, quoniam nō tantùm clerico, verùm etiam Ecclesiæ concessum est. Et idem in casu nostro huius quæstionis dicendum esset, si feudum æquè principaliter agnatis concessum esset, atq; ipsi vasallo delinquenti (quàm vulgò simultaneam inuestituram appellamus) tunc enim viderentur esse diuersi vasalli; vnde factum vnius alijs non noceret, sed nos loquimur, quando feudum antiquum ad vasallum, qui culpam commisit, pertinebat, & post mortem eius ad agnatos & proximos, ordine quodam successorio, vt fit regulariter in feudis, & secundum regulas, & naturam feudorum, non autem cùm agnati sunt principaliter inuestiti, tanquam principales, alijque, & diuersi vasalli a primis vasallis: ita vt in persona cuiusque videatur quodam modo esse noua concessio, vt declarat Curtius iunior de feudis, parte 5. num. 3. vers. Limitate nunc. & alij, vt per Bursatum cons. 225. nu. 187 lib. 2.

Ad quartum respondeo, capitula illa extraordinaria, esse apocripha, & non loqui de culpa a vasallo in dominum commissa.

CAPVT XXIII.

Delictum vasalli an & quando filijs noceat in feudo.

VAria ac diuersa Iurisconsultorum placita ac responsa de hac quæstione, ad quinque sententias reuocari possunt, quarum quarta & quinta mihi verissimæ videntur, aliæ verò minus probabiles, minusque iuri consentaneæ.

Prima hæc est, distinguendum esse inter feudum antiquum & nouum; Feudum antiquum vasallo delinquēte, seu culpam committente, propter quam priuandus sit ad filios transit. Nouum verò non æquè, sed in eo patris culpa filijs nocet.

Secunda, distinguendū esse, vtrū feudum concessum sit filijs, *vt filijs*, an verò, *vt heredibus*, primo casu, patris culpa & delictū filijs non obest, posteriori autem obest.

Tertia, distinguendum esse, vtrum filijs, vt filijs, ita competat ex antiquis inuestituris maiorum suorum, & tunc patris delictum eis non noceat, an verò ex ipsius parentis acquisitione, & tunc noceat.

Quarta, distinguendum esse, vtrum uasallus delictum committat, pp quod principaliter feudo priuari debeat, vt puta si contra dominum suum delinquat, vel contra- A connentionem feudalem aliquid faciat: & hoc in casu delictum vasalli filijs noceat: an verò sit tale delictum, propter quod non debeat principaliter feudo priuari, & hoc in casu vasalli culpa filijs non obsit.

Postrema sententia est, siue delictum sit contra dominum, aut conuentionē feudalem, siue illud delictum, pp quod vasallus ex iure feudali nominatim feudo priuandus est, eo in casu vasalli delictum filijs obesse. Si verò non sit tale delictum, secus: quæ sententia ferè eadem est cum quarta, sed tamen dilucidior est & plenior.

Videndi sunt Dynus in c. Non debet aliquis, de reg. iur. lib. 6. Cynus & Salicetus in l. 2 C. de libertis & eor. liber Bar. in l Eum qui. ff. de interd. & releg. Paulus Castrensis in cons. 311. nu. 3. lib. 1. & in l. Adoptiuum. §. vlt. nu. 4. ff de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *Delictū vasalli*, nu. 60. Alex. cons. 30. nu. 4. lib. 6. & in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, col. 12. uers. Adde etiā secundum Immolam, & ibid. Romanus, nu. 19. Immolensis in c. ex parte, B nu. 18. de feudis, Curtius senior, cons. 48. col. antepenult. Ruinus cons. 23. lib 5. Berous. cōs. 77. nu. 21. & 78. nu. 3. lib 1. Alex. de Neuo, cons. 92. nu. 6. Zasius de feudis, part. 10. §. *Nunc ad secundum huius tituli caput.* in prima conclus. Clarus, § Feudum, q 66. D. meus Cephalus in cons. 241. nu. 77. lib. 1. Rolandus a Valle, cons. 28. nu. 11. & 29. nu 33. lib. 3. & cons. 1. nu. 30. & cons. 60. num. 3. eod lib. Bursatus cons. 225. nu. 185. lib. 2 & cons. 148. nu. 6. Sonsbecius de feudis, parte 13. nu. 6. Natta cons. 593 num. 4. Menoch. cons. 99. Io Baptista Feretus cons. 390. num. 5. lib. 2. Pistorius lib. 2. parte 1. quæst. 16.

Prior sententia quæ distinguit inter feudum antiquū & nouum ideo uera non est, quia repugnat tex. in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur, & in c. 1. §. Si uasallus culpam. si de feudo defuncti cōtentio sit inter do. & agna. defuncti. quibus in locis dicitur, si vasallus culpā commiserit, propter quā feudo priuari debeat, filios ac descendentes eius non admitti, & loquuntur tex. citati C tam de nouo, quàm de antiquo feudo, quod ex eo patet, quia dicunt, *feudum ad agnatos pertinere*, si enim feudū nouum esset, ad dominum reuerteretur, non autem ad agnatos, neque enim in feudo nouo agnati succedunt, vt notum est.

Secūda autem opinio, quæ distinguit vtrum feudum sit concessum filijs, *vt filijs*, an verò, *vt heredibus*, atque adeò inter feudum, quod vocant ex pacto & prouidentia, & feudum hæreditariū, ideo vera non est, quia illa distinctio iuri feudali non est satis consentanea, quo uerbum *Heres*, de filio intelligitur, vt dictum est a nobis latiùs suprà hoc eod. lib. cap 3. Secundò, quia dicti textus non distinguunt, sed absolutè filios excludunt, agnatosque admittunt, vt patet ex d cap. 1. Si vasallus feudo priuet. ibi *Filius tamen ad id nullatenus aspirabit, &c.*

Tertia sententia confutatur eisdem rationibus, quoniam textus præallegati loquuntur de feudo, etiam anti D quo, & consequenter de eo, ad quod filij ex maiorū suorum acquisitionibus ac inuestituris uocantur, & tamen absolutè eos excludunt, vt dictum est.

Quarta denique ac postrema sententia ideo mihi uerissima videtur, quia iuri feudali & rationi æquitatis cōsentanea est. Etenim cùm uasallus culpam cōmitit, propter quam feudo priuari debeat, siue illa sit contra dominum, siue contra alios, dummodo sit talis, ob quam ex iure feudali indicta sit pœna priuationis feudi, perspicuū est, filios ad feudum aspirare non posse, id disertè loquitur text. in d. c. 1. *Si vasallus feudo priuet. cui deferatur*, & in d §. *Si vasallus culpam.*

Si verò delictum vasalli, siue culpa non sit talis, vt feudo priuari debeat, secundum iura feudalia, tunc alia est ratio: neque enim ad feudales constitutiones eo casu recurrendum est, quoniam non de hoc loquuntur. Sed alia ingrediendum est via; ista nimirum; si vasalli bona confiscata sint, feudum tamen non confiscabitur, sed ad eos pertinebit, qui post vasalli mortem succedunt, ex iure

compe-

competenti: ex antiquis inueſtituris: Etenim patris delictum non nocet filijs in ijs, quæ filius habet aliunde quã a patre. l. 3 ff de interd. & releg. ibi. *Quæ verè nõ à patre, ſed à genere, à ciuitate, à rerum natura tribuerẽtur, ea manere eis incolumia*, l. 1. §. vlt. l. 3. § Si mancipatus. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. Si necem. §. Si deportatus. ff. de bon. libert. l. Cognouimus, cum Aut. ſeq. C. de hæreticis.

CAPVT XXIIII.

Feudum a vaſallo alienatum abſque domini conſenſu, an domino aperiatur vel agnatis.

EXiſtimo feudum, ſiue nouum, ſiue antiquum, a vaſallo alienatum abſque conſenſu domini, liberè domino aperiri, ita vt nulla ratione ad agnatos pertinere poſſit, quanquam non ignoro, de hac quæſtione varijs diſceptatum eſſe ſententijs. Proferam in medium prius argumenta, quibus hæc ſententia liquidò demonſtratur, tum authores eius. Tertiò quid alij ſenſerint. Poſtremò argumenta eorum confutabo.

Quod attinet ad primum: hæc ſententia probatur primò authoritate textus in c. 1. de vaſallo, qui contra Conſtitutionem Lotharij Regis feudum alienauerit: *Si vaſallus* (ait textus) *contra conſtitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, ſi totum, perdat totum, ſi partem, partem perdat, & ad dominum reuertatur.*

Secundò, authoritate textus in cap. 1. Quibus modis feudum amittatur in illis verbis: *Si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit, aut pro pignore plus medietate obligauerit, ita vt tranſactum permittat uel dolo hoc egerit, amiſſione feudi mulctabitur*. Et hoc in caſu intelligitur, feudi ad dominum reuerti, ex ijs quæ paulò inferius textus ſubijcit, in exemplis amiſſionis feudi, in quibus ſemper feudum ad dominum reuertitur: Et licet non loquatur textus de amiſſione totius feudi, nil refert, quia medietatem feudi antiquo iure vaſallus abſque domini conſenſu poterat alienare, quod poſtea nouo iure immutatum eſt.

Tertiò, authoritate tex. in c. 1. Quid iuris, ſi poſt alienationẽ feudi vaſallus id recuperauerit, verba hæc ſunt: *Si vaſallus ante conſtitutionem Lotharij Regis feudũ alienauerat (quod in quibuſdam curijs pro parte, in quibuſdã pro toto olim licebat) & ipſum poſtea recuperabat, pro feudo ſibi retinebat, hoc eſt, in cauſam feudi recidebat. Hodie autem ſi ipſum alienauerit, ſiquidem illicitè, licet poſtea recuperauerit, tamen penes eum non remanebit, vtpote domino, ad quemcunque peruenerit, apertum.*

Quartò, authoritate c. Imperialem. § Callidis de prohibita alienatio feudi per Frideric. ibi. *Pœna authoritate noſtra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxiſſe, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.*

Quintò, authoritate c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. vbi text. ita dicit: *Si vaſallus contra conſtitutionem bonæ memoriæ Lotharij Imperatoris beneficium alienauerit, quæ dominum contemnere videtur, ad dominum beneficium pertineat. Scriptum eſt enim, ut precio ſe cariturum agnoſcat.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, hęc teſtimonia accipienda eſſe de feudo nouo, non autem de feudo antiquo, itẽ accipienda de feudo ſimpliciter cõceſſo, non autem de feudo conceſſo alicui pro ſe & filijs, quod appellatur vulgo ex pacto, & prouidẽtia. Nõ rectè quia repugnant verba textuum, quæ generalia ſunt, & omne feudum tam antiquum quàm nouum complectuntur. Repugnat etiam ratio, propter quam feudorũ alienatio fuit prohibita, quã adfert tex. in d. c. Imperialem. Etenim illa pertinet ad feuda omnia tã noua, quã etiã antiqua. Deniq; repugnat rõ illa propter quam feudum vaſallus

A amittit, illud alienãdo abſque conſenſu dñi. quia ſcilicet *dominum contemnere uidetur*, illa enim ratio æquè locũ ſibi uindicat in feudo antiquo, atque in feudo nouo.

Hanc veriſſimam ſententiam amplexi fuere olim Petrus Ceruotus à Baldo relatus in cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. Franciſcus Aretinus conſ 14 nu. 11. verſ Venio ad ſecundum. Sonſbechius de feudis, parte 13. num. 78. H. conſilio tertio. Piſtorius lib. 2. p. 1. quæſt. 17. qui declarationem addit, quæ mihi non probatur, vt paulò poſt dicam.

Iam quid alij exiſtimauerint paucis explicabo. Prima eſt ſententia eorum, qui dixerũt, feudum hoc in caſu ad filios pertinere, ſi extent, vel ſi nõ extent, ad agnatos: ita Gloſ. in c. 1. §. Hoc quoque, de ſucceſſ. feudi, & ibi Baldus Iſernia, in §. vl. quæ fuerit prima cauſa benef. amitt. & ibi dem Aluarotus concl. 46. & Afflictus nu. 7. Iacopinus in inueſtitura feudali verſ. Et cum pacto de non alienãdo, nu. 30. Io. Imolenſis in c. Ex parte nu. 12. de feud. Curt. iunior de feudis, par. 5. nu. 11. verſ. Quarta fit principalis

B concluſio. Zaſius in 10. par. nu. 94 & 104. Clarus §. Feudum q. 66. Alex. conſil. 30 nu. 7. lib. 1. & conſil. 30. nu. 9. lib. 6. Curt. ſen. conſil. 48. col. antepenult. Ruinus conſi. 7 nu. 12. lib. 1. Decius conſ. 108. nu. 9. & 544. nu. 31. Albertus Brunus cõſ. 306. nu. Gratus cõſil. 3. nu. 15. lib. 1. Marianus Socinus conſ. 77. nu. 121 lib. 1. & 101. num. 6. lib. 2. & tit. 12. nu. 2. eo. Siluanus conſil. 15. Rolandus a Valle, conſil. 60. nu. 9. lib. 3. Hippolytus Rimiuald. conſi. 339. nu. 121. lib. 3.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex §. Porrò, qualiter olim feudum poterat alienari: vbi dicitur, feudum alienatum redimi poſſe tam a domino, quàm ab agnato, ſed tamen agnatum domino præferri.

Reſpondeo, textum illum loqui ſecundum ius antiquum, quo licebat uaſallo uſque ad medietatem feudum alienare, abſque conſenſu domini, reſeruato tamen redemptionis iure tam domino, quàm agnatis, meritò vaſallus feudum non amittebat, ut in c. 1. de alie. feud. cap. 1. §. Item ſi fidelis, quib. mod. feud. amittitur. c. 1. §. Sed etiã

C res, per quos fiat inueſt.

Alia ratio eſt ſecundum noua iura, quibus feudi alienatio prohibita eſt abſq; conſenſu domini, & apertè conſtitutum, feudum alienatum ad dominum reuerti.

Secundum argumentũ eſt ex cap. Titius, ſi de feudo defuncti contentio fuerit inter dom. & agnatos vaſalli defuncti reſpondeo, illum textum ſimiliter loqui in eo caſu, quo alienatio erat permiſſa abſque conſenſu domini, nimirum medietatis feudi, ſecundum antiquas leges feudorum, conſequẽter non habere locum inſpecto nouo iure, quo alienatio eſt prohibita.

Tertium eſt ex eo, quod tunc feudum domino aperitur, cùm vaſallus in dominum peccauit, vt in §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneficij amitt. & in ca p. 1. an ille qui interfecit fratrem domini ſui, &c. Sed vaſallus qui feudũ alienat, abſque conſenſu domini, nõ uidetur in dominũ peccare, ergo, &c. Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam uaſallus hoc in caſu dicitur dominum contemnere,

D re, ut habetur in d. l. §. vlt. in verſ. Si vaſallus, & ſupra dictum a nobis eſt in quinto argumento.

Quartum eſt ex eo, quod pœna debet eis imponi, qui peccant, non alijs l. Sancimus. C. de pœnis. Ergo uaſalli culpa feudum alienatis, non debet, agnatis & filijs eius nocere. Reſpondeo, in feudis receſſum eſſe ab hac regula propter culpam uaſalli, illa enim facit, ut filij excludantur. c. Si uaſallus feudo priuetur cui deferatur: & hoc in caſu etiã, ut agnati excludantur, quia uidetur eſſe in dominum culpa cõmiſſa, quem vaſallus dicitur contẽnere, Habet enim feudi conceſſio hanc legem, vt vaſallus ſit fidelis, & non delinquat, ſi delinquerit ille priuatur feudo principaliter, & in conſequentiam filij & agnati.

Non obſtat ſi dicatur ex hoc ſequi, quod in poteſtate ſit vaſalli, culpa ſua inferre alijs præiudicium Nã ſi iſtud nõ eſt abſurdum in feudis. Quid enim ſi uaſallus a dño vocatus in expeditionem, ire recuſauerit, nonne feudũ amittit

amittit, illudque in suos vsus redigendi modis omnibus facultatem dominus habet, vt in §. Firmiter, de prohibit. alien feud per Fridericum? Et tamen hoc ipso ipsius facto alijs praeiudicat successoribus.

Quintum argumentum sumitur ex doctorum sententia in d. c. Titius, qui dixerunt feudum alienatum absque domini consensu redimi posse ab agnatis, etiā ante mortem vasalli alienantis. Respondeo, nec iuri, nec rationi satis consentaneam videri eam doctorum sententiam, ac proinde prius probari debere, deinde opponi.

Secunda est sententia eorum, qui dixerunt, hoc in casu feudum ad filios quidem vasalli, qui illud alienauit, non pertinere, sed tamen ad agnatos pertinere. Ita Iacobus Beluisins in §. vl. quae fuerit prima causa benef. amitt. & ibidem. Bald. Baro Schenck in d. c. Titius, si de feudo defuncti fuerit contentio, & ca. Ruinus consil. 214. nu. 16. lib. 1. & 112. nu. 10. lib. 4.

Fundamētum est in cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui patet: vbi patet, vasallo culpam committēte propter quam feudo priuetur, filios non admittu, sed agnatos.

Verùm responderi potest: id non procedere, quando in dominum culpa committitur, tunc enim agnati etiā excluduntur, vt in §. vlt. Quae fuerit prima causa benef. amitten. Hoc autem in casu culpa est in dominum commissa, quia vasallus dicitur cōtemnere ipsum dominum vt ibi.

Postrema est sententia Pistorij, loco proximè citato, existimantis, feudum quidem domino aperiri in hac facti specie, de qua nunc disputamus: sed tamen id accipiēdum esse, donec vasallus vixerit, qui dominum contempsit feudum alienando: Eo enim mortuo putat agnatis restituendum esse, sicut restituendum est quando vasallus culpam in ipsum dominum committit. Sed quoniam haec sententia in praecedente capite a nobis confutata est non possumus ei nunc vllo pacto adstipulari.

CAPVT XXV.

Si vasallus intra annum & diem non petierit inuestituram ad quem feudum pertineat?

SI vasallus intra annum & diem inuestituram non petierit, feudum amittere, & domino aperiri, non autem filijs vel agnatis, de iure respondendum esse non dubito, motus primò authoritate tex. in c. Imperialem. §. Praeterea si quis, de prohibita feudi alienatione per Fridericum, vbi ita dicitur: *Praeterea si quis infeudatus, maior quatuordecim annis, sua incuria, uel negligentia, per annum & diem steterit, quod feudi inuestituram a proprio domino non petierit, transacto hoc spatio feudum amittat, & feudum ad dominum redeat.*

Secundò, authoritate cap. 1. quae fuerit prima causa benef. amittendi, vbi ita dicitur. *Prima autem causa beneficij amittendi hęc fuit, & adhuc est in plerisque curijs, sed in nostra curia Mediolanensi non obtinet, quod si Vasallus per annum & diem domino suo mortuo steterit, quod hare dem domini sui inuestituram petendo, fidelitatem pollicendo non adierit, tanquam ingratus existens beneficiū amittit.* Si dē esse ingratus erga dominū, Ergo feudum quod amitit ad dñm reuertitur, sicut alias regulariter, quoties in dominum culpa est commissa, vt in §. vlt. eiusdē tituli.

Atque ita docuerunt Bald in c 1. col. 2. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Alexander cons. 51. num. 17. lib. 1. & consil. 10. nu 8. lib. 5. Paulus Castrensis ad l. Ado priuum. §. Paternum. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *qui quidem inuestitus* nu. 46. Pract. Papiensis in forma libelli, quo agitur ad reuocationem feudi, in verbo, nec superstitibus, col. 9. vers. *Tertio casu.* Decius consil. 141. nu 6. Curt. iun. consi. 47. col pen. Io. de Anania consil 32 in 2. dubio, & ibi Bologninus in additionib. Sonsbecius de feudis, par. 13. nu. 13. vers. Prima ergo conclusio. Pistorius alios citans lib. 2 quaest. iuris, pat. 1 quaest. 18.

Contrariā sententiam, feudū hoc in casu ad agnatos pertinere, amplexi sunt Andr. Isern. in c. 1. Si vasallus feudo priue. & in cap 1. de capitulis. Corrad. Aluarotus in §. vlt conclus. 2. quę fuerit prima caus beneſ. amitten & in c. 1. Quo tempore miles, & ibidem Afflictus nu. 6. & in c. 1. nu 18. de capitulis Corradi. Curt iun. de feudi, par. 5. in 5. concl. Socinus consil. 4. col. vlt. & consil. 66 lib. 1. Rolan. a Valle consi. 64. nu 9. lib. 2. & consil. 40. in fi. lib 3.

Nec desunt qui putent etiam ad filios pertinere, veluti Aluarotus & Praepositus d §. vlt. n. 20. & in ca. 1. Quo tempo. miles. Curt iun. par 5. nu. 10. in 5. concl.

Pistorius autem loco annotato existimauit, feudū quidem ad dominum reuerti, sed tamen hoc intelligendū, donec vasallus, qui negligens fuit in petenda inuestitura, vixerit, eo mortuo, feudum agnatis restituēdum esse.

Fundamentum eorum, qui agnatis fauent, illud est, quia haec vasalli negligentia & culpa in petendo inuestituram, non videtur esse delictum in dominum commissum, vt proinde is feudum accipere debeat, pro vltione iniuriae sibi illatae, iuxta d. §. vlt quae fuit prima causa benef. amitten. sed videtur esse culpa alia, non respiciens dominum propter quam feudum amittitur, quo in casu illius agnatis aperitur iuxta c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.

Respondent ad ea testimonia, quae dicunt feudū hoc in casu ad dominum reuerti, illa esse accipienda de feudo nouo, non autem de antiquo.

Sed nullius roboris hoc fundamentum mihi videtur primò, quia hoc in casu culpa videtur dominum respicere, cui vasallus fidelitatem praestare negligit, & ideo ingratus dicitur in d c. 1. q fuerit prima causa benef. amitten. Secundò, quia textus de hac quaestione nimis clari sunt decidentes feudum ad dominum reuerti. Nec illa expositio consistere potest, vt accipiendi sint de feudo nouo. Primùm, quia generaliter loquuntur, nulla distinctione adhibita inter feudum nouum & antiquū. Deinde, quia eadem ratio est in feudo antiquo, nimirum culpa & ingratitudo vasalli non petentis inuestituram, neque iurantis domino fidelitatem.

Eorum autem sententia qui dixerunt, filijs hoc in casu feudum aperiri, apertè confutatur ex cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.

Porrò quod Pistorius existimauit, ea ratione nititur, quod si vasallus feudum amittat, propter culpam in dominum commissam, eo mortuo feudū agnatis restituendum sit, quae sententia a nobis confutata est suprà c. 23.

Denique quod dixi, de anno & die, locum habet in vasallo, qui non est miles. Nam vasallus miles annum & mensem habet ad petendam inuestituram c. 1. quo tempore vasallus miles, &c.

CAPVT XXVI.

Gradus succedendi in feudo, an connumerandus sit secundum ius ciuile, vel Canonicum.

NOtum est omnibus discrimen cōputandi gradus consanguinitatis inter ius canonicum & ciuile, ex c. Ad sedem 35. quaest. 5. Errāt igitur, nisi ego fallor, qui putant in feudorum successione cōputandos esse gradus secūdū ius ciuile, allecti in eam sententiā ex c. 1. an ille, qui interfecit fratrē dñi sui, & c. in illis verbis: *Eodem prorsus obseruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Nā illa verba nō sunt accipiēda de legibus Ciuilibus, sed Lōgobardicis, l. 1. de success. tit. 14 lib. 2. legum Lōgobar. vbi dr. *Omnis parentela vsque in septimum geniculum numeretur*, &c. Vnde in §. Et quia vidimus, tit. De his qui feud. dare possunt, loco illorū verborū, *vsque, ad septimū gradū*, in aliquibus exēplarib. habetur, *vsque ad septimū geniculū*, teste Glos. Io. Andr. Probatur haec interpretatio. Nā & in tit de his qui feu. dare possint, dr, filios legibus a successione feudi remoueri

quod

quod non poteſt accipi, de legibus ciuilibus, quia repugnaret. l. Maximum vitium. C. de lib. præter. ſed de Longobardicis, vt declarat ibi Cuiacius.

Conſiderantur itaq; generationes à primo ſtipite, id eſt, ab eo, qui feudũ primus acquiſiuit prouenientes, ita, vt quot ſunt generationes, tot etiã gradus connumerẽtur. Hoc probatur diſertè in c. 1. *Si vaſallus feudo priuetur*, cui deferatur, in illis verbis: *Ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu ſunt remoti ab eo, qui id acquiſiuit*. Hinc *ſecundæ, & tertiæ generationis* mentio fit in c. Satis bene de proh. feudi alie. per Lotharium Habita tamẽ ratione lineæ, iuxta c. 1. de Natura ſucceſſionis feudi. Quæ cùm ita ſint, perſpicuũ euadit, ſecũdũ ius canonicũ fieri computationẽ: quia ius canonicum cõſiderat diſtantiam à ſtipite, ius aũt ciuile numerum perſonarum, vt notum eſt ex dicto c. Ad ſedẽ. Non obſtat quod dicitur de quarto gradu in c. 1. § Hoc quoque de ſucceſſ. feudi. Et de ſucceſſione feudi, quod olim vltra fratres patrueles non extenderetur. in d. c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poſſunt; quaſi fratres patrueles ſint in quarto gradu, quæ iuris ciuilis computatio eſt. l. 1. ff. de Gradibus, quia quod dicitur de ſucceſſione nõ extẽdenda vltra patrueles, nihil cõe habet cum eo, quòd dicitur de ſucceſſione moderanda uſque ad quartũ. Non ſunt coniuncta hæc, nullaq; neceſſitas hoc poſtulat, vt ſimul iungantur. Sit igitur ſucceſſio uſque in quartum gradum, accipienda ſecundùm textum in d. cap. 1. *Si vaſallus feudo priuetur*, nimirum ratione habita ſtipitis, à quo feudũ acquiſitum eſt, & proceſſit. Maneat & antiqua illa (poſtea tamen ſublata) reſtrictio ſucceſſionis, vſque ad patrueles: Nullum ſanè teſtimonium extat, quod eadem ſit cum ſucceſſione uſque in quartum gradum.

CAPVT XXVII.

Vtrum agnati in feudo ſuccedant vſque ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum.

HAnc controuerſiam, vtrum agnati in feudo ſuccedant vſq; ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum, iura feudalia pepererunt, quorum aliqua ſucceſſionem ad ſeptimum gradum reſtringunt, aliqua verò in infinitum extendunt, Ecce tibi tex. in c. 1 §. Hoc quoque de his qui feudum dare poſſunt. de ſeptimo gradu teſtimonium præbet, illis verbis; *Licet moderno tempore vſq; ad ſeptimum gradum ſit vſurpatum*. Aliud teſtimonium eſt in cap 1 §. Hoc quoque. de ſucceſſ feud. ibi: *Alij dicunt vſque ad ſeptimum gradum*.

Contra verò in infinitũ agnatos ſuccedere docet tex. in cap. 1. de Natura ſucceſſ. feudi. ibi: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum, ſi feudum ſit paternum* Et in c. 1. Si uaſallus feudo priuetur, cui deferatur. ibi: *Et etiam vſque ad infinitum, dum tamen hoc conſtet ab eo per maſculos deſcendiſſe*.

Sed uidetur ijs teſtimonijs obſtare id, quod habetur in c. Sæpe. in fine, de prohib. feud. alien. per Lotharium. ibi: *Et vſque in infinitum perueniet, ſi hoc actum erit*. Videtur enim tex. innuere, tunc ſucceſſionem extendi in infinitum, cùm id actum eſt, ſcilicet inter dominum, & uaſallum; & conſequenter, ſi actum non ſit, non extendi.

Igitur priorem ſententiam quæ ad ſeptimum gradum ſucceſſionem reſtringit, amplexi fuere Io. Andr. in d. c. 1. §. Hoc quoque de ſucceſſ. feud. Bald. in c. 1. nu. 4. de feudo Marchiæ. Iaſon ad l. Certum. C. Vnde cognati. & in conſ. 114. lib. 1. Gratus conſ. 9. lib. 1. Martinus Laudenſis inter conſilia Alberti Bruni conſ. 109. Brunus ipſe conſ. 80. num. 17. Gozadinus conſ. 26. Socinus iunior conſ 76. nu. 72. lib. 1. Pariſius conſ. 25. circa finem, lib. 1. Ferratus in vſus feudorũ, lib. 3. c. 2. verſ *Quibus porrò deſinentibus*. Hieronymus Schurff. conſ. 139 inter conſilia feudalia.

Fundamentum eſt in textibus priore loco citatis. Ad contrarios textus reſpondent hoc modo, quod attinet

A ad c. 1. de natura ſucceſſionis feudi, uerba illa, *ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum*, omittenda eſſe. Non rectè, quia repugnat fides communium exemplarium, in quibus illa uerba leguntur.

Secundò reſpondent, illa verba, *in infinitum*, non denotare gradum, ſed hoc ſignificare ſemper, uſque in infinitum requiri, ut in feudo ſuccedere uolens per maſculos deſcendat. Non rectè, quia ſic textus loquitur: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum*. quorum verborũ ſenſus eſt, omnes per maſculos deſcendentes in infinitum, id eſt, abſq; certarum graduum definitione ſuccedere, non autem omnes per maſculos deſcendentes tantùm, ad differentiam eorum, qui per maſculos nõ deſcendunt: Si enim hoc textus dicere uoluiſſet, alijs verbis vſus eſſet, ſcilicet *ſolos deſcendentes per maſculos ſuccedere*, vel ſimilibus.

Tertiò reſpõdent, illa verba, *in infinitum*, accipienda eſſe de ſeptimo gradu, ſicut dr̃, agnatos admitti, etiamſi longiſſimo gradu diſtent in §. Cęterùm. in Inſti. de legiti- B ma agnat. ſucceſſ. Longiſſimus tamen gradus ad decimũ reſtringitur. § vlt. in Inſtit. de ſucceſſ. cognato. Præſertim, quia legibus Longobardicis ſucceſſio ad ſeptimum geniculum reſtringitur, ut dictum eſt ſuprà, cap. præcedenti, ſic & actiones perpetuæ dicuntur, licet ad triginta annos reſtringantur.

Non eſt ſolida reſponſio, quia uerborum proprietas repugnat, nempe *in infinitum*, quare non poteſt ad ſeptimum gradum reſtringi. In exemplis allatis reſtrictio locum habet, quia alijs legibus ita expreſſum, & declaratum eſt.

Quòd uerò attinet ad tex. in c. 1. Si uaſallus feudo priuetur. Baldus reſpondet, illum textum locum habere, eo in caſu, quo agnati ſuccedunt ob uaſalli delictum: ſed nihil ualet hæc reſpõſio, quia nec ratio diuerſitatis eſſe poteſt, & ſucceſſio illa ob delictum pendet ex ordine ſucceſſionis legibus præſcriptæ.

Poſteriorem itaq; ſniam, nempe agnatos in infinitũ C ſuccedere, authoritate textuum, quorum antea facta eſt à nobis mentio, amplexi fuere Glo. in c. 1 verſ. vſque. de ſucceſſ. feud. & in c. 1. de feudo Marchiæ, & ibidem Iacobus Beluiſius, Aluarotus & Præpoſitus, Afflictus in c. 1. nu. 12. Si vaſallus feudo priuet. Curtius iunior tract. feudorum, 2. par. 3 partis princ. nu 48. D. Baro Schenck, & Eguinarius Baro in §. Hoc quoq; de his qui feudum dare poſſunt. Zaſius par. 8. de ſucceſſ. feudi. uerſ. Tertia concluſio. Sonsbecius par. 9 nu 84. Duarenus in Conſuetud. feudales, cap. 11. num. 16. Hanetonius de iure feudorum, lib. 2. c. 5. Clarus § Feudum. quæſt. 79. Ancharanus conſ. 334. Decius conſ. 85. Curtius ſenior conſ. 74 Couua lib. 3. uariar. reſol. cap. 5. num. 4 uerſ. Quinto hinc. Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. parte poſteriore, q. 19.

Ad textus contrariæ opinionis plerique reſpondent, accipiendos eſſe de agnatis, qui non a communi parente feudi primo acquiſitore deſcendunt, ſed a duobus fratribus feudum acquirentibus procreati ſunt: atque inde D diſtinctionem iſtam conſtituunt, quam & Conſuetudine Germaniæ, & Imperialis Cameræ præiudicijs receptam teſtatur Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 150. Aut feudum antiquum ad deſcendentes ſemel tranſitum fecit, poſtea uerò ad collaterales peruenit: Et tunc agnati in infinitum ſuccedunt: Ita accipiendus eſt text in cap 1. de natura ſucceſſ feudi. Aut feudum non fecit ſemel tranſitum ad deſcendentes, ſed ex pacto, uel alijs caſibus, quibus poteſt, à primo acquirente ad collaterales peruenit; & tunc locum habet ſucceſſio uſque ad ſeptimum gradum tantùm; ita accipiendus eſt tex. in c. 1. §. Hoc quoque. de his qui feud. dare poſſunt.

Non placet hæc diſtinctio, quia repugnat tex in c. 1. §. Hoc quoq; de ſucceſſ. feudi, vbi ſucceſſio ad ſeptimũ gradũ reſtringitur, & tñ textus loquitur de feudo paterno. ibi: *Et olim obſeruabatur uſq; ad quartam gradum tantùm ſecundum quoſdam, hoc ideo, quia poſtea non uocatur*

feudum paternum. Alij autem dicunt vsque ad septimum gradum. Ex quibus verbis apparet, in feudo paterno nō esse successionem vltra septimum gradum; Ergo etiam descendentes ex communi patente, qui feudum acquisiuit, non poterunt vltra septimum gradum succedere.

Secunda responsio ad textus contrariæ sententiæ hęc adfertur, illos accipiendos esse secundùm priora tempora & iura; nam feudorum successio semper vlterius processit, ut constat ex toto titulo de his qui feud. dare poss. quare non est mirum, si postquam ad septimum gradū porrecta fuit, etiam ulterius processerit, atque adeò in infinitum nunc extendatur: Itaque sic iura iuribus concordanda sunt, ut posteriora præferantur, quæ successionē magis extendunt l. vlt. ff. de Cōstitu. Principum. Et progressus successionis ita designari poterit. Primò, feuda successionem non habuerunt Secundò, ad filios deuenerunt. Tertiò ad nepotes, & ad fratres, vbi feudum est paternum. Quartò, vsque ad fratres patrueles. Quintò, vsq; ad quartum gradum Sextò, vsque ad septimum. Postremò, vsque in infinitum, ad omnes descendẽtes ex primo acquirente. Atque in hanc sententiā ego sum procliuior.

CAPVT XXVIII.

Tres controuersiæ explicantur de feudo nondum aperto. Prima, an concedi à domino possit, ante mortem illius qui feudum obtinet. Secunda, quid si purè concedatur. Tertia, quid si viuens vasallus liberos habeat?

TRiplex controuersia agitari solet de feudo nondum aperto domino, siue nondum vacante, an concedi possit à domino. Exemplum: vasallus feudum tenet, vtrum dominus possit alteri illud concedere sub ea conditione, si uasallo defuncto feudum ad se reuert: tur, absque consensu ipsius uasalli viuentis. Hęc est vna. Altera est, quid si concedatur purè? hoc est, omissa illa conditione, *si vasallo defuncto, &c.* an valeat concessio. Tertia, quid si vasallus feudum possidens liberos habeat, & fiat concessio sub conditione iam dicta. Has tres controuersias breuiter explicabo. Quod attinet ad primam, prima fuit olim sententia Placentinorum, non valere hanc concessionam, vt habetur in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissoriæ. Secunda est sententia Andreæ de Isernia in cap. 1. §. Moribus. Si de feudo defuncti fuerit controuet. inter domin & agna. vasalli, vbi dicit, moribus quidem receptum esse, vt ualeat concessio, sed tales mores prauos esse, & non seruandos generaliter, sed duntaxat cùm à Principe fit concessio, secus si ab alio inferiore. Iserniam sequitur Afflictus decis. 192. adstipulatur huic sententiæ, quod ita constitutum sit de præbenda nondum vacante, vt à Summo Pōtifice conferri possit. c. Proposuit, de concess. præben. nō autem ab alio inferiore. c. 1. & c. eodem tit.

Tertia est sententia Iacopini à S. Georgio in Inuestitura feudi, in verbo, *Inuestiuit*, post nu. 12. concessionem hanc valere, si fiat in genere, puta, si cōcedatur feudum vasalli viuentis in genere, nullo scilicet certo vasallo demonstrato, secus autem, si concedatur feudum alicuius certi hominis ac vasalli viuentis Argum. l. 3. §. De illo. ff. pro Socio. Iacopinum refert & sequitur Menoch. consi. 1 nu. 420.

Postrema est snia vera & cōmunis, ualere hanc cōcessionem feudi, sub conditione factā, si contingat feudum vasallo mortuo ad dn̄m reuerti, nullamque adhibet hęc snia distinctionem, ita Baldus in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis Cōmissor. & in d. c. 1. §. Morib Si de feudo defuncti fuerit contenno inter dom. & agna. vasalli, & ibidem Aluarotus & Afflictus, Alciatus ad l. vlt. C de pactis. Soc. sen. consi. 53. lib. 3. Soc. iun. consi. 76. nume. 119. lib. i. Zasius de feudis, par. 6. nume. 2. Rolandus à Valle

A consi. 2. num. 44. lib. 1. Andreas Geyll. lib. 2. obseruat. 155. Pistorius quæst. iuris lib. 2. par. posteriori, q. 25.

Fundamentum est firmum in d. §. Morib. cuius hæc sunt verba: *Moribus receptum est, dominum de feudo militis sui, quod post mortem ipsius ad dominum reuerti sperabatur, in alium militem inuestituram facere posse, quæ inuestitura tunc demum capiet effectum, cùm feudum domino aut heredi suo fuerit apertum, secus est in ecclesiasticis personis. Nam si ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, nen etiam successors suo feudum aperiatur. Et in tali inuestitura consensu eius, de cuius feudo fit, exquiri non oportet.* Concordat tex. in c. 1. qui successo. tenean. & in c. 1. qui successo. feud. da. tene. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissor. & in c. 1. de clerico, qui inuest. fecer.

Alia adferuntur argumēta tum à Baldo, tum ab alijs, sed nullum mihi uidetur sufficiens. Etsi enim probari

B possit, dominum feudi rectè illud conferre, quandoquidem de re sua disponit sub ea conditione, de qua dictum est, tamen negari nō potest, quin illud petens atque impetrans, contra bonos mores facere videatur, quādoquidem ostendit, se sollicitum esse de viuentis feudo, ac proinde, vt mortem eius espectet, ac forsitan quoque desideret, facilè induci potest.

Sed quoniam moribus ita receptum est, ut patet ex textu Cōsuetudinum feudaliū, quas oportet sequi, ideo huic sententiæ omnino inhærendum est; quanquā aliæ diuersæ sententiæ non improbabiles sint, & ranone nitantur iuri & æquitati consentanea, sed mores & consuetudines feudorum meritò præferendæ sint.

Quod attinet ad secundā cōtrouersiam, quid iuris in successione feudi nōdū aperti purè factā? Respōdeo, Baldum in cap Si quis fecerit inuestituram, quo tēpore miles, in hac snia esse, vt valeat, si contingat feudum ad dominum reuerti, vasallo sine liberis decedente, licet purè

C facta sit concessio, ut valeat, inquam, in duobus casibus. Primus est, si stipulatio interuenerit. Alter, si is, cui facta est concessio feudi possessionem nactus sit. Cæterū ego potiùs assentior Afflicto in commentarijs eiusdem loci, nu. 15 neganti eam concessionem valere. Nam certū est, feudum viuentis vasalli purè non posse alteri à dn̄o concedi in præiudicium ipsius vasalli, captè secūdo, de feudo dato in viecem legis Commissor. c 1. de inuestir. de re aliena. facta, c. 1. de clerico qui inuestit. facit, & in c. 2. qui successores teneantur. ibi: *Nam si quis fuerit inuestitus purè de alieno feudo, non valet habita inuestitura.* Igitur ea concessio purè facta non valet. Quod autem à principio non valet, tractu temporis, & ex post facto conualescere non potest. l. Quod ab initio, de regulis iuris. Vide Pistorium dicta quæst. 25. nu 14.

Quod attinet ad tertiā controuersiam, communis est & vera sententia, concessionem factam sub ea conditione, non valere eo in casu, quo vasallus viuens, & feudum

D possidens liberos habet & successores, ita Glos. in cap 2. de feudo dato in vicem legis commissor. & ibidem Isernia, & Afflictus nu. 71. Probatur ex d. c. 2. in suis verbis: *Hoc autem dicendum est de eo milite, qui feudi successores non habet*, & ex d. §. Moribus, in illis verbis, *quod post mortem eius ad dominum reuerti sperabatur.*

At contra Pistorius d. q. 25. nu. 20. idem putat dicendum licet vasallus liberos habeat; si liberi eius absque hæredibus defuncti sint, ita ut feudum ad dominum reuertatur Primò, quia est eadem ratio, etiam hoc in casu, cùm nulli extent liberi, & feudum ad dominum reuertatur. Secundò, quia ille casus, quo liberi non extent, in usibus feudorū expressus est, quoniā sępius accidere potest. Nam cùm vasallus liberos habet, vix contingere potest, vt eius feudum sub ea conditione impetretur, si tamen casus eueniat, idem omnino dicendum videtur.

Sed doctissimum Pistorium meminisse oportuit, hic agi de consuetudine odiosa valde, & regulis iuris repugnante, quibus eiusmodi pactiones, & tanquā cōtra bonos mores,

mores, & plenę tristissimi ac periculosi euentus reprobantur. l. vlt. C. de pac. Quare cùm moribus receptum sit, vt in feudis hæc ratio non obstet, sed alias inuestiri possit, de feudo nondum vacante, & aperto in eo casu, quo vasallus successores non habet, & spes est feudum ad dominum reuersum iri, mores isti feudales & consuetudines strictè accipiendæ sunt, & non vltra expressos casus extendendæ. Quod enim contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias. l. Quod verò contra rationẽ ff. de legibus. Omitto sciens prudensque allegationum plaustra. Consuetudinem stricti iuris esse, extra suos terminos non esse extendendam, quia res est omnibus perspicua.

CAPVT XXIX.

Successor Episcopi inuestientis aliquem de feudo alterius vasalli viuentis, cum consensu capituli, sub conditione illa si feudum sibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inuestituram, si Episcopus ante vasallum, qui feudum possidebat, decesserit?

EXtat in usibus feudorũ sub tit. Qui successores feudum dare teneantur, constitutio quædam in hæc verba: *Si verò Archiepiscopus, Episcopus, vel Abbas, vel Abbatissa inuestituram eius feudi quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius qui possidet, habeat: & ante decesserit Archiepiscopus, quàm ille qui feudum possidebat: successores eorum non coguntur eam inuestituram facere, vel cõfirmare, etiamsi pares eius curiæ adsint testes, vel breue testatum inde sit: nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet, &c.*

Conclusio hæc colligitur, successorẽ Episcopi, &c. nõ teneri ratam habere inuestiturã, si Episcopus, qui inuestiuit, antè decesserit, quàm ei feudum fuerit apertum. Idem habetur in c. 1. de clerico, qui inuest. fecit ibi *Si tamen ante decesserit inuestitor, quàm feudũ ad eum reuertatur, successor nõ cogitur eam habere ratam.* Et in c. 15. Moribus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vasalli. ibi. *Nam si Ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, non autem successori suo feudum aperiatur.* Et in c. qui succes. teneantur.

De inuestitura facta cum cõsensu Capituli ab Episcopo nullum verbũ, nulla mẽtio in relatis textibus. Quid igitur statuendũ erit, si Episcopus illam fecerit cum consensu Capituli? nunquid successor, cui feudum apertum sit, eam habere ratam teneatur? Respondit Afflictus tenere, in cõmentarijs d. c. 1. Qui success. feud. dare teneã. n. 14. Refert & sequitur Pistorius lib. 2. q. parte posteriori, q. 27. post num. 15. vbi refert idem respondisse Collegium Lipsiensium & Francofordiensium Iurisconsultorum, eaque responsa simul annectit.

Sed licet ego is non sim, qui vel sapientior tot Iurisconsultis videri velim, vel eis fidem abrogare; tamen si licet mihi, id quod sentio libertè proferre, longè diuersam habeo sententiam hac in re: quam vbi confirmauero, & contrarium refutauero, tum cãdidis lectoribus liberum relinquam iudicium, & ad veritatem, nisi fallor, inueniendam faciliorem aditum præstabo.

Existimo nullum esse discrimẽ in proposita facti specie, siue Capituli consensus adhibeatur, siue non adhibeatur. Primò, quia in textibus iam relatis, nõ constituitur huiusmodi discrimẽ. Secũdo, quia nec vlla est ratio diuersitatis. Nã ideo successor Episcopi nõ tenetur ratã inuestiturã habere, quia obligatio non potuit incipere ex persona eius. Etenim obligationes quidem incipere possunt ex persona, & contra personam hęredis, ut Iustinianus statuit in l. 1. C. ut actiones ab hæred. & cõtra hæredes incipiãt. Sed hic successor in dignitate non est hæres Episcopi, qui inuestituram fecit, nec dignitatem ab ipso Episcopo defuncto habet, sed ab alijs, a quibus electus est. Ergo non tenetur ratam habere defuncti Episcopi inuestituram. Nam obligatio nunquam incepit in per-

A sona defuncti Episcopi, qua inuestituram sub conditione fecit, *si feudum esset illi apertum*. Hæc conditio non euenit eo viuente, ergo nec obligatio orta fuit l. Cedere diem, ff. de verb. sign. Non potest autem oriri, atque incipere in persona successoris, quia successor non est hæres illius. Hæc ratio locum habet, siue inuestitura facta sit absque Capituli consensu, siue cum consensu Capituli: Nam, & si Capitulum semper extet, & ab eo incipere obligatio possit, tamen id non sufficit ad constituendam obligationem Episcopi, qui successit. Itaque ut maximè Capitulum ratam inuestituram habere teneatur, quia consensit, non tamen efficitur, Episcopum successorem teneri, qui non consensit, nec ullum ius habuit.

Potestne Capituli consensus præstitus Episcopo præsenti, istud efficere, vt obligatio, quę nõ incepit unquam in persona Episcopi præsentis, incipiat in persona Episcopi postea succedentis?

Sed uideamus quanti sint ponderis contrarię sententiæ argumenta. Primum est, quia Episcopus dicitur esse
B administrator, non dominus rerum Ecclesiæ, cap. 2. de donatio. c. vlt. 12. quæst. 1. Qui verò mortuo eo succedit, non dicitur causam habere ab ipso, sed ab alijs qui eum elegerunt, quare nec tenetur ratam habere inuestituram ab eo factã. Hæc ratio cessat ubi cõsẽsus Capituli adest.

Respondeo, non hanc esse causam, cur in nostra facti specie successor non teneatur ratam inuestituram habere, quia uidelicet Episcopus antecessor non possit successorem obligare. Nã cùm Clericus feudũ concedit, quod est Ecclesiæ, nõ solùm ipse, verùm etiã illius successores obligantur, c. 1 de clerico, qui inuestiturã facit ibi: *Ipse & eius successor ipsam adimpleãt*, sed hoc est illa, quã dixi, quia scilicet feudũ nõ est apertũ ipsi Episcopo uiuenti, qui inuestiuit, consequenter cõditio nõ euenit sub qua inuestitura facta fuit, nisi post mortẽ eius, quo tẽpore successor adest, in cuius persona incipere obligatio non potest.

C Secundum argumentum est, quia contractus ab Episcopo factus, plerunque personalis est, & cum persona eius extinguitur, verùm si Capituli consensus accesserit, realis fit, atque adeò successorem etiam obligat, ut tradunt Doct. in c. vlt. ne prælati vices suas.

Respondeo, feudi cõcessionem etiam absque Capituli cõsensu realem esse, & successorem etiam obligare, ut in d. c. 1. de clerico, qui inuestituram facit, quod intelligendum est, quando res est solita in feudum ab antiquo tempore concedi ab Episcopo, tunc enim ualet concessio absque solennitatibus alijs, ut in c. 1. de his, qui feudũ dare possint, c. 2. de feudis, & alibi.

Tertium argũ est, quia successor in Episcopatu non tenetur habere ratum factum prædecessoris, ex traditis per Bald. in l. 1. ff. de Constitut. principum, & ibi Iason, nu. 14. Si tamen factũ sit cũ consensu Capituli, tenetur.

Respondeo, si factum prælati tendat in detrimẽtum
D Ecclesię, non obligari successores, c. De precarijs 10. q. 2. aliàs secus. Nam feudi inuestituram successor ratam habere tenetur & adimplere, ut in d. c. 1 de clerico, qui inuest. fecit, & ita accipiendi sunt Doctores, qui dicunt factum antecessoris Episcopi non obligare successorem. Fateor successorem non teneri ratam habere inuestituram, in hac facti specie nobis proposita ex cõstitutione Lotharij, ut in c. 1. qui successores teneantur, & ex alijs textibus, sed quod accedente Capituli cõsensu teneatur, nun concedo, nec argumentum id probat, nec ullo iure, vllaue ratione demonstrari potest.

Quartum argumentum est, quia Episcopus cum consensu Capituli de futuris in præiudicium successoris disponere potest, ut tradidit Afflictus decis. 101. Ergo, in proposito nostro successor Episcopatus ratam habere tenetur inuestituram.

Respondeo, Afflictum loqui & Doctores ab eo citatos (quorum tamen multi nihil ad rem dicunt) quando Episcopus de re disponit, quam tunc habet, & de qua potest disponere, licet dispositio egrediatur tempus vitæ

Episcopi, veluti si Episcopus cum cõsensu Capituli bona Ecclesiæ locauerit, vendiderit, commutauerit, si Episcopus officium aliquod contulerit, gratiã fecerit, licet hæc omnia ita concessa sint, vt non ad tempus vitæ Episcopi restringantur, sed vlterius ac in perpetuum extẽdantur, valet concessio, & successor obligatur, quia Ecclesia dicitur concessisse, quæ nunquam moritur, c. Si gratiosè. de rescript. in 6. c. liberti. 12. q. 2.

At hæc longissimè distant à quæstione nostra, in qua ratio, cur successor non teneatur, est illa, quam dixi, quia videlicet obligatio incipere non potest in persona successoris, quæ nec in persona defuncti incepit.

Quintum argumentũ est, quia ea quæ fiunt cum consensu Capituli ab Episcopo, obligant successorem, licet alioqui talia sint, quæ morte Episcopi extinguantur, velut mandatum procuratoris. Nã licet illud morte Episcopi reuocetur. Clement. vlt. de procurat. tamen id locum non habet, quando cum consensu Capituli est factum, vt notant ibi Glos. & doctores.

Rñdeo, iure non probari hãc glossam, & aliorũ assertionem, & non esse eandem oĩum sñiam circa sensum illius textus. Adde ẽt iuris rationi non esse cõsentaneam, licet enim Capitulum nõ moriatur Episcopo defuncto, non tamen tanta ipsius Capituli ratio habenda vr̃, quanta Episcopi, qui principalis est, & procuratorem constituit, quare mandatum eius morte reuocatur, vt docet text. in d. Clem. vlt. non distinguens vtrum mandatum procuratori datum sit cum consensu Capituli nec ne.

Postremum argumentum est, quia si successor hoc in casu non teneatur ratam inuestituram habere, videri potest fraus aliqua fieri ab Ecclesia, cõtra c. Per tuas. de donat. & alia similia iuris loca. Respondeo, eandẽ rationẽ locum habere, licet consensus Capituli nõ interuenerit, sed hoc in casu nulla fraus allegari potest, quia inuestitura ab Episcopo facta conditionalis est, *si feudum sibi aperiatur*. Hæc conditio deficit, quia non aperitur ipsi Episcopo, sed successori. Nulla autem est obligatio, ex ea promissione, quę sub cõditione facta est, si cõditio nõ euenerit. At euenit (inquiens) quia feudum apertũ est, Rñdeo, nimis tardè apertum esse, quia mortuus est inuestitor. Etenim successor eius nũc primũ inciperet obligari, qđ iura vetant, nisi sit hæres, quæ ratio sola facit, ut in rebus profanis successor & hæres ratã habere teneãtur inuestiturã. Sicuti apertè legibus est constitutũ, quas nõ procul ab huius capitis initio retulim⁹. In terminis verò nostris vt successor nõ teneatur inuestituram facere uel confirmare dict. cap. 1. Qui succes. feudum dare teneantur.

CAPVT XXX.

Quomodo accipienda sint verba illa tex. in c. 1. Qui success. dare teneantur. Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet.

Sed rursus controuertitur, quõ accipiẽda sint illa verba tex. in d. c. 1. Qui successores feudũ dare teneantur, quibus dr̃, successorem Episcopi ratam habere non cogi inuestituram, *nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet*. Duplex enim est interpretatio doctorum. Altera, ita accipienda esse, vt locum habeãt ubi feudi possessor viuens renũciat iuri suo, feudo se abdicat, vel eo ob aliquam iustam causam priuatur, ita Glos. in cap. 1. Qui success. teneãtur. tit. 2. in vers. *Inuestiuntur*. Aluarotus in commentarijs eius loci: idem mihi vr̃ Afflictus uoluisse eo in casu, quo in realem possessionem inuestitus immittitur, ibidem nu. 10. & nu. 40. Pistorius eandẽ sententiam amplexus est, lib. 2. q. part. posteriore, q. 27. nu. 46.

Altera est interpretatio, accipiẽda esse dicta uerba de inuestito, in possessionem feudi immisso, viuente possessore, qui feudum tenet, & consentiente, non ad hunc effectum, vt tunc ius in feudo consequatur, & is, qui feudum tenet, eo priuetur, sed vt successor inuestientis ratã habere inuestituram teneatur, post mortem vasalli tunc feudum possidẽtis, qui ius suum interea retinere debet. Ita latè ibi explicauit Andreas Isernia, nu. 4. & seq.

Prioris expositionis istud est firmamẽtum, quoniam is qui consentit, ut alius inuestiatur de eo feudo quod ad se pertinet, amittit ius suum. §. Præterea, quib. mo. feud. amittatur argumen. l. Si debitor. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solu. l. 2. ff. de distract. pig. l. Seruus communis, ff. de donat. inter vir. & vxor. l. Si fundum per fideicommissum. §. 1. de leg. 1. l. Codicillis. § 1. de leg. 2.

Hęc ratio confirmatur, nam si is qui feudũ tenet, non amitteret ius suum, non tenęretur successor Episcopi ratam habere inuestituram, in ea facti specie, de qua ibi fit mentio, cùm scilicet Episcopus inuestitor moritur ante vasallum, qui tenet feudum. Nam semper illa ratio locũ haberet, non potuisse Episcopum inuestitorem successori præiudicare in futuris negocijs. Necesse igitur est, vt inuestituris habuerit plenum ius in feudo, quia tunc successor meritò inuestituram ratam habere tenetur.

Sed istis nil morãtibus verissima mihi vr̃ Isernię sñia & interpretatio. Etenim cõsideranda est facti species, de qua ille textus loquitur, nimirũ, cùm *Archiepiscopus, Episcopus, &c. inuestiturã eius feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius, qui possidet, habeat, et antè decesserit Archiepiscopus, quàm ille qui feudũ possidebat, successores eorum* (inquit textus) *non cogentur eam inuestituram facere vel confirmare, nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

Hic textus loquitur de hac facti specie, quia inuestituram Episcopus concedit eius feudi, quod alius detinet, eo tenore, vt post mortem eius qui possidet, habeat. Ergo, non potest intelligi exceptio illa sequens, *nisi, &c.* in alio casu, sed debet esse conformis regulæ, vt videlicet in illa ipsa facti specie, si is qui inuestituram obtinuit illius feudi, in possessionem missus fuerit; tunc successor Episcopi ratam inuestiturã habere teneatur. Illa uerò facti species non pręsupponit vasallum feudi possessorem, vel eo priuatum esse, vel ius suum amisisse; sed ius suum retinere, & post eius mortem feudum ad eũ qui inuestitus est pertinere, quia scilicet eo tenore datum est feudum alteri, vt post mortem ipsius possessoris habeat.

Quæ igitur absvrditas esset, inuestituram eo tenore datam esse, ut post mortem possessoris inuestitus feudum habeat, & tamen possessore adhuc uiuente, inuestitum ius consequi ex missione in possessionem?

Quàm præterea nouum est, & inauditũ, regulam in uno casu constituere, quo scilicet inuestitura eo tenore concessa est, ut inuestitus post mortem possessoris feudum obtineat, & exceptionem adferre ad eum casum pertinentem, quo inuestitus plenum ius in feudo obtinet viuente possessore.

Amplius, cui dubium, quod si possessor feudi, iuri suo renũtiet, vel priuetur feudo, & alios inuestiatur, qui possessionẽ accipiat, quin eiusmodi inuestiturã ratã habere successor teneatur? Imò nõ est opus vt ratam habeat, sed vt vasallus successori iuramentum fidelitatis præstet, & inuestituram petat ab eodem, iuxta c. a. 1. quæ fuit prima causa benef. amitten. & in c. 1. quo tempo. miles, &c.

Hæc est igitur sententia huius loci, successorem cogi ratam habere inuestituram, licet Episcopus ante possessorem feudi mortuus sit, quando inuestitus missus est in possessionem, cum consensu vasalli feudum possidentis, missus est inquam in possessionem, non ad eum effectum, vt tunc feudum obtineat, neq; enim potest, quia ex tenore inuestituræ feudum obtinere non potest, nisi post mortem possidentis feudum, sed ad eum effectum, vt feudum consequatur post mortem possessoris: Effectus possessionis refertur post mortẽ, & ita res agitur, vt is qui ab Episcopo inuestiturã accepit, habeat etiam rea-

lem

lem possessionem, *ex nunc, prout ex tunc*, ut loquar cum Glossatoribus id est, vt possessio tũc nullum ius tribuat, sed tãtùm post mortem possessoris, qui nũc viuit. Potest enim possessio tradi sub cõditione. l. Qui absenti. § 1. ff. de acq. possess. nec aliter res fit accipientis, quàm si conditio extiterit, ut ait ibi Iurisconsultus, & de possessione tradita ex *nunc, prout ex tunc*, quod valeat post mortem cònstituentis se possidere alterius nomine, & sic illã tradentis, communis est sententia. Vide Alex cõs. 83. col. 3. vers. Confirmatur hoc quia possessio, lib. 2. Guido Papæ decis. 268. Ripa ad l. 1. num. 5. ff. de pignorib. Tiraquellus de iure Constituti, in 3. parte, limitatione 2. nu. 25.

Quod verò dicebatur, eũ qui consentit alium de feudo inuestiri, suo iuri præiudicare, locũ habet, quãdo cõsentit alium absolutè inuestiri, sed in quæstione nostra consensus non est absolutus, sed talis, ut is qui consentit, velit feudum, donec vixerit, retinere, verùm in hoc tantùm consentit, vt post mortem suam alius feudum obtineat. Quare nullum sibi donec uixerit, præiudicium facere videtur, atque adeò ius suum non amittit.

Porrò nullius momẽti est quod dicebatur à Pistorio, nisi possessor ius suum amittat, & inuestitus plenum ius consequatur, nõ teneri successorem Episcopi in ea facti specie, de qua textus loquitur, ratam habere inuestiturã. Nam dicẽdum est, imò successorem teneri ratam illam habere, & ratio est, quia inuestitus hoc in casu possessionẽ accepit, & ideo gratia consummata est, & perfecta, tãtùm expectanda est mors possessoris. Non præstat impedimentum hoc in casu, quod obligatio non possit incipere in persona successoris, quia hic non versamur in simplici obligatione, & promissione, sed in iure quæsito, in spe saltem, ex inuestitura, & simul ex possessione reali. Et hoc est, quod Isernia dicebat, rem non remansisse in finibus promissionis, seu in finibus inuestituræ uerbalis, sed ulterius processisse. Quòd verò Episcopus successori præiudicare non possit in futuris negocijs, nec idonea est ratio, ex qua ita sit in feudo, quo de agitur, constitutum, nec in præsenti specie locum sibi vendicat, vbi inuestitura plenum ius, sub conditione tamen iam dicta, tribuit inuestito, per possessionẽ scilicet acceptam, est enim gratia quodammodo pèrfecta, ideo morte concedentis non expirat, quasi re amplius non integra, argum. cap. Si super gratia, de off. deleg. lib. 6.

Illud prorsus mihi videtur falsum, quod Glos. loco superiùs annotato dicebat, textum accipiendum eo casu, quo vasallus feudo priuatur; tunc enim alius in possessionem mitti potest ac inuestiri. Nam si de vasallo, priuato iure suo ageretur, non esset opus consensu ipsius, ut alius in possessionem eo uiuente mitteretur: Et tamen textus requirit consensum eius: Sic enim ait: *Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

CAPVT XXXI.

Possitne Episcopus rem in feudum dari solitam, & ad se deuolutam, consanguineis suis in feudum dare?

NOn est difficilis hæc controuersia, licet uariæ sint doctorum sententiæ. Episcopum non posse rem in feudum concedi solitam suis consanguineis dare, docuit Glos. in cap. 1 § Hæc omnia. vers. Clericorũ. Si de inuestitura inter domi. & vasallum lis oriatur, & in cap. 1. in verb. Archiepiscopus, qui successor feud dare tenean.

Fundamentum est in Auth. Quibuscũque modis. C. de sacrosanct. eccl. Quod sanè infirmũ est. Nam tex. in Nouella de alien. & emphy. ex quo Authẽtica illa sumitur, ita dicit: *Oeconomis verò, & ordinatoribus clericorũ, et chartularijs vbicũq, venerabiliũ domorũ constitutarũ, aut parentibus eorum & filijs, & quibus secundum genus, & secundum matrimonij iura coniunguntur, locationes, aut em-*

A *phyteuses, aut emptiones, aut hypothecas rerum immobilium, ipsis venerabilibus domibus competentiũ subire, aut per se, aut per interpositam personam, secundum quod & ijs qui in regia Ciuitate sunt, prohibemus.*

Fundamẽtũ hoc ideo est infirmum, quia Iustinianus ibi non loquitur de re solita in feudum concedi, siue in emphyteusim, neque de Ecclesiæ prælato, sed de œconomo; ille meritò prohibetur cunsanguineis suis res Ecclesiasticas locare, aut in emphyteusim cõcedere, quia cùm administret, non potest, nec per se, nec per alium, ex suo officio cõtrahere. l. Non licet. ff. de cõtrah. empt. At cùm res est solita alijs in feudũ cõcedi, nulla est ratio, cur Eps eã suis consanguineis dare prohibeatur, eo modo, & eisdẽ conditionibus, & pactis, quib. alijs concedere posset.

Secunda est opinio Bartoli in d. Auth. Quibuscunque modis, posse rem ad tempus concedi, pota vsque ad secũdam vel tertiam generationem, nõ autem in perpetuũ. Fundamẽtum est text. qui nihil ad rẽ pertinet, in Auth. B de sanctissimis Episc. §. Sin autem Ecclesijs.

Tertia est sententia Andreæ Iserniæ in c. 1. nu. 12 qui successores feud. dare tenean. ubi dicit, licere Episcopo etiam suis cognatis dare, si id cedat in Ecclesię vtilitatẽ, & cum solennitate in alienatione requisita. Sed non loquitur de re solita in feudum concedi. Illa enim concedi potest absque solennitate aliàs requisita, ut habetur in cap. 2. de feudis. ibi *In primo ergo casu feudum decedentis liberè, si videris expedire, concedas.*

Postrema est sententia, prælatum posse suis cõsanguineis rex infeudari solitas cõcedere in feudum, ita Baldus in c. 1 Qui feud. dare possunt, & ibidem Iason nume. 19. Panorm. in c. Vi super. de reb. Eccles. non alienan. nu. 18. 19. Curt. iun. de feudis, par. 2. quæst. 7.

Adsertur pro hac sententia, quod habetur & notatur In c. Dilecto, de præben. in cap. Relatum, de testam. in c. Non satis 86. distinct. quæ loca ad quęstionem istã non C pertinent.

Mihi placet hęc sententia, quæ communior est, si hęc concessio fiat cũ Ecclesiæ euidenti vtilitate, ex eo, quod habetur in Extrauag. Ambitiosè de rebus Ecclesiæ non alienan. ibi: *Nec non infeudationem vel cõtractum emphyteuticum prȩterquam in casibus à iure permissis, ac de rebus & bonis in emphyteusim ab antiquo concedi solitis, & tunc in Ecclesiarum euidenti vtilitate, &c.* Idem probatur In d. c. 2. de feudis. ibi: *Si videris expedire*. Et cùm Prælati res ab antiquo in feudum dari solitas, concedere possint, vt habetur in d. cap 1. de his qui feudum dare possint, & latè Andr. Geyll probat lib. 2. obser. vlt. nec vlla lex prohibeat eas concedi consanguineis, nihil vetat, quo minus consanguineis rectè concedi possint, si id expedire Ecclesiæ visum fuerit, ut dictum est.

CAPVT XXXII.

Ex duobus inuestitis de feudo quis præferatur.

D

SI duo fuerint de eodẽ feudo inuestiti, alter priùs, alter posteriùs, cõtrouersia est, quis pręferatur, & posita est in eo, vtrũ is, cui priori tradita est feudi possessio, alteri præferatur. Et quoniã distingui solet, vtrum à Principe feudũ sit cõcessum, vel ab alio, hoc posterius membrũ in hoc capite tractabo; primũ autẽ in sequenti.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententię in hoc articulo de feudi inuestitura duobus diuerso tempore data ab alio quàm a Principe. Altera docet, pręferendum esse priorem, id est, eum qui prius inuestitus est, ita respondit Ludouicus Romanus in consi. 70. Marsilius sing. 82. & Io. Sichardus ad l. Quoties, nu 10 C. de rei vend. Altera verò præferendum esse eum, cui priori tradita est possessio, licet posterius inuestitus sit, ita Glos. In c. si facta. Si de feudo defuncti cõtẽtio sit inter dom. & agna quã ibi sequuntur Isernia, Baldus, Aluarotus, Afflictus & alij, Hieronymus Schurff cons 53. lib. 1. Ias. ad d. l. Quo-

præsumitur esse iuri consentanea.l. Ex facto.ff. de vulg. A
& pup. Iure autem dominiũ absque traditione nõ transfertur.l. Traditionibus.C.de Pactis. Adde quod nõ probatur, Principem posse transferre dominium,absq; traditione.ex l.vlt.C.de sacrosanct Eccles quia ut aliàs diseremus,illa lex hoc non dicit,& malè communiter explicatur.

Tertius articulus est,de Principe feudum concedente,vel ex cõtractu,vel ex gratia,& ita disponente,vt dominium etiam absque traditione acquiratur ei, cui illud concedit. Hoc in casu,si Princeps supremus sit, qui legibus derogare valeat,quibus ita constitutum est,ut dominium absque traditione nõ transferatur; tũc puto eum, cui priori ita feudum est concessum, præferendum esse posteriori,licet posteriori tradita sit corporalis rei possessio: Ratio est,quia prior dominium iam consecutus est, & est perinde,ac si ei prius tradita esset possessio,quo casu alteri absque dubio præferendus esset, vt dictum est B
suprà ex d.l. Quoties. C. de rei vend & ex alijs legibus in primo articulo citatis.

Porrò Principem efficere posse,ut dominium absque traditione transferatur,perspicuum est ex l.vlt.C. de sacrosanct.eccles. Posse autem legibus derogare ciuilibus, non est dubium § Sed naturalia.instit.de iure natu.gen. & ciuili,tradunt Accurs.in l.vlt.C.Si contra ius vel util. pub.& ibidem Bartolus,nu.4.Castrens.nu.2. Ias.num.1. Felynus ad c Nonnulli,nu 10.de rescriptis.

Quartus & postremus articulus est de Principe, ex gratia vel priuilegio feudum concedente, vni, & postea alij,vtrum posterior,cui tradita sit possessio rei,præferẽdus sit priori. Et respondetur ab alijs,non esse præferendum,quia Princeps in dubio præsumitur velle,ut dominium absque traditione transferatur, quoties ex gratia aliquid concedit.arg c.Si tibi absenti.de præben.in 6. & quia Principum beneficia latissimè sunt interpretanda. l.Beneficium.ff.de const.princ. C

At contrarium ego puto de iure respondendum,quia principis voluntas præsumitur esse iuris regulis consentanea in dubio.l Ex facto.ff.de vulg. l. Si quando C. de inoff.testam.copiosè Menochius de Præsumpt.lib.2.Præsumpt.9.& 10 Ergo non præsumitur uelle transferre dominiũ absque traditione, quia id iuris regulis repugnat.

Quòd verò dicitur in d cap.Si tibi absenti,nihil prorsus ad rem nostram pertinet. Ait ibi Summus Pontifex, ius in beneficio ecclesiastico, ex collatione Episcopi absenti facta,post ratificationem eius acquiri, *vt tuum dici valeat*. Rectè,quia in ecclesiasticis beneficijs titulus institutionis tribuit ius beneficij, vt declarat Dynus i reg. Beneficium,nom.11.12 de reg.iur.lib.6. Ias.in d.l. Quoties,nu.12. Abbas & alij in c.Cornnebatur. de his, quæ fiunt à maior.parte,cap.sed in cæteris rebus profanis nõ est ita,quia solus titulus non sufficit, sed requiritur traditio possessionis ad dominium transferendum.

Sed iam superest, vt quod postremo loco pollicitus D
sum,exsequar,catalogum adscribẽs eorum qui hanc quæstionem tractant. Vide igitur Romanum in cons. 70. & 298. Angelum ad l. Officium.ff de rei vend. Alexand.in cons.187 nu.17 lib.2.& in cons.3.nu 7.lib.5.& 155.num. 26.lib.6.Iasonem consil.27 .lib.1.Decium in consil. 689. nu.7. Parisium consi.2.num.57.lib 1. Zasium de feudis, parte 5.nu.16. Gozad.consil 14.nu.13. Couuar. lib.2. variar.resolut.cap 19.nu.3. Afflict.in cap.1. Qui success. tenean. Iasonem latè ad d.l. Quoties.& ibidem Io.Sicard. Marsil. sing 82.Hippol.Riminald consil.396. nume 37. lib.4.Andr Geyll.lib 2 obseru. 55. Pistorium lib.2. parte posteriori, quæst.29. Illi alios citant, ex quibus quid alijs in hac quæstione visum fuerit,haud difficulter cognosci potest.

CAPVT XXXIIII.

Vtrum surdus,vel mutus,vel aliàs imperfectus feudi sit capax?

IN tit. An mutus, vel aliàs imperf. feudum retin. ita constitutum est: *Mutus & surdus,cæcus,claudus,vel aliter imperfectus.etiamsi sic natus fuerit, totum feudum paternum retinebit Obertus & Gerardus, & multi alij Quidam tamen dicunt,eum,qui talis natus est,feudũ retinere non posse,quia ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico,& in similibus.*

In tit. Episcopum vel Abbatem,ita: *Mutus feudũ retinere non potest.s qui nullo modo loquitur sed si feudum fuerit magnum quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet,vnde se sustinere possit. Et his omnibus casibus feudum amittitur,& ad dominum reuertitur.*

Hinc maxima oritur controuersia inter Doctores,& quomodo hæc loca accipienda sint,& quo pacto inuicẽ concilianda, & quid denique de hac ipsa quæstione statuendum sit. Vtrum scilicet mutus,cæcus,&c.feudum retinere possit Videndi sunt tam ueteres,quàm recentiores interpretes, qui commentaria scripserunt in eadem loca,& præter eos Zasius de feudis,par 8. nu.68 Sonsbecius in vsus feudorum,parte 12.nu. 133. Siluanus cõs. 3,Hieron.Schurff cons.14 lib.1 Afflict decis. 324. Marinus Frecia de subfeudis lib.2 § Superest num 9.& 12. Tiraquell.de primogen.q 23.nu 4. Thomas de Marinis tit.2.de feudo & pacto,& prouiden antiq.nu.134. Omnium latissimè hanc rem disputans Ioan.Bolognetus in cons 4.Pistorius quæst.32 parte posteriore.

Non puto operæ pretiũ ea referre, quæ ab ijs magna iudiciorum varietate ac disceptatione allata sunt. Sunt enim tam cõfusa omnia,tam obscura,ut nec sine magno labore colligi possint, & collecta,parua cum utilitate & fructu coniuncta esse videantur. Quid ipse sentiam in tota hac disputatione,septem propositis articulis statim indicabo. Eum qui aliorum placita inuestigare desiderauerit,hæc nostra priùs hausisse fortasse non pœnitebit.

Primus articulus est de feudo, cuius gratia personale seruitium vasallus dño præstare non tenetur; si de tali feudo agatur,ego sic statuo,mutum,surdum,&c eiusdẽ capacem esse,ac meritò illud acquirere & retinere posse. Non laudo huius sententiæ authores,qui nec pauci, nec obscuri nominis sunt, sed rationem adfero perspicuam, quia scilicet ois ratio impedimenti,atq; incapacitatis cessat. Illa nempe, quod vasallus sic imperfectus seruire nõ possit. Etenim hoc in casu nihil uetat,quo minus id præstet,quod præstare tenetur,nimirum pecuniam,& censum annuum, sc̃dm feudi conditionem & qualitatem.

Secundus articulus est,qñ personale quidẽ præstandũ est dño seruitium, ueruntamen vasallus est aptus ad id præstandum,licet mutus,surdus,&c. põt enim bellicos labores sustinere,gladium euaginare,ensem vibrare, & omnia alia bellica officia exercere. Cuiusdam muti & surdi à natura facit mentionem Bart.in l. 1. ff de verb. oblig. & tam perspicacẽ fuisse narrat, ut homines simul loquentes ex motu labiorum intelligeret, quem proinde Doctores ibi concedũt contractus omnes facere posse,quos alij non possent eo morbo laborantes. Si talis reperiatur vasallus,cur feudum acquirere ac retinere non possit,nihil sanè video proponi posse.

Tertius est articulus,qñ vasallus est cæcus, &c.sed tamen dominus illi ex gratia feudum cõcedit,vel ut illud retineat consentit,nullique extant idonei,quibus ius in feudo illo quæsitum sit,atq; adeò nulli præiudicium infertur. In hac specie facti non dubito,quin feudum consequi uel retinere possit. Licet.n.ad præstandum dño seruitium uasallus idoneus non sit,ea tamen res nihil ei nocere potest. Siquidem dominus ita vult ei gratificari,& suo fauori renunciare. Potest enim feudum cõstitui absque vllu

que vllo onere seruitij præstãdi, velut est feudum, quod dicitur Francum. Zasius de feudis, part. 12. nu. 36.

Quartus articulus est, qñ dñs cõsentit, & gratiã facit vasallo muto, cęco, & aliàs imperfecto, vt feudum obtineat, existentibus alijs agnatis idoneis, quibus ius quæsitum est. Hoc in casu non potest vasallus, ita imperfectus feudum obtinere. Ratio est, quia ius quæsitum auferri non potest ipsis agnatis, arg. c. 1. de alien. feud. pater. Itaque potest quidem dñs in sui præiudicium gratiam ei facere, non autem in alterius præiudicium, arg. l. penult. & vlt. ff. de natalib. restit. Et argumento eius, quod dicitur, primam inuestituram mutari non posse in aliorum præiudicium. Decius in cons. 445. num. 23 Vide in terminis nostris. Afflict. in d. c. 1. an mutus vel surdus, nu. 7. & nu. 10. Pistorium loco superiùs annotato, nu. 10. & num. 13.

Quintus articulus est, cùm dñs feudi non facit granã cęco vel muto, sed res ex iure decidenda est, vtrum si capax feudi, illudq; retinere queat. Agiturq; de cęco nato, vel surdo, aut muto a natiuitate. Et hoc in casu puto respondendum, non posse feudum obtinere. B Primò, quia ita decisum est in d. §. Mutus Episc. vel Abb. Secundò, quia ita etiam decisum est in d. ca. 1. an mutus vel aliàs imperfect. in vlt. opin. Tertiò, quia ratio legis est impedimento, ne feudum obtineat is, qui ita imperfectus est; quoniam seruire non potest, vt dicit ibi textus.

Et licet in primo responso contrarium dicatur ex sententia *Oberti Gerardi, & multorum aliorum*, tamen illa sententia non fuit ab alijs recepta, vt patet ea vltima parte eiusdem text. & ex d. §. Mutus. tit. Episc. vel Abbas.

Sextus articulus est, quando vasallus est cęcus vel mutus ex accidenti, nõ autem a natiuitate, & tunc puto feudum paternum retinere posse. Moueor ea d. c. 1. An mutus vel aliàs imperf. dum ibi dicitur: *Quidam tamen dicunt, eum, qui talis est natus feudum retinere non posse.* Hic perpendo id, quod suprà in eodem textu habetur. Mutũ surdum, cæcum, & aliàs imperfectum, feudum paternũ retinere posse, ex sententia Oberti Gerardi, & multorũ aliorum, siue ita natus sit, siue postea in tale vitium inci C derit. Hanc verò sententiam ab alijs receptam & approbatam non fuisse in ea parte, qua docuerunt, talem imperfectum feudum posse retinere, licet sic natus fuerit, sed in alia parte non videtur reprobari, quando scilicet sic vasallus natus nõ est, sed casu factus est cęcus, vel mutus. Ergo in hac parte supradictorum sententia locum obtinebit.

Nec illi obstabit text. in d. §. Mutus. Episc. vel Abba. quia non loquitur de feudo paterno, vel statim dicam in articulo sequenti.

Septimus ergo & postremus est articulus de cęco, muto, &c. non a natiuitate, sed ex casu & accidenti, vt loquuntur nostri, cum agitur de feudo nouo non paterno. Et isto in casu respondeo, vasallum feudum non posse retinere, sed illud amittere. Moueor authoritate text. in d. §. Mutus. Nam eum loqui de muto, &c. ex accidenti, patet ex eo, quòd dicit text. feudum retinere non posse, & feudum amittere. Nam si a natiuitate cęcus, &c. feudum obtinuisset, illud non amitteret, sed retineret, quia D dominus sciens eum imperfectum esse, & nihilominus feudum concedens, videtur ei gratiam facere, & consentire, vt feudum obtineat, licet nullum præstet seruitium vel per substitutum seruiat. Quod autem tex. ille de feudo nouo loquatur, inde colligi potest quod dicit, his omnibus casibus feudum amitti, & ad dominum reuerti. Nam si feudum sit paternum, illud non reuertitur ad dominum, sed ad agnatos pertinet.

Non obstat si dicatur, tex. accipiendũ de feudo paterno, sed eo in casu, quo agnati nõ extant: Etenim si de feudo paterno loqueretur, non diceret ad dominum reuerti, sed ad agnatos, si extent; sin minus ad dominum.

Et hęc interpretatio eò magis probabilis esse videtur, quia text. in tit. An mutus vel alias imperf. loquitur de feudo paterno, & dicit mutum, surdum, &c. totum feu- A dum paternum retinere. tex. autem in d. §. Mutus, ait nõ retinere, nisi tantùm, vnde se sustinere possit, si aliter se exhibere vasallus nequeat. Ergo, valdè probabilis est interpretatio ista, quæ distinguit inter feudum paternum & nouum. Paternum totum retinebit vasallus ex accidenti imperfectus factus; Nouum non retinebit totum, sed tantùm vnde exhibere se possit.

His ita positis conciliantur hæc loca, prima fronte repugnantia. Quia sententia Oberti & aliorum locum nõ habet in ijs, qui à natiuitate cęci sunt & imperfecti, sed in ijs, qui casu tales facti sunt, si feudum sit paternum. Tex. autem in d. §. Mutus, locum habet in feudo nouo.

CAPVT XXXV.

Vtrum clericus feudum obtinere possit?

IN libris feudorum tit. Si de feudo defuncti contenB tio sit inter dom. & agna. vasalli, cautum est in hæc verba: *Qui clericus efficitur, aut votum religionis assumit, hoc ipso feudum amittit.*

Rursus in titulo, de feudo fęminæ. text. ita dicit: *Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi postea quàm habitum religionis assumpserit, postposuerit. Idem in omnibus qui habitum religionis assumunt, vt conuersi. Hi enim nec postea in feudo succedunt, & si quid habent, perdunt.*

Rursus in tit. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, hæc habentur: *Miles qui beneficium tenebat, cùm esset sine liberis, venerabilem domum intrauit; & feudo renunciando arma bellica deposuit, habitumq; religionis assumpsit, & sic conuersus factus est: hic donec vixerit, feudum retinere conatur, quod dominus vel agnatus sibi pertinere contendit. Sed iudicatum est domini vel agnati conditionem esse priorem eò quod desijt miles esse seculi, qui fa*C *ctus est miles Christi: nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium.*

Amplius in tit. An mutus vel aliàs imperf. &c. hæc verba sunt: *Quidam tamẽ dicunt eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, qui ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

His testimonijs apparet, clericum feudum retinere non posse.

At contra in tit. de cap. Corradi. *Item si clericus veluti Episcopus, Abbas, beneficium habens à Rege datum, non solummodo persona, sed Ecclesia, &c.* Quibus verbis præsupponitur Episcopum, & Abbatem feudum obtinere posse. Idem præsupponitur de clericis in c. Verùm & in c. Ex transmissa de foro competenti, & usus idem docet in Episcopis Germaniæ, & alibi ferè passim, vt feuda possideant ac obtineant amplissima.

Hinc nata est controuersia inter doctores, aliquibus affirmãtibus clericos feudũ obtinere posse, aliquibus negantibus. Vide canonistas in c. in præsentia, de Probat. Salic. in Auth. Ingressi. C. de sacros. Eccles. feudistas, qui D commentati sunt in loca superiùs annotata. Iacopinũ in inuestit. feud. in vers. Et quibuscunque, nu. 4. Siluanum cons. 3. nu 53. Hieron. Schurf. cons. 68. cen. 1 Harteroniũ de feudis, lib. 1 c. 3. Curt. iun. 2. par. 3. partis princ. num. 13. Cassaneum in Consuet. Burgundiæ. tit. Des fiefs. §. 5. Zasiũ par. 8. de success. feudi, circa fin. Clarũ. §. Feudum. q. 78. Thomam de Marinis. tit. 2. de feudis, ex pacto antiquo siue patern. nu 139. Bart. ad l. Si finita §. Si de vectigalibus. ff. de dam. inf. Alexan. cons. 10. lib. 5. Ias. cons. 113. lib. 1. & 117. lib 4. Ruinum consil 42. nu 9. lib. 1. Afflictũ decis. 320. Brunum cons. 17. Crauettam cõs. 303. Cacheranum decis. Pedem. 27. Mynsingerũ cent. 5. obseru. 48. Pistorium quæst. 33. in posteriori parte, lib. 2. Menoch. cons. 54. lib 1. D. meum Cephalum in consi. 151. lib. 2.

Igitur a nobis inquirenda est aliqua iusta interpretatio, ex qua & hæc loca inuicem concilientur, & certu aliquid

aliquid in hac ipſa controuerſia ſtatui poſſit. Id autem commodè fiet, ſi primum, quæ minus idoneæ & congruæ interpretationes ac ſententiæ videtur diſpiciamus. Tum quæ iuri magis & rationi conſentaneæ ſint declaremus.

Prima eſt ſententia eorum, qui dixerunt, clericum in feudo ſuccedere, & feudum obtinere non poſſe. Ex teſtimonijs, quæ priore loco ſunt allata.

Hæc ſentẽtia ac interpretatio abſolutè ſi intelligatur, non eſt vera: quia etſi eidem illa teſtimonia ſuffragantur, refragantur tamen alia quæ ſecundo loco ſunt allata, ex quibus manifeſtum eſt, clericos feudum obtinere, ac retinere poſſe.

Secunda eſt eorum qui defendere conati ſunt, clericum feudum retinere authoritate textuum, quorum facta eſt ſuperius mentio.

Non placet hæc ſententia, quia illi obſtant priora iuris feudalis loca, quæ contrarium docent.

Neque igitur affirmans, neq; negans ſententia ſimpliciter & abſolutè recipiẽda videtur, ac proinde aliæ inueſtigandæ ſunt magis idoneæ interpretationes.

Tertia igitur eſt ſententia, clericum feudum obtinere poſſe, ſi per ſubſtitutum ſeruire domino ſuo velit ac poſſit, argum. cap. Imperialem. §. Firmiter. de prohib. feudi alien. per Fridericum.

Non eſt recta interpretatio. Primò, quia nullo iure munita eſt. Secundò, quia repugnant textus feudales ſuprà citati, quibus apertè dicitur, clericos feudum amittere. Tertiò, quia ſi feudum obtinere poſſent eo in caſu, quo per ſubſtitutum ſeruire poſſunt & volunt, æquum erat id exprimere. Quartò, quia ferè ſemper clerici feudum obtinerent, ſi per ſubſtitutum ſeruire poſſent, & tamen regulariter excluduntur. Quintò, quia repugnat ratio text. in d. l. 1. de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit. ibi. *Eò quod deſiit miles eſſe ſeculi, qui factus eſt miles Chriſti, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium*. Hæc ratio non eſſet bona, ſi per ſubſtitutum clericus ſeruire poſſet. Et ita ſeruiendo feudum obtinere. Poſtremò, quia clericus feudum amittit, vt dicit textus in d. §. Qui clericus. Si de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnatos vaſalli. Quomodo ergo poterit ſeruire domino per ſubſtitutum?

Nec contrarium probatur in dicto §. Firmiter. hoc enim vult, vt quicunque in publica expeditione uocatus eſt a domino, ſi venire, ſuperſederit, vel alium pro ſe domino acceptabilem non miſerit, vel dimidium reditus vnius anni ipſius feudi domino non ſubminiſtrauerit, feudum amittat. Hæc conſtitutio locum habere non poteſt in clericis, quia iſti feudum amittunt, vel a principio in eo ſuccedere nõ poſſunt, eo ipſo quod ſunt clerici, quare impoſſibile eſt eos per ſubſtitutum ſeruire tanquam vaſallos, cùm non ſint, nec feudum obtinere queant aut retinere. Argumentum verò ex illo text. hoc probat, ſi clerici feudum retinere poſſent, eos per ſubſtitutum domino acceptabilẽ ſeruire poſſe. Sed hoc eſt quod in dubium reuocatur, an feudum poſſint obtinere.

Quarta eſt ſententia, ſi feudum ſit tale, pro quo electa perſonæ vaſalli induſtria non ſit, clericum quoque feudum retinere, quia ſcilicet per ſubſtitutum ſeruire poterit.

Non eſt idonea hæc interpretatio, ſi pro feudo præſtandum ſi perſonale ſeruitium, quia repugnat textus, nulla diſtinctione adhibita, an ſit electa induſtria perſonæ, generaliter dicens, clericos feudum amittere, quia milites ſeculi eſſe nõ poſſunt, qui facti ſunt milites Chriſti, nec enim decet, vt ſolliciti ſint de ſubſtituto aliquo mittendo, qui eorum nomine militet in bello. Adde vix fieri poſſe vbi perſonale ſeruitium domino præſtandum eſt, quin videatur eſſe electa induſtria perſonæ. Quod ſi reale ſeruitium præſtandum ſit, & hanc ob cauſam non dicatur electa induſtria perſonæ, tunc dicta ſententia locum habere poteſt, vt infrà dicam.

A Quinta eſt interpretatio ac ſententia, clericos, feudũ obtinere poſſe, ſi dominus conſentiat, & contentus ſit, vt per ſubſtitutum ſeruiat, nec de alterius præiudicio, puta agnatorum, agatur.

Hæc mihi uidetur æqua interpretatio, quia conſenſus domini adeſt, qui poteſt feudum concedere francũ, & nulli ſeruitio obnoxiũ, ergò multò magis, vt per ſubſtitutum vaſallus ſeruire poſſit. Item poteſt feudum fœminæ concedere, & alijs qui non ſunt idonei ad ſeruiendum, Ergo etiam clericis. Dixi, ſi non fiat præiudicium agnatis, quia ſi feudum ſit paternum, conſtat agnatis præiudicare non poſſe domini conſenſum, c. 1. de alie. feudi paterni. Nec enim ius quæſitum ei poteſt auferre, & ideo in tit. de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit, meritò dicit textus, *agnati conditionem potiorem eſſe, quàm clerici*. Nec enim dominus poſſet eo in caſu clerico feudum concedere in præiudicium agnati.

Sexta eſt ſententia, clericos feudum continere poſſe, ſi non ſit præſtandum perſonale ſeruitium, ſed reale, puta B annuus cenſus pecuniæ, vel alterius rei.

Placet hæc ſententia, quia ceſſat ratio legis impediẽtis, ac prohibentis, clericos feudum retinere, nimirum illa, *nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium*, ut in d. c. 1. de vaſallo milit. qui arma bellica depoſuit. Poſſunt enim commodè annuum cenſum præſtare, ut alij, Ergo etiam feudum retinere, ſicut & alias imperfecti, vt dixi ſuprà præcedenti capite, in primo articulo feudum retinere poſſunt, cuius gratia perſonale ſeruitium præſtari non debet, quia ceſſat ratio tex. in c. 1. An mutus vel aliàs imperf. quia ſcilicet *ipſum ſeruire non valet*. Nam poteſt annuum cenſum domino ſoluere.

Septima ſententia eſt, ſi feudũ francum ſit, poſſe Clericos illud obtinere, & eſt ueriſſima, quia ceſſat ratio quæ prohibet, cùm nullum ſit præſtandum ſeruitium.

Octaua eſt ſententia, vbi feudum annexum eſt dignitati Eccleſiaſticæ. Tunc certè nihil prohibet quo minus clericus feudum obtineat. Et ita accipiendus eſt textus C in c. 1. §. vlt. de capitulis Corradi, & in d. ca. Verum, & c. Ex tranſmiſſa, de foro compet. Et in Germania paſſim videmus Abbates, Epiſcopos, & alios Eccleſiaſticos feuda poſſidere, annexa dignitati Eccleſiaſticæ, quod iuri conſentaneum eſt, ut patet.

CAPVT XXXVI.

Equites Hieroſolymitani, & ſimiles, qui ſacro ordini militum nomina dederunt, an in feudis ſuccedere poſſint?

SEd & controuerſia eſt, vtrum in feudis ſuccedere poſſint Equites Hieroſolymitani, ſiue Rhodienſes ac Militenſes, qui ſacri ordinis militum religionem aſſumunt. Etenim affirmant Aluarotus in ca. 1. col. pen. verſ. Quarto quid ſi vaſallus, de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit, & ibidem Baldus nu. 4. Præpoſitus D in fine. Afflictus nu. 13. Iacopinus inueſtitura feudali, in verb. *Dictiq; vaſalli promiſerunt non committere feloniã*. nu. 41. verſ. *Quid autem in militibus*. Barbatia ad rub. de feudis, col. 3. verſ. Quid ſi vaſallus efficiatur miles. Curtius iunior in tract. feudorum, part. 3. q. 10. Rubeus conſ. 80. Neuizan. conſil. 30. Natta conſ. 507. nu. 9. lib. 3. Curtius ſenior in con. 62 63.

Fundamentum præcipuum eſt, quia iſti milites arma bellica non depoſuerunt, & ideò ceſſat ratio textus in d. c. 1. de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit. Et cùm armis vtantur cõtra infideles, in fauorem fidei Chriſtianæ, putentur ſeruire domino ſuo, eo ipſo quod pro fide militant. Aut certè per ſubſtitutum ſeruire poſſunt.

Cæterùm, negãt Baldus in conſ. 170. lib. 2. Barbatia de præſentia Cardinalium, par. 1. q. 5. Brunus conſ. 17. Caſſaneus in Cõſuetud. Burgundiæ. tit. de feudis, §. 5. in verſ. Excep. le. religioſ. nu. 18. Catellianus Cotta in Memor. in verſ.

vers. Clericus. Crauetta conf. 305. Rolandus conf. 23. nu. 9. lib. 1. Alciatus respons. 29. nu. 6. Thomas Marinus de feudis, tit. 2. de feudo ex pacto & prouidentia, num. 141. Menochius de arbitrar. iudic. casu. 231. nu. 5. & in consi. 54. lib. 1. Cacheranus decis. 27. nu. 18.

Fundamentum est firmissimum, quia religioni, quam receperunt, sunt obstricti, nec domino seruire possunt iuramentumq; fidelitatis obseruare, secundum formã traditam in c. 1. qualiter iurare debeat vasallus domino suo fid. & in c. 1. de forma fidel. & in c. 1. de noua forma fidel.

Hæc sententia mihi vs, additis tamẽ declarationibus, quas posui suprà in capite præcedenti, circa quæstionem de clericis. Nam in illis casibus, in quibus clerici succedere possunt in feudis, existimo etiã istos succedere posse, quia nulla diuersitatis ratio adferri potest.

Ad argumentum verò contrariæ opinionis respondeo, licet isti arma bellica non deposuerint, nõ tamen illis vti possunt pro alijs, quàm pro fide contra infideles. Et licet eam ob causam magno sint honore & fauore digni, non tamen seruire posse dicuntur domino feudi, cũ religioni sint obligati. Nã & cæteri clerici, ac religiosi viri, Deo inseruientes & milites Christi, vt loquitur text. non minori sunt honore digni, & tamen in feudis nõ succedũt. Per substitutum verò in feudis, clerici ac religiosi viri seruire nõ possunt, quia id præsupponit eos feudũ obtinere posse: at non põt obtinere, imò si qd habẽt, amittũt, ergo nõ est laborãdũ, an possint seruire p substitutũ.

CAPVT XXXVII.

Vtrum fœmina in feudo emptitio succedant?

Maxima est controuersia, vtrũ fœminæ succedant feudo emptitio, id est, precio acquisito & cõparato. Adferam huc omnium sententias & argumenta, vt omnium collatione facta, quid hac de re sit statuendum, facilius intelligi possit.

Prima est snia eorũ, q dixerũt, fœminas succedere posse in feudo emptitio. Ita olim primum docuit Odofredus, in summa, qui possint succedere in feudo: eandẽ sententiam secuti sunt Romanus in cons. 367. nu. 12. Decius in cons. 269. nu. 6. 390 nu. 7. & alibi. Ruinus cons. 18. nu. 18. lib. 1. Curtius iunior in 1. par 3. patris, nu. 6. Clarus §. Feudum. q. 73. vers. Sed quid in feudo empto. Natta cõs. 246. nu. 4. & 393. nu. 8 Hipp. Rimin. cõs. 256. nu 9. lib. 3. D. meus Decian cõs. 58. nu. 49. lib. 2. Menoc. cõs. 498. nu. 17. lib. 5. vbi alios citat, qbus adde And. Geyll. li. 2. obser 159 vbi dicitur, ita fuisse in Camera Imperiali iudicatũ.

Fundãm est, qa feudũ pecunia emptũ, nõ est ,ppriè feudũ. Etenĩ feudũ non sub prætextu pecuniæ, sed amore & honore dñi acquirendũ est, c. 1. de feudo dato in vicẽ legis Cõmissoriæ. Quare nec leges, quæ de feudo propriè sumpto loquunt, in tali feudo locũ habere possunt. Fœminæ aũt excludũtur a successione feudi propriè sumpti, veriq; & recti. Nã cõstat eas i feudo impropriè sumpto, succedere, ut in c. de feudo fœminæ. Itaq; in feudo emptitio, qa ex cõtractu acquiritur, vñ locus esse iuris regulis, q in contractibus seruant, vt nimirũ ad hẽdes transeat l. Veteris. C. de contrah. & cõmir. stip. l. Si pactũ ff. de probat. Iure autem ciuili hæredes sunt tam masculi quàm fœminæ. l. Maximũ vitium. C. de liber. præteritis.

Altera est snia, fœminas in feudo, de quo agitur, succedere nõ posse. Ita Præpositus & Afflit. nu. 23. in § Et quia. de his qui feudũ dare poss. Iacobinus inneft. feudali, in verbo *& fœminis*, num. 6. Zasius de feudi, pat. 8. nu. 57 & par. 12. nu. 21. & cons. 8. nu. 22 & 23. lib. 2. Curtius iunior par. 3. in princ. nu. 1. vers. Primo igitur limita. Brunus cons. 18. nu. 9 & 108. nu. 27. Hanelonius de feudis, lib. 2. c. 8. Roland. cons. 41. lib. 4. Menochius consi. 1. nu. 470. Pistorius lib 2 parte posteriori, quæst. 34.

Fundamentum est, quia feudum dr etiam illud, quod pecunia acquisitum est. Et licet in hoc a natura propt ij

A feudi alienum sit, quatenus nõ est beneficium gratia & amore domini acquisitum, non tamen sequitur in alijs etiam alienum esse debere arg. text. in c. 1. de feudo, non habente propriam naturam feudi.

Tertia est opinio, fœminas admitti ad succedere in feudo precio acquisito & empto, si hæc duo concurrant nimirum, vt iustum ac integrum precium numeratũ fuerit, & nullum personale seruitium præstandum sit. Ita Socinus iunior in cons. 65. num. 16 lib. 1. post Baldum, in §. Et quia vidimus, de his qui feudũ dare possunt, & alios quos allegat, refert & sequitur D. meus Cephalus in cõs. 172. nu. 15. lib. 1.

Fundamentum est, quia hoc in casu rationes cessant propter quas regulariter fœminæ a feudis excluduntur, quia scilicet personale seruitium præstare non possunt, c. 1. An mutus vel aliàs imperf. Et maximè cũ precium numeratum sit, quod facit, ut nõ beneficium reputetur, sed cõtractus, qui sine dubio transit etiam ad fœminas.

B Quarta est sententia, Fœminas succedere posse in feudo emptitio, quando ab ipso domino venditum est, non autem si ab alio vasallo, ita Curtius senior in consilio 48 col. 7. Alciat. responso 17c. nu. 3.

Fundamentum est, quia venditio facta ab alio, quàm a domino, nocere non potest ipsi domino, neq; impedit quo minus feudum suam naturam obtineat, & regulis feudalibus subiaceat.

Quinta & postrema est sentẽtia, vt mihi videtur, Hieronymi Gatzonij, in tract. de fœminis ad feuda recipiẽdis, vel non, in 6. lim. vers. Sexta restringitur, fœminas quidẽ exclusa a successione feudi emptitij, sed tamen domino, qui eas volt excludere, ac illis pferri, teddere eis debere precium quod accepit. Ratio illa potest adferri, quia nõ videtur æquũ, ut dñs feudum obtineat, & simul quoque pecuniam, id est, preciũ ipsius feudi: sicut enim pecuniã fœmina hæres accipere potuisset, si nõ ex ea fuisset feudum comparatum a parẽte suo, ita iustũ videtur, vt si feudum obtinere non possit parente mortuo, saltẽ precium eius consequatur, a domino ei restituendum, arg. cap. 1. de natura feudi, ibi *Vel nisi emerint feudum, &c.*

Ego sanè tot ac tantis euidentissimis iurisconsultis, q has opiniones attulerunt, fidem abrogare nec uolo, nec debeo. Verumtamẽ vt ingenuè dicam id quod sentio, eorum sententiam magis probo, qui negant fœminas admitti ac succedere in feudo Est enim hæc sententia firmiori, vt mihi videtur, subnixa fundamento, quàm alia quæuis, nimirum text. in c. 1. § Et quia vidimus, de his q feud. dare possunt, illis verbis. *Hoc autem notandum est, quod licet filiæ, ut masculi patribus succedant, legibus tamen a successione feudi remouentur, & similiter & earũ filij, nisi specialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat.* Idem docet tex. in c. 1. §. vlt. de success. feudi.

D Sibi ergo imputet qui feudum emit, si non stipuletur etiam filiabus suis. Nam scit vel scire debet, feudum ad fœminas non trãsire, nisi specialiter dictum fuerit, ut ad eas quoque pertineat. Et ideo non obstat illud argumentum prioris sententiæ, quo dicebatur, feudum emptum non esse feudum propriè, & secundum contractuum regulas determinandum esse; quia licet hoc respectum nõ sit feudum propriè, iure tamen feudi censeri debet in alijs, arg. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. ibi. *Licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur.*

Et quemadmodum contractus ad hæredes transeũt, ita etiã feuda transeunt, sed ad hæredes masculos, nõ ad fœminas, c. 1. §. Profecto. de lege. Corradi. Quare hoc in casu ad hæredes quoq; trãsibit, sed masculos tantũ, non etiam fœminas, quia non amittit omnem suam naturam Feudum enim manet & vocatur, licet emptum precio fuerit. cap. 1. de natura feudi ibi. *Vel nisi emerint feudum.* c. 1. de feud. dans minimis valuasoribus. c. de benef fratris

Quæ verò adferũtur pro fundamento aliarũ sententiarum, ea non refello, quia non improbabilia sunt, sed nec defen-

defendo, quia nec certo iure nituntur, & quam amplexus sum sententiam, illa mihi sanè probabilior videtur.

CAPVT XXXVIII.

In feudo fœmineo an succedant fœminæ?

EXtat constitutio feudalis sub tit. de Feudo fœminæ, in hæc verba: *Si fœmina habens feudum decesserit, quia fœmineum est feudum, & sine pacto speciali deficientibus filijs masculis ad filias pertinebit, Obertus & Gerardus. Alij verò dicunt, nisi per pactum speciale ad eas non pertineret, sicut si datum esset filio masculo quia si ideo quod est fœmineum sine pacto transit in fœminas, eadem ratione quia est fœmineum, transit in fœmineam prolem, etiam masculis extantibus, quod falsum est. Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi postea quam habitum religionis assumpserit, postposuerit.*

Hæc constitutio occasionem dedit controuersiæ inter Doctores, vtrum in feudo fœmineo succedant fœminæ, si non speciali pacto id cautum sit. Etenim multi negant adducti ex secunda parte textus, quæ incipit: *Alij verò dicunt*. Plurimi verò affirmant, priori parte textus innixi, quæ ita disertè docet.

Neganti sententiæ hęc præterea adstipulantur. Primò, quod fœminæ regulariter in feudis non succedunt. Secundò, quod fœmina acquirens feudum, nō debet plus iuris habere quàm masculus. Masculo autem certum est fœminam non succedere. Tertiò, quoniam is qui fœminæ feudum concedit, censetur illud concessisse secundum ipsius naturā, quę est, vt fœminæ nō succedant. Quartò, quia fęminam feudum habere pugnat cum regulis feudorū, ergo vt minus regulæ offendantur, non debet post eam fęminam, cui primò cōceditur, sequēs etiā admitti. Quintò, quia ratio diuersitatis considerari potest inter ea, cui feudum primo concessum est, & alias, quæ ex ea descendunt. Potuit enim fieri, vt motus fuerit dominus ad feudum cōcedendum matri, aliqua ratione, quæ in filia cesset. Sextò, quoniam nec filij masculi succedūt matri suę, secundùm iuris rigorem, vt in c.1. An maritus succedat vxori, ergo multo minus fœminæ. Septimò, quia ex duabus sententijs, quæ commemorantur in d.c. 1 de feudo fœminæ, posterior sentētia ab authoribus feudisticorū librorum videtur approbata, id patet ex eo, quòd secundùm hanc posteriorem sententiam argumentum sumitur hoc modo: Si feudum, quo fœmina morte excidit, non recidit in fœminam ex ea descendentem. Ergo feudum etiam, quo masculus excidit, sumpto clerici vel monachi habitu, non recidit in eundem, habitu deposito.

Ita docuerunt Glo & Andr. Isernia in d.c.1. de feudo fœminæ, Mattheus Afflictus, nu. 4. ubi dicit, communē esse sentētiam, H. ibidem, citatur etiam Io. Thomas Minadous, quem non vidi, in constitutionem Regni. c. In aliquibus, sub Rub. textus constitutionis, nu. 20.

Affirmanti autem sentētiæ primùm adstipulatur tex. in c.1. de Natura success. feudi, in illis verbis: *Inferius verò filius succedit patri & non filia, nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum.* Secundò, tex. in cap. Iugales, in capitulis extraord. apud Iacobum Ardizoni, cap. 150. & apud Cutacium, lib. 4. tit. 104. cuius hæc sunt verba: *Iugales a quodā milite simul de eodē feudo inuestiti fuerant, vt in se descendentesq; suos id haberent. Hi ex se filio & filia superstitibus defuncti sunt, inter quos feudi quæstio agitatur. Masculus enim vniuersum feudum sibi vendicat, fęmina verò ad parentum feudum pariter cum fratre uocari se defendit. Quidam pro masculo, quidam pro fęmina pronūciant. Eorum qui pro filia iudicant, sententiam sequendam esse censeo, cùm filia ex antedictorum iugalium contubernio superest, ex prædefuncta vxore alio suscepto masculo, qui consanguineus ad eam frater sit. In cæteris priorum sententia sanè sequenda est. Quod si sola ex matrimonio relicta filia, nullo*

A *ex eo vel alio connubio superstite masculo, ab hac luce subtracti fuerint, feudum scindi fert prudentum nostræ ciuitatis opinio, vt dimidiam quidem partem fęmina sibi acquirat, reliquam verò dominus aut hæres eius accipiat.*

Tertiò adstipulatur huic sententiæ, quod ex duabus sententijs relatis in d. cap. 1. de feudo fœminæ prior sententia Oberti & Gerardi videtur approbata, & altera reiecta, quod patet ex illis verbis: *Quod falsum est*, quæ referenda sunt ad posteriorem sententiam, ut sensus sit, falsum id esse, quod alij dixerunt contra priorē sententiā.

Atque ita docuerunt Iacob. Beluis. Bald. Aluarot. Præpositus, D. Baro Schenck Petr. Rauen. & Eguinarius Baro ibi. Iacopinus in inuest. feudali, in verbo fœminis, nume. 3. Curtius iunior in tertia parte tract. feud. in princ. nu. 3. Zasius de feudis, par. 8 nu. 39. Sonsbecius par. 9 nume. 123. Hanetonius lib. 2 c. 8 Duarenus de feudis, c. 10. nu 4. Clarus § Feudum q. 73. Romanus cons. 367. nu 12. Socinus iunior cons. 109. num. 7. lib. 2. Rolandus à Valle
B cons. 67. nu 20. lib. 2. & 76. nu. 7. lib. 3. Burlatus cons. 63. nu. 9. Burchold. tract. feudali, c. 7. nu. 6. Pistorius alios citans lib. 2. parte posteriore, q 34. nu 20.

Ego posteriorem hanc sentētiam amplector. Primò, quia magis communis est, & in re maximè dubia cōmuniorem sententiam tutius est amplecti. Secundò, quia habet duos textus, quibus nititur, satis perspicuos, nimirum text. in d. cap 1. de natura success. feudi, & text. in d. c. Iugales in extraord. cap. & præterea Oberti & Gerardi authoritatem, ut habetur in d.c.1. de feudo fœminæ. Tertiò, quia ratio æquitatis adstipulatur. Nam cùm feudum sit fœmineū, cur non fœminæ admitterētur: quod argumentum erat Oberti & Gerardi. Postremò, quia ratio qua nititur posterior sententia relata in d.c 1 de feudo fœmin. nullius est momenti. Illa enim est ratio, quoniam, si fęminæ succederent in tali feudo, deberent etiā succedere filijs extantibus. Quod tamen falsum est, quia
C filijs extantibus fœminæ non succedūt, licet feudū etiā fœminis concessum sit, ut patet ex cap 1. de eo, qui sibi & hæred. & ex cap. Filia de success. feudi (Hic enim verus est sensus illorum verborum, *quod falsum est*)

Hoc argumentum, inquam, nullius est momēti, quia negari potest sequela. Etsi enim fœmina succedere possit, non tamen sequitur eam succedere etiam existētibus masculis, quia scilicet masculi præferūtur. Id patet, nam hæc duo videntur æquiparari, quod feudū sit fęmineū, uel fęminę ex pacto succedant, ut probatur in c.1. de natura success. feudi, ibi: *Nisi ex pacto, vel nisi sit fęmineum*, sed quando fœmina ex pacto succedit, hæc intelligitur, si masculi non extent. Nam masculis existentibus excluduntur fœminæ. Ergo idem est dicendum, si feudum sit fęmineum. Sic n. minus læduntur iuris regulæ, & strictè accipitur concessio, fęminis facta contra iuris regulas.

Non obstant argumēta contrariæ opinionis. Nā primum argum. locum non habet in feudo fœmineo, ut patet ex d. c.1. de natura success. feud. Secundum verò hoc
D præsupposito destruitur, quia sic apparet aliter feudum fęmineū esse accipiendum, quàm masculinum. Tertiū quoq; corruit, quia cōcedens vr. voluisse etiam fęminas succedere. Quartū ex eo tollitur, *quod in his, quæ contra rationē iuris constituta sunt, non possumus sequi regulā iuris*, vt inquit Iulianus in l. 14 ff. de legibus. Quintum non obstat, quia nulla ratio diuersitatis inter fęminā, cui primò feudum datur, & alias ex ea descēdentes. Oēs enim sunt inhabiles regulariter & incapaces feudorum. Ideo cùm in vna dispensatum sit, in alia quoq; dispensatū vr. Ad quintum rńdetur, filios masculos succedere matri ex æquitate, ut dicit tex. in d.c. 1 an marit. uxori succed. & eadem æquitas facit, ut etiam fœminæ succedant, quando feudum est fęmineū. Ad septimum, negatur ultimā sententiam approbatam fuisse in d.c.1. de feudo fœmi. imò potius prior sententia probari videtur, qui textus dicit: *Alij dicunt*. Nō obstat, quod dicitur ex posteriori sententia argumētū sumi ad id, quod tex. subdit de clerico,

ex quo

ex quo videtur conijci poſſe eam ſententiam approbari. Nam non eſt ſatis idonea hæc coniectura, quia nihil vetat ex ea ſententia aliquid conſtitutum eſſe in alijs caſibus,& non tamen eam ſententiam approbari,licet aliorum caſuum deciſio approbetur. Nam ratio illis ſententiæ in clericis & monachis optimè quadrat. Etenim cùm ſemel ij feudo exciderint,nulla eſt ratio,cur ſine ſpeciali gratia domini illud recuperare poſſint. At in feudo fœmineo magna eſt ratio, quæ pro deſcendentibus fœminis facit,vt mortua matre admittantur ex feudi qualitate, quod iam degeneraſſe conſtat a propria natura feudi.

CAPVT XXXIX.

Vtrum fœminæ ſuccedant in feudo franco.

FEudum quoddam francum appellant Doctores, pro quo nullum præſtatur ſeruitium domino, & diſputant,an fœminæ poſſint in eo ſuccedere,alijs affirmantibus,alijs verò negantibus. Affirmant Bald.in §. Et quia de his qui feudum dare poſſint.nu. 19. Romanus in conſ.33.&367. & ſingulari 177. incip. Fœmina. Alex.conſ 30.nu.2.lib.1.Corneus conſ.16.num.9.& 239 num.4.lib.1.Decius conſ 85.nu.6 & 424 nu. 14. Marſilius ſingulari 411. Fœminæ non ſuccedunt. Ruinus conſ. 18.nu.12.& 38.nu.8.lib.1.Alex conſ.29. & 30.lib.1. Gratus reſponſo 9 nu.153.lib.1. Alciatus reſponſo 160.num. 24.Pariſius conſ 4.num. 19.conſ.12 nu.27.conſ.16.nu 4. conſ 23.nu.30.lib.1 Siluanus conſ. 3.num. 59. Rolandus conſ.23.num.10.lib.1.conſ 48.nu.40. lib 4. Thobias Nonius conſ.1.nu.38.Clarus §.Feudum. q.37. Cuiacius lib.1 de Feudis tit.2 §.pen.Menochius conſ.69 nu.16 Burſatus conſ.150.num.59.Piſtorius lib.2.parte poſteriori, q. 34.num.33.

Negant uerò Baldus ſibi contrarius in l. Quoties. C. de ſuis & legitim.hæred. Martinus Laudenſis, & Præpoſitus in § Et quia vidimus.de his qui feu. dare poſſ. Iacobus a S.Georgio in Inueſt.feudali,in verbo & fœminis. nu.5.Curtius ſenior conſ.49.col.4.Curtius iun.de feudis in 3.pat.in princip.in 5.lim.Zaſius de feudis, part.8 nu. 34.Thomas Marinus de feudis,tit. 11 de feudo fœmineo ſiue materno,nu.19 Duarenus de Feudis,cap.10.num.7. Hanetonius de Feudis,lib.2.cap.8.

Affirmantis ſententiæ fundamentum eſt primum in c.ſi cui multi.in capitulis extraordinarijs feudorum, & apud Cuiacium lib 4.ti.104.cuius verba hæc ſunt: *Si cui militi ad certum ſeruitium feudum fuerit datum,isq; relicta ex ſe deſcendente fœmina deceſſerit,quæ id ſeruitiū iuxta feudi conditionem non minus decenter præſtare poſſit, quam maſculus,et ſi in inueſtitura minimè cautum ſit,ut & fœmina ad id aſpirare valeant,eam tamen admitti recte putamus,quinimò hoc caſu ſimul cū maſculo in feudo eam ſuccedere quidam putat, quod multò magis dignū obſeruantia exiſtimauimus,cum feudum ſic datum eſt,ut nullum pro eo ſeruitium fiat,vt pleraq; hodie feuda datur*

Secundò,in hac ratione. Nam ceſſante ratione legis, ceſſat lex. Sed ratio legis arcentis fœminam a ſucceſſione feudi,illa eſt,quia ſeruire non ualet,vt habetur in c.1 An mutus,vel ſurdus, vel alias imperf. & ibi. *Quidam tamen dicunt,eum qui talis natus eſt feudum retinere non poſſe,quia ipſum ſeruire non ualet, ſi dicimus in clerico, in fœmina & in ſimilibus.*

Hæc ratio ceſſat in quæſtione noſtra, quia fœmina nullum præſtare ſeruitium debet, cùm feudum ſit francum,pro quo nullum ſeruitium præſtandum eſt.

Fundamentum autem negantis ſententiæ poſitum eſt in regula generali feudorum,qua dicitur,fœminas in feudis non ſuccedere §. Hoc autem,de his qui feudum dare poſſunt. Ab hac enim regula generali caſus iſte nō repetitur exceptus.

Ad tex in c.Si cui militi,reſpondent,illud non haberi in vulgatis & ordinarijs Codicibus, & ideo apocry-

A phum eſſe,nec argumentum ex eo ſumi poſſe.

Ad rationem illam reſpondent, licet fœmina non teneatur aliquod ſeruitium præſtare, tamen cùm feudum præſupponatur eſſe,in conſequentiam teneri ad præſtādum fidelitatis iuramētum,iuxta tex.in c.1. de noua forma fidel.& in c 1 de noua forma fidelitatis. Non poteſt autem fœmina præſtare,quæ in dicto iuramento fidelitatis continentur, quia non poteſt habere ius vindictæ, agereque ea,quæ viri agunt Hoc enim eſt id, quod vulgo dicitur: *Fœmina non leuat faydum*, nec multa alia facere,quæ in dicto fidelitatis iuramento continentur.

Ego puto,huius quæſtionis definitionem ex hac quæſtione potiſſimùm pendere,vtrum licet feudum ſit francum, vt præſupponimus, ita vt nullum præſtandum ſit ſeruitium, nihilominus præſtandum ſit iuramentum fidelitatis,iuxta formā,quæ habetur in tit.de noua forma fidelitatis.Nam ſi præſtandum ſit,certum eſt,fœminam feudum obtinere,non poſſe, quia non poteſt ea facere, quæ in dicta iuramenti forma continentur. Si verò non B ſit præſtandum tale iuramentum,tunc nihil proponi video,cur fœmina repelli debeat a ſucceſſione feudi,cum ratio legis eam excludentis prorſus ceſſet in hoc caſu,& coniectura ſit non contemnenda,ita viſum fuiſſe peritis rerum feudiſticarum ex dicto cap. Si cui militi,licet nō ſit textus prorſus Authenticus.

Exiſtimo itaque,hæc eſſe repugnantia,quod feudum dicatur eſſe francum & liberū,ita vt nullum exigat ſeruitium,& quod illa exigat,quæ in iuramenti formula ſupradicta continentur. Tunc enim ſeruitium exigeret nō paruum,vt ex cōtentis in dicta formula intelligi poteſt.

Quamobrem non puto,iuramētum eſſe præſtandum quod ponitur in dicto tit.de noua forma fidelit.ſed duntaxat iuramentū fidelitatis aliquod non repugnans qualitati feudi,quod liberum & frācum eſſe præſupponitur. Eiuſmodi iuramentum cùm ita commodè ac decenter per fœminam præſtari ac impleri,ſicuti per marem poſſit, exiſtimo fœminam meritò in tali feudo ſuccedere C poſſe. Quod ſi nullum iuramentum fidelitatis ex pacto præſtandum ſit, tunc eo magis res eſt clara, fœminam ſuccedere poſſe.

Cæterum,ſi feudum francum eſſe proponatur,ſed ita tamen,ut uaſallus ex pacto iuramētum præſtare debeat, ſecundùm formam, quæ habetur in dicto titul. de noua forma fidelitatis,tūc puto ita francum intelligendum eſſe feudum,vt tamen ea ſeruentur,quæ in dicta iuramenti forma continentur,& conſequenter ultra ea francum ſit & liberum,ſicut dicebat Io. An.in add ad ſpeculator. tit. de præſcrip.in addit.1.circa finem. Et hoc in caſu illis adſtipulari nequeo qui fœminam ad tale feudum admittunt,quia in dicta formula iuramēti multa continentur quæ per fœminam explicari non poſſunt,puta illud: *Et ſi ſciero te uelle iuſtè aliquem offendere,& inde generaliter uel ſpecialiter fuero requiſitus,meū tibi,ſicut potero, pſtabo auxilium*'& multa ſunt alia in dicta formula,quæ cū a fœmina expediri non poſſint, nō uideo quam ob cauD ſam feudum obtinere poſſit,niſi quis ridiculè dixerit, fœminam ita iurantē non obligari iuramento,ſed profectò non decet in hunc modum abuti iuſiurandi religione.

CAPVT XL.

Fœminæ vtrum in feudo ſuccedant, in quo iuramentum fidelitatis eſt præſtandum,ſed debet ſolui annuus cenſus, vel aliud præſtari ſeruitium quod etiam fœmina præſtare poteſt.

EX his quæ dixi circa finem præcedentis capitis, quid in hac facti ſpecie iure mihi ſtatuendum videatur,perfacilè eſt intelligere Sic enim ſtatuendum puto, fœminam ſuccedere non poſſe,quia licet annuum cenſum præſtare poſſit, non tamen

men ea obseruare pōt, quæ ex iurisiurādi formula promittit. Ergo nisi authores perfidiæ ac periurij esse velimus, nec feminā iureiurādo onerabimus, nec feudo honorabimus. In tit. de noua forma fidelitatis hęc formula præscribitur: *Ego Titius iuro super hæc sancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vsque ad vltimum diē vitæ meæ ero fidelis tibi Caio domino meo, contra omnem hominem, excepto Imperatore vel Rege, &c.* Item: *Ego iuro, quod nunquā scienter ero in cōsilio, vel auxilio, vel in facto, quòd tuam tuas vitam, vel membrum aliquod, vel quod tu recipias in persona aliquam læsionem, vel iniuriā, vel contumeliam, vel quod tu amittas aliquem honorem, quem nunc habes, vel in antea habebis. Et si sciero, vel audiero de aliquo, qui velit aliquod istorum contra te facere, pro posse meo, vt non fiat impedimentum præstabo. Et si impedimentum præstare nequiuero, quàm citò potero tibi nunciabo, & cōtra eum, prout potero auxilium meum tibi præstabo. Et si contigerit te rem aliquam, quam habes, vel habebis, iniustè vel fortuito casu amittere, eam recuperare iuuabo, & recuperatam omni tempore retinere. Et si sciero te velle iustè aliquem offendere & inde generaliter vel specialiter fuero requisitus, meum tibi, prout potero præstabo auxilium. Et si aliquid mihi de secreto manifestaueris, illud sine tua licentia nemini pandam, vel per quod pandatur faciam. & si cōsilium meū super aliquo facto postulaueris, illud tibi dabo consilium, quod mihi videbitur magis expedire tibi, & nunquam ex persona mea aliquid faciam scienter, quod pertineat ad tuam, vel tuorum iniuriam, vel contumeliam.*

Hæc capita iuramenti seruare, virile est officium. Diocletianus: *Alienā suscipere defensionem, virile est officiū, & vltra sexum muliebrem esse constat.* l. 18. C. de Procur. Præsertim verò cùm agitur de defendendo aliquo à vi, et iniuria corporali, vt ī hoc casu agi manifestū est. Multò minus mulier idonea est ad adiuuandū dñm volentē iustè aliquem offendere. Quare vt dicebam, cùm hæc à feminis præstari non possint, consequens est, eas nō posse eiusmodi iusiurādum subire, ac proinde, nec feudum obtinere, quod requirit tale fidelitatis iusiurandum.

Atque ita responderunt Alex. in cons. 9. nu. 7. 8. lib. 5. Decius in cōs. 139. in fine, & 193. & in l. 2. nu. 64. de reg. iur. Brunus cons. 41. nu. 4. Zasius de feudis, part. 8. nu. 49. Curtius iunior de feudis, par. 3. in princ. nu. 12. vers. *Nono fallit.* Roland. à Valle, cons. 23. nu. 35. lib. 1.

Contrariū rñderunt Socinus senior cons. 257. col. 2. lib. 2. Paris. cons. 12. nu. 28. lib. 1. Ruinus cons. 18. nu. 17. lib. 1. Menoch. cons. 65. nu. 16. isti loquuntur in terminis quæstionis nostræ. Pistorius autem lib. 2. parte posteriori, q. 34. nu. 37. qui & Romanum citat in cons. 367. num. 12 & Clarum, §. Feudū. q. 73. & alios, non loquitur expressè in casu isto, qn̄ præstandum est iurm̄ fidelitatis sicut nec Clarus, nec Romanus, nec alij multi ab eo citati.

Fundamentum est primò in c. si cui militi, in capitulis feudorum extraordinarijs, cuius verba retuli in capite præcedenti, vbi re vera, ita expressè constitutum est, sed responderi potest, non loqui text. illum in terminis nostris, quando videlicet iuramentum fidelitatis præstandum est secundùm formam supradictam.

Et licet ibi mētio fiat inuestituræ, nō tñ infertur hoc præsupponere, vt fidelitatis iurm̄ præstetur secūdū modū supradictū: licet. n. vasallus, qui de feudo inuestiēdus est, iuramentum præstare debeat fidelitatis, id tamē locum habet in feudo proprio & vero, quale nō est feudū illud, pro quo seruitium præstandum est, quod ita commodè per feminam, sicuti per virum explicari potest.

Etenim sicut dixi in præcedenti capite, hæc implicant quandam contradictionem, nec simul cohærere possunt; præstandum esse seruitium tale, quod fœmina præstare possit, & præstanda esse ea, quæ in iuramenti fidelitatis formula continentur. Ea enim non continent eiusmodi seruitium, quod à femina pręstari possit. Huic argumento nullum allatū vidi responsum, quod sit idoneum, quanquam Menochius in sua hypothesi optimè

A respondeat ex facti de quo respondit, circumstantijs.

Præterea illud est fundamentum posterioris huius sententiæ, quod cùm feudum sit impropriū illud, quod nō personale seruitium exigit, non habeat in eo locum feudalis cōstitutio, repellens fœminas à successione, sed potius ius commune eas vocans vnà cum masculis. l. Maximum vitium. C. de lib. præteritis. Responderi potest, id non rectè inferri, quia non si in vno feudum à sua natura ac proprietate degeneret, idcirco in omnibus alijs degenerare debet. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi.

Adde quod generalis est feudalis cōstitutio feminas à successione repellens, ac proinde in omni feudo locū habere intelligitur, nisi sit femineum, vel ex pacto femina succedat, vt in c. 1. de natura success. feudi.

CAPVT XLI.

B *Ad cap. 1. de eo, qui sibi & hæredibus suis masculis, vel fœmin. &c. An fœmina semel admissa excludatur à masculo postea noto.*

EXtat feudalis cōstitutio lib. 2. tit. 17. in hæc verba: *Qui sibi vel heredibus suis masculis, vel his deficientibus, fœminis per beneficium inuestituram feudi accepit, vna tantum filia superstite, nullo alio descendente relicto decessit; hæc marito paternum feudum in dotem dedit, & decessit duobus filijs ex eo procreatis: quorum vnus duas filias reliquit, alter verò vno filio masculo relicto decessit. De prædicto itaque feudo vrgentem vidimus quæstionem: masculo quidem hoc feudum totum sibi, quia solus eius, qui primo inuestituram accepit, hæres masculus sit, vindicante; fœminis verò totam sui patris partem sibi defendentibus, quia ex illo nullus extitit masculus. Cumque* C *inter sapientes sæpe super hac quæstione sit disputatum, tandem pro masculo pronunciatum est. Non enim patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inuestitus, &c.*

Nunc proponitur hęc facti species. Quidā feudum acquisiuit sibi, suisq; hęredibus masculis & feminis, & relictis duabus filiabus diē suū obijt, filiæ in feudo successerunt, postea altera earum moritur relicto masculo, vtrū ille masculus nō solùm succedat in portione matris suę, verum etiam in portione materteræ, eamque excludat?

Affirmāt Glo. ibi. Andr. Isern. Martinus Laudensis & Afflictus n. 12. Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali, in vers. Fœminis. nu. 17. Celsus Hugo cons. 26. num. 48. Bursatus cons. 63. nu. 16.

Negant verò Iacobus Beluisius, Baldus, Aluarotus, Petr. Ranenn. Baro Schenck, in commentarijs dicti loci, Curtius iunior de feudis, par. 3. num. 33. Zasius par. 8. nu. 53. Sonsbecius par. 9. num. 140. Ioan. Thomas Mari-
D nus. tit. 11. de feudo fęminę, n. 37. vers. Nono quæritur, Clarus. §. Feudū. q. 80. Guerinus Piso ī prælndijs feudor. sub titu. Propria & impropria feuda quænam sint, vers. Quarta species feudi improprij, Hanctonius, lib. 2. c. 9.

Fundamētū prioris sententiæ positū est in illis verbis textus supradicti: *Nō. n. patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest, &c.* Hæc generalis rō legis locū habere vr̄ & in ꝓposita quæstione, & quādā tacitā cōditionē vr̄ importare, quoad fęminæ successionē ī feudo, vt scilicet illa feudū absolutè nō obtineat, sed cōditionaliter, nimirū si masculus nō supueniat. Id patet. Nā textus, quē in manibus habemus, de ea loquitur facti specie, in qua feudū paternum iam peruenerat ad filiam, & tamen masculus superueniēs nepos totū feudū obtinet, quod ad neptes ex altero filio ptinere debuit.

Fundamentum autem posterioris sententiæ illud est, quia in ꝓposita facti specie de qua nostra est disputatio, ius quæsitum est materteræ, antequā filius ille superueniret, quamobrem illud auferri nō potest. l. Id quod nostrum. de reg. iur. Et quod dicitur fœminam succedere

non posse donec masculus supereft, intelligendum est, quàdo tempore fucceffionis delatæ masculus adest, non autem, cùm post Ius quæfitum fœmineæ existenti tempore fucceffionis delatæ, masculus superuenit.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector. Nam re uera iuris rationib. & regulis repugnat filiû auferre ma tertere ius acquifitum, iam antequã ipse nasceretur. De inde, hanc quæftionem noftrã non decidit textus circa quem versamur, fed aliã longè diuerfam, quãdo fcilicet tẽpore mortis, & fucceffionis adfunt fęminæ ex vno filio, & masculus ex altero; Ratio dubitãdi est, qa vr dicẽ dû, filiã fuccedere in pottione parẽtis fui. Ratio decidẽ di eft, quia fęminis nõ paret aditus in fucceffione feudi, donec masculus fupeft. Hic autẽ masculus adeft, Ergo ille folus admittitur. At in qõne noftra nõ adeft, fed poftea fuperuenit, fœmina iam admiffa, meritò dicetur ca fus longè diuerfus, & diuerfam rationem continere.

B Porrò ratio illa, quia fœminæ non patet aditus in fucceffione feudi, donec masculus fuperest, generalis quidẽ eft, fed non poteft extendi ad eum cafum, in quo nõ loquitur, nimirum ad eum cafum, in quo masculus non fu pereft, licet poftea nafcatur. Loquitur enim quando ma fculus adeft eo tempore quo fucceffio defertur, & fimul etiam fœmina adeft, tunc masculus præfertur.

Quod verò dr, illam rõnem hoc efficere, vt fœmina fuccedat non abfolutè, fed fub cõditione, fi masculus nõ fuperfit, põt intelligi dupliciter. Primò, fi masculus non fuperfit tẽpore quo vafallus moritur, & feudi fucceffio alijs defertur; & hoc eft verum, fed nõ rectè applicatur queftioni propofitę, quia queftio loquitur, in tempore fucceffionis fola extabat fęmina, nẽpe matertera. Secundò, poteft intelligi fi masculus nõ fuperfit, etiam poftea natus; er hoc falfum eft, quia nõ eft æquũ, nec textus hoc vult, vt filius poftea natus auferat ius alteri acquifitum.

C Et licet textus loquat de ea facti fpecie, qua filiæ primi acquirẽtis fuit ius quæfitû in feudo, illa enim iã fuc cefferat, non tñ de cafu illo loquitur, quo hic filiæ aliquod ius auferatur per masculû, poftea fuperuenietem.

CAPVT XLII.

Si feudũ quis acquifiuerit fibi & fuis hæredibus, vtriufq; fexus, vtrum fœminæ fimul cum masculis fuccedant.

CVm fœminis in fucceffione feudi locus nõ pateat, donec masculos fuperfit, vt inquit text. in c. 1. de eo qui fibi & hæredibus fuis mafcul. vel fœmin. &c. Et idem habetur in cap. 1. §. Quinetiam. Epifcoporum vel Abbatem, &c. Et in c. 1. §. Filia, de fuccef. feudi, verifsima mihi eorum fententia videtur, qui feudi conceffionem hæredibus vtriufque fexus factam ita interpretatur, vt fęminæ in eo non fuccedant, fimul cum masculis, fed mafcu

D lis deficientibus. Ita refpon lerunt Alexander in conf. 9. lib. 5. Curtius iunior de feudis, par. 3. nu. 19. Io. Baptifta Vincemala conf. 1. feudali, nu. 57. Celfus Hugo conf. 26. nu. 48. Burfatus conf. 63. nu. 9. & 132. nume. 41. & 150. in princ. Thomas de Marinis, titu. 11. de feudo fœminino, nu. 40. Piftorius alios citans, qui tamen in iftis terminis non loquuntur, lib. 2. parte pofteriori, q. 35. n. 16. Rolandus à Valle conf. 84. nu. 14. lib. 4.

Contrarium refponderunt Decius conf. 208. n. 4. Parifius conf. 22. nu. 14. li. 1. Ruinus conf. 16. nu. 6. lib. 1. Go zadinus conf. 56. nu. 22. Borcholtus de feudis, c. 7. nu. 67.

Sed profectò nollum ifti argumentum adferunt alicu ius ponderis. Primò, vrgent naturam verborum, *pro hæredibus vtriufque fexus*. Videntur enim hæc verba æqua liter tam fœminas, quàm mafculos vocare, magis, quàm fi dicatur, *hæredibus mafculis & fœminis*, quia tũc mafcu li, tanquam prius nominati, præferri meritò debet. ex re gula. l. Quoties. ff. de Vfufr. Secũdò, illud vrget, idem effe in propofita conceffione ftatuendum, quod in ea, qua

A feudum conceditur, pro masculis cũ fœminis, tũc enim etiam masculis exiftentibus fœminæ fimul cum eis fue cedunr, vt notat Bald. in l. Quoties. C. de fuis & legit. hæ redib. Tertiò, quia fœminæ fuccedunt fimul cum mafcu lis, quando feudum datur quibufcũque heredibus, cu ia funt vocatæ fub verbis illis generalibus. Ergo multò ma gis fuccedere debent hoc in cafu, quo fpecialiter vocan tur illis verbis: *Hæredibus vtriufque fexus*.

Sed nihil ifta mouent, quia quod attinet ad primum, illud eft quidem verum, fi verbotũ duntaxat natura fpe ctetur, fed regula iuris feudalis magis fpectati debet, per quam masculis exiftentibus fœminæ excluduntur.

Ad fecundum negari poteft, conceffiones illas æquiparãdas effe, videlicet: *Hæredibus vtriufque fexus*. Item, *masculis cum fœminis*, quanquam & in ea facti fpecie non defunt, qui negent fœminas admitti fimul cum mafculis. Qua de re ftatim dicemus.

Ad tertiû negatur, qđ affumitur in argumento, nempe fœminas, fimul fuccedere cũ masculis, quãdo agitur de conceffione facta *hæredibus* quibufcunque. Hoc quidem Ruinus dixit, fed non probauit. Baldus enim quem citat, hoc nõ dixit, nec vllus alius, nec diceuti affentiret, nifi id probaret, quia contrarium habemus ex generali regula feudorum, quæ docet, mafculis exiftentibus fœminis etiam vocatis in fucceffione feudi locum non patere. Et ita etiam Ruino refpondit Roland. à Valle, in conf. 84. nu. 17. verf. Similiter non obftat. lib. 4.

CAPVT XLIII.

Quid fi feudum acquifitum fit pro masculis cum fœminis, an fœminæ vnà cum masculis fuccedant?

SI feudum acquifitum fit pro filijs, fiue hæredibus mafculis cum fœminis, fęminas æqualiter, & fimul cum mafculis fuccedere, authores funt Bald. in l. Quoties. C. de fuis & legit. hæred. Iacopinus à S. Georgio in inueftitura feodali, in verb. fęminis, nu. 10. Francifcus Cremenfis fing. 70. Decius conf. 208. nu. 3. Parifius conf. 12. num. 17. lib. 1. Roland. à Valle, conf. 84. num. 10. lib. 4. Clarus, §. Feudum, q. 73. verf. Et in hoc propofito. Cro tus conf. 27. nu. 3. Burfatus conf. 63. nu. 10. lib. 1. Piftorius lib. 2. parte pofteriori, quæft. 35. num. 30.

Fundamentum verò eft, quia hoc in cafu mafculi cõiunctim vocati funt cum fœminis. Ergo quilibet ad feu dum admitti debet pro fua portione. l. Vn. §. Vbi autem, C. de Cad. tollend. l. vlt. C. de Impub. & alijs fubftit.

Sed contrarium docuerunt Curtius iunior de feudis par. 3. nu. 18. Paulus Picus in tit. de his qui feudum dare poffunt. §. Et quia, nu. 59. Gucrinus Pifo in præludijs feu do. tit. Propria & impropria feuda quę fint. ver. Quarta fpecies feudi. Duarenus de feudis. cap. 10. nu. 9.

Et iftis ego affentior. Fundamentũ eft hoc: Feudi con ceffio mafculis & fœminis facta, hanc ex iure feudali re cipit interpretationem, contra verborũ proprietatem, vt fęminæ non fuccedãt quoties mafculi fuperfunt. c. 1. §. Quin etiam. Epifc. & Abbat. & c. Cap. 1. §. Filia, de fuc ceff. feudi. cap. Si cui militi. §. Item fi quis. in extraordinarijs capitulis apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104.

Ergo idem in propofita facti fpecie refpondendũ eft, cùm fœminæ fcilicet cum mafculis vocantur. Nam ficut *nihil intereft, ita legetur illi & illi cum Meuio, an ita, illi, & illi, Meuio*. l. 8. ff. de vfufr. accrefcẽ. l. Illi. 4. ff. de Vfufr. leg. Ita nihil intereft vtrum mafculis & fœminis feudũ concedatur, vel mafculis cum fœminis.

Refpondet Piftorius, nõ rectè hoc inferri. Nam licet dictio (*Et*) ex natura rei contra propriam fignificationẽ in alium fenfum detorqueatur, non tamen fequitur, eodem modo in alium fenfum detorquendam effe dictionem (*Cum.*)

Sed iuftè explicari põt nihil proponi, cur nõ rectè id inferatur.

Inferatur. Primò, quia nulla est ratio diuersitatis. Secundò, quia hæ dictiones eodē modo coniungunt. Tertiò, quia hæc interpretatio ideo fit, quia id exigit subiecta materia feudi, quod masculos præcipuè ad successionē vocat. Ergo sicut dictio *Et*, intelligitur secundū subiectam materiā, vt ordinem successiuum inducat, ita et accipiē da erit dictio *Cum*, ex eadem ratione generali, nimirū verba accipienda esse secundum subiectam materiam. l. Si vno, ff. locati, l. Insulam, ff. de præscript. verb.

Nec enim audiendus est Pistorius, qui authores citat asserentes, quidquid sit de dictione *Et*, dictionem *Cum* etiam positam inter personas, interquas ordo charitatis est, non inducere ordinem illum, quia nulla lege id probatur. Repugnat regula generalis prædicta. Aduersant Iurisconsultorum responsa, æquiparantium eos modos coniungendi per dictionem *Et*, & per dictionem *Cum*, vt in d. l. 8. ff. de vsufr. accr. Et contrarium voluit Osasc. decis. Pedem. 81. nu. 18. vers. Non repugnat.

B Ad argū contrariæ opin. rñdeo, hanc quidem esse naturam coniunctionis, sed tamen non esse tunc spectandam, quando materia subiecta aliud postulat. Verba n. secundum materiam subiectam sunt accipienda.

Illud non diffiteor, si feudum ita sit concessum, vt in eo succedant fœminæ, sicut masculi, tunc pariter & masculos & fœminas succedere. Ita enim decidit tex. in d. c. Si cui militi, §. item si quis. in extraor. Capitulis: sed nos in ea specie non versamur.

CAPVT XLIV.

Masculus existens in gradu remotiori lineæ diuersæ, an excludat fœminam è successione feudi, in proximiori gradu existentem eiusdem lineæ, vbi feudum acquisitum est pro hæredibus masculis & fœminis.

1 IN c. j. §. similiter, de Cap. qui cur. vend. qō hæc deciditur, his verbis: *Similiter si quis inuestitus fuerit de feudo, ita vt ad fœminas transiret, & duas filias tantum reliquerit, quarum vna filium habeat, & altera filiā, vtrum post mortē illarum masculus tantum feudum habere debeat. Secundum Gerardū masculus tantum. Obertus contrà, & ē cōtra si filius ille habuerit.*

Hic deciditur masculum præferendum esse, qui tñ est in remotiori gradu, & in diuersa linea, respectu filiæ, quā excludit à portione matris suæ. Ita inquā deciditur secūdum opin. Gerardi, quam doctores communiter secuti sunt. Et confirmatur ex regula illa generali, Fœminæ locum non patere in successione feudi, donec masculus superest, vt in c. j. de eo qui sibi & hær. masc. vel fœm. in c. j. §. Quin etiam, Episc. vel Abb. in c. t. §. Filia, de success. feudi. Et notandum est tex. in d. c. t. de eo qui sibi & hære. suis, loqui de hac ipsa facti specie, cūm scilicet masculus extat in diuersa linea, & remotiori gradu, & ibi dicitur fœminam excludi. Ita inquam docuerunt Beluis. Item Bal. Aluarot. Præposit. Afflict. & alij in d. §. Similiter. Zas. parte 8. nu. 52. alios multos citat Pistorius lib. 2. parte posteriore, q. 35. nu. 18.

Controuersiam facit solus Sonsbecius de feud. par. 9. nu. 143. existimans tex. in d. c. 1. de eo qui sibi & hæred. suis, &c. restringendum esse ad illam facti speciē, de qua loquitur, & illam facti speciem longè differre ab hac nostra, quia ibi feudū acquisitū fuit hæredibus masculis, & illis deficientib. feminis, quæstio aūt proponitur, de eo, qui feudum acquisiuit hæredibus masculis & fœminis.

Sed fallitur vir doctissimus in eo, quod non animaduertit nullam esse rationem diuersitatis inter istos casus. Primò, quia is qui feudum acquirit hęredibus masculis & fœminis, non aliter fœminis acquirit, q̄ si masculi non extent, vt in d. §. Quin etiam, & in d. §. Filia. Secundò, quia in illa facti specie, de qua loquitur tex. in d. c. de eo qui sibi & hær. masc. & fœm. feudum iam transierat ad filiam solam superstitem: Et tamen ibi deciditur, ea defuncta duobus relictis filiis, quorum vnus duas filias reli-

A querat, alter verò filium masculum, feudum pertinere ad masculum solum, ea ratione, q̀ fœminæ locus in successione feudi non pateat, donec masculus superfit, qui tamen masculus erat ibi in diuersa linea, & remotiori gradu, & excludit filias à portione feudi matris suæ. Eadem ratio est in quæstione nostra. Quædam alia argumenta Sonsbecius attulit, quæ refert & refellit iā accuratè Pistorius, vt nihil addendum existimauerim.

CAPVT XLV.

Fœmina semel à feudi successione exclusa per masculos, an perpetuò censeatur exclusa?

B 
Elebris est, & sæpè agitata hæc quæstio; quare nullum mē operæpretium facturū puto, si vel affirmantis, vel negantis sententiæ authores hic adscripsero, sunt enim & passim obuij, & ferè innumerabiles. Dicā igitur quid sentiam, & rationes adferam: deinde, contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Existimo filiam semel exclusam à successione feudi, masculis extantibus, perpetuò exclusam esse. Moueor authoritate tex. in c. 1. §. Quinetiam, Episc. vel Abb. &c. ita enim dicit: *Quin etiam si quis eo tenore feudum acceperit, vt eius descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, relicto masculo, vlterius fœminæ non admittuntur.* Illud verbum, *vlterius*, significat nunquam amplius fœminas admitti, cōsequēter perpetuò fuit exclusas. Deinde, moueor hac ratione, quia fœminæ iure feudali excluduntur à successione feudi, vt in c. t. §. Et quia, de his qui feu. dare pos. Excipitur inter alios ille casus, quo ex pacto fœmina vocatur, c. t. de natu. succes. feu. sed pactum illud interpretatione restringitur. Nā filiis extantib. non

C habet locum, c. 1. §. filia, de success. feu. ibi: *Tunc enim succedit filia, filijs non extantib.* Ergo filiis extantib. filiæ excluduntur, c. Si cui militi. §. Item si quis eo tenore, in extraord. capitulis apud Cuiac. lib. 4. tit. 104. ibi, *Quanquā enim superstite masculo, ex eo qui primo feudū acquisiuit fœminæ excluduntur, &c.* Excluduntur, inquam, simpliciter, non ad tps: Ergo perpetuò vñr exclusæ. Sicut fœminæ, quæ ex statuto municipali stantib. masculis excludūtur, simpliciter, si semel fuerint exclusæ, masculis existētibus, perpetuò exclusæ censebuntur, vt docet Bart. in l. vlt. §. 1. nu. 2. in fi. ff. ad Tertyl. cuius sententia cōiter recepta est. Vide Andr. Geyll. lib. 2. obser. 148. nu. 4.

Nec id ita iniquum ac durum videri debet, si natura feudorum perpendatur, quæ est, vt fœminæ non succedant. Hac n. interpretatione minus læditur, minusq; feudales regulæ offenduntur. Sed iam contrariæ sententiæ argumenta refutanda sunt.

D Primum argumentum sumitur ex c. t. §. Filia, de success. feudi, quatenus ibi dicitur, filiam non extātibus filijs succedere, Ergo si filij non extent, quia scilicet postquam successerunt, defuncti sint absque filijs, fœminæ videntur esse admittendæ, quia tunc verum est filios non extare. Respondeo, illa verba: *Tunc enim succedit filia filijs non extantibus*, non eum habere sensum, vt videlicet quandocūque filij nō extent, filia succedat, sed accipienda esse tempore successionis delatæ, de quo tempore loquitur tex. ille. Itaque mortuo patre, si masculi non extent, filia succedet. Hæc est sententia dicti §.

Secundum argumentum sumitur ex cap. 1. de eo qui sibi vel hæred. in illis verbis, quibus dicitur, fœminæ locum non patere in successione feudi, donec masculi superfunt. Illud verbum, *donec*, significat nō penitus fœminas remoueri, sed ad tēpus, dum scilicet masculi superfunt. Respondeo, ex hoc loco rectè probari, fœminæ locum non patere in successione feudi, dum masculi superfunt, sed non rectè probari, quod infertur à cōtrario sensu fœminæ locum patere, masculis, qui successerunt, postea deficientibus, quia repugnat textus in dicto §. Quin

 etiam.

etiam,vbi dicitur,fœminas vlterius non admitti.Itaque illud verbum, *Donec*, ibi accipiendum est,vt c.t.Matth. *Et non cognoscebat eam donec peperit filium suum primogenitum*. Et cap.5.ibi. *Non exies inde, donec reddas nouissimum quadrantem*. Et Genes.8.ibi. *Donec siccarentur aquæ super terram*. Et habetur in cap.Ioseph. de verb. signif.& alibi.

Tertium argumētum est, quia fœminis ius quæsitum videtur ex pacto primi acquirētis,cui proinde succedere videntur. Ea enim primi acquirentis intentio præsumitur,vt primùm masculis, deinde fœminis prospicere voluerit. Respondeo,quæ fuerit acquirētis intentio, nō esse nunc inquirendum, sed quæ iure feudali sit hoc in casu adhibenda interpretatio:ea verò est, fœminas succedere masculis non extantibus, masculis verò extantibus,excludi.Exclusas vlterius nō admitti, vt iam allatis textibus suprà demonstraui.

Quartum argumentum est, quia verisimile non est, acquirentem feudum hunc animum habuisse,vt defuncto filio feudum ad dominum rediret. Quid enim si filium,verbi gratia,& filiam tantùm superstitem haberet, vel filium non idoneum ad procreandum liberos?nunquid verisimile dicemus, eū voluisse masculo defuncto feudum ad dominum reuerti? Respondeo,vt iam dixi, non tam spectandam esse voluntatem acquirentis feudum,quàm iuris regulas & sanctiones.Sic autē iure cōstitutum est, vt extantibus masculis fœminæ excludantur.Huic iuri constituto patendum est, nisi pactum fiat, quo fœminæ succedant,vel cum masculis,vel deficienti bus quandocunque masculis.

Quintum argumentum est,quia in feudo fœmineo communis videtur sententia,fœminas succedere masculis deficientibus,licet masculi aliquando possederint feudum.Ergo idem in hac quæstione respondendum est,in qua feudum masculis & fœminis acquiritur. Respondeo, nego cōsequentiam, quia hic non agitur de feudo fœmineo. Deinde,res est dubia & controuersa in feudo fœmineo,vt patet ex not.in c.t.de feudo fœminæ,& nos suprà disputauimus.

Sextum argumentum est c.t.§ Si duo fratres,de feudo Marchiæ,vbi feudum acceptum eo pacto,vt fœminæ succedant, feudo nouo æquiparatur à duobus fratribus accepto,eo pacto,vt sibi mutuò succedant.Respondeo, in ea æquiparatione consistere, quòd frater qui alioqui non succedit in feudo nouo , ex pacto succedere potest, sicut fœmina ex pacto succedit.

Septimum argumentum est,quia cùm hæc res sit dubia,videtur sumēda benignior interpretatio,vt fœmina succedat Respondeo,negando rem esse dubiam,nisi respondeatur textibus & rationibus allatis.

Octauum argumentum est , quia nullibi sit constitutum,fœminas perpetuò exclusas esse. Respōdeo,imò satis apertè id constitutum esse in d.§.Quinetiam.

Nonum argumentū est,quia fœmina excluditur propter masculos , ergo masculis postea deficiētibus debet admitti,quia cessat causa exclusionis.Respondeo,negando consequentiam; & ratio est,quia masculis existentibus fœmina excluditur,quasi cōditio deficiat,sub qua tacitè vocata intelligitur, nimirum masculis non extantibus:Conditione autem deficiente corruit ius, quod sub conditione defertur,nec postea reuiuiscit.

Decimum argumētum. Cùm feudum masculis & fœminis acquiritur , masculi tacitè præferuntur fœminis, ita vt quandocunque masculi extiterint, excludant fœminas,etiā alterius lineæ & proximioris gradus cap.1. §.Similiter,de capitan.qui curiam vend.Ergo à contrario de fœminis expressè vocatis,idem statuēdum est,vt admitti debeat,quandocunque masculi deficiant. Respondeo,negando consequentiā, nec enim est par ratio masculorum & fœminarum in feudis, sed potior est conditio masculorum.

Vndecimum argumentum *Vnusquisque sibi & suis hæredibus videtur prospexisse*, inquit tex.in c.1. de duobus fratribus à capit.inuest.vbi propterea tex.dicit filiā defuncti præferendam esse fratri.Multò magis ergo præferenda domino erit. Respondeo, si nulli extent masculi defuncti,argumentum rectè concludere,secus,si filij extent,quia illi soli,exclusa filia, succedunt , quæ proinde vlterius non admittitur . Et in his terminis loquitur ibi tex.quando videlicet frater,cui filia succedit,masculum nō reliquit.Id patet ex illis verbis: *Ex fratribus vs vnus vna filia relicta , altero adhuc viuente , decessit , quæritur, cui portio defuncti deferatur, vtrum filiæ an fratri? Respondetur filiæ*.

Duodecimum argumentum hoc adfertur, text.in §. Quin etiam , quo potissimùm sententia communis nititur non hoc velle,vt fœminę vlteriùs non admittantur, id est,semel exclusæ per masculum,perpetuò sint exclusæ,sed hoc tantùm velle,vt si feudum eo tenore concessum sit,vt masculi & fœminæ illud habere possint, tunc masculi superstites succedant,nec fœminæ vltra masculos admittantur,sicut habetur in c.t. §.Filia, de success. feudi.Respondeo,verba esse clara,quibus dicitur, fœminas vlterius non admitti . Aduerbium,illud,*vlterius*, significat fœminam nec tunc admitti,nec postea amplius, quo sanè loquendi modo textus non vteretur, si dicere vellet,fœminas non admitti,vel succedere masculis superstitibus.Promptum enim esset dicere,fœminas non succedere masculis extātibus,vti loquitur textus io d.§.Filia.Vel solos masculos succedere, vel fœminas nō succedere simul cum masculis, vel præter masculos nō succedere fœminas,vel denique vltra masculum fęminā non admitti.Sed textus dicit,*vlterius* non admitti,ad significandum,nec tunc,nec deinceps admitti posse.

CAPVT XLVI.

Legitima filiarum,an sit ex feudo hæreditario detrahenda?



Ixi libro quarto controuersiarum,capite vicesimo tertio, detrahēdam esse legitimam filiorum ex feudo hæreditario,sicut de cæteris rebus hæreditarijs detrahitur.De filiabus autem nominatim nō feci vllam mentionem.Dicam nūc,Franciscus Bursatus cons.131.lib.2. respondit, legitimam filiarum detrahendam esse feudis hæreditarijs, vel saltem præstandam æstimationem in pecunia. Hartmannus Pistorius lib.2.parte posteriore, quæst.38.num.34.cum sequentibus.contrarium respondit.Ego autem sic statuo,hoc totum ex eo pendere,quo modo accipiamus feudum hæreditarium.Nam si illud accipiamus,vt sit feudum,quod ad omnes hæredes masculos & fęminas, imò etiam extraneos transit,ita vt eo ipso,quòd aliquis est hæres, feudū obtinere possit, sine hæsitatione aliqua rectè Bursatum respondisse existimo,quia eiusmodi feuda,fuot pars hæreditatis. Constat autem,legitimam esse partem hereditatis,nempe trientem vel semissem pro numero liberorū, vt in Nouella. de triente & semisse.Cęterùm, si feudum hæreditarium accipiatur pro eo,quod quis sibi hæredibusque suis acquirit,quorum appellatione veniunt masculi,& fœminę excluduntur,secūdum ea,quæ fusè disputauimus supra hoc eodem libro ca.3.Id quod maximè vrget Hartmannus,nihil proponitur,cur fœminæ possint ex tali feudo legitimam detrahere,quia constat eas non succedere,legitima verò est pars eius patris, in qua quis succedit ab intestato.Ergo ei,qui nō succedit, legitima nō debetur. l.Posthumus. §.Si quis.ff.de inoffic.test.l.Cū quęritur.l. Parentibus.C.eod.tit.

Nec mouet, quod receptum est , cùm de corpore & substantia bonorum legitima præstari nequit,præstandā esse in æstimatione,quia vt bene respondet Pistorius. id verum est,quādo legitima debetur ex bonis ipsis, licet

cet ex eorum corpore, propter aliquam difficultatē, vel impedimentum præstari nequeat. Tunc soluēda est æstimatio, & loco præstationis rei, soluēda est pecunia. Sed hic legitima deberi filiab. non potest, ex feudis, in quib. non succedunt. Porrò an saltem dotem ex feudis fœminæ consequi debeant, alia est quæstio, quam exequitur Pistorius q. 37. concludens, si alia bona non supersint, præstandā esse, ex his, quæ tradunt Panormit. consil. 12. in 7. dub. lib. 1. Alex. cons. 208. nu. 7. lib. 2. & lib. 3. Curt. iunior cons. 21. Hieronym. Schurff. cons. 24. lib. 1. & alij ab eo citati.

CAPVT XLVII.

Quid si feudum à patre sit emptum, an ex eo filiarum legitima detrahi possit?



Est quid si feudū sit emptitium, id est, à patre emptum precio numerato, vtrum ex eo filiarum legitima deduci possit? Affirmant Iacobus Thomingius decis. 2. & Hartmannus Pistorius li. 2. parte posteriori, q. 38. nu. 63. Negat Collegium iuridicum, quod ipse commemorat incertæ facultatis, & res planè digna est, quæ in examen deducatur.

Negantis sententiæ argumēta sunt ista. Primum, quia nulla est lex hoc dicens, vt scilicet ex feudo legitima filiarum debeatur.

Secundum, quia fœminæ non succedunt in feudo, et pecuniæ acquisito; neq; n. desinit esse feudū propterea, quòd emptum sit. Constat aūt à feudi successione fœminas repelli, nisi sit fœmineum, vel pacto id conuentum. c. 1. de natu. succes. feu. Consequenter legitima non debetur filiab. ex feudo, quia legitima est pars eius, quod ab intestato defertur: quare si nulla sit successio ab intestato, nulla etiam deberi potest legitima.

Tertium, quia si ex feudo empto legitima deberetur, illud esset, quia precium succederet in locum feudi. Sed hoc fieri non potest, quia precium nūquam succedit in locum rei, præterquam in vniuersalibus iudiciis. l. si & rem & precium. ff. de peti. hær. l. si vt proponis, C. de rei vend. Bart. in l. Imperator, §. vlt. de leg. 2.

Quartum, quia legitima liberis debetur de bonis paternis. l. Cùm quæritur. C. de inoff. test. At bonorū appellatione feudalia non veniunt. c. 1. §. In generali, si de feudo defunc. conten. sit inter dom. & agnat. defun.

Quintū, quia legitima debetur detracto ære alieno. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de inoff. test. Sed feudū videtur esse æs alienum, quia debetur filiis post mortem patris, ergo illud deduci debet ante omnia, & tunc ex eo; quod superest, deducenda erit legitima.

Sextum, quia legitima non debetur ex rebus restitutioni subiectis. l. Irritum, C. ad leg. Fal. l. In tōne, §. quod vulgò, ff. eod. sed feudum subiacet restitutioni post mortem patris, quia pertinet ad filios, ergo non potest ex eo legitima deduci.

Septimū, quia feudum quod post mortem patris filiis debetur, non est conferendum sororibus venientib. ad successionem communis parētis, quia post mortē patris acquiritur. Ea verò, quæ post mortē patris acquiruntur filiis, non conferuntur. l. Ea demùm, C. de collat. ita Bar. ad l. 1. §. Nec castrense, nu. 6. ff. de collat. bo. Castr. Alex. & Ias. in l. Illud, C. de collat. Paris. cons. 56. nu. 19. lib. 3. Ergo nec ex eis legitima debetur.

Octauum argumentum, quia pater potest filiorum legitimam minuere titulo oneroso, & sic emēdo feudum, est enim emptio titulus onerosus. Bar. in l. non vsque. ff. si à parente quis fuerit manumiss.

Postremum argumētum, quia legitima non debetur ex feudo, quod pertinet ad primogenitum, quia reliqui filij non succedunt in eo, vt tradunt Abb. & alij in c. Licet, de voto. Ergo nec de feudo isto emptitio debetur

A filiabus legitima, quia pertinet ad masculos.

Affirmantis verò sniæ fundamentum est, quia cum pater emit feudum filiis suis, ad quos vult illud post mortē suam peruenire, est perinde, ac si pecuniā, quam exposuit in emptione feudi, donaret ipsis filijs. Sicut ergo, si tantam pecuniam filijs donaret, vt filiæ legitimam portionem non haberent, eiusmodi donatio, tāquam inofficiosa, rescinderetur vsq; ad legitimam portionē filiarum. l. si totas. l. si mater. l. si liqueat. C. de inoff. donatio. ita etiam dicendum est, ex feudi æstimatione legitimam portionem esse deducendam pro filiabus, ita vt licet feudum obtinere non possint, sibi tamen debitam portionē consequantur in pecunia. argum. tex. in c. 1. §. Si duo fratres. de fratribus de nouo benef. inuest.

Quod argumentum confirmatur ex eo, quod alioqui absurdum sequeretur, nimirū patri licere omnes facultates, & bona sua in emendis feudis exhaurire, atque ita

B filias legitima portione priuare, quod iniquū esset. Igitur filiabus legitima debetur ex feudis emptis, sicut deberetur ex ipsa pecunia, si pater eam in hæreditate reliquisset. Et hæc sententia eò magis amplectēda videtur, quod inter libros æqualitatem inducit; quam legum auctores inducere conantur. l. pen. C. de collation. l. Cùm pater. §. Dulcissimis, de leg. 2. l. si maior. C. comm. diuid. §. Illud quoque. in Auth. de Nuptijs.

Ego puto hac in re distinctionē adhibēdā esse. Nam si filiæ ex cōsuetudine statutove, aut renūciatione iurata, sint exclusę à successione bonorū pris cōgrua dote accepta, otiosum est quærere, an ex feudo empto legitimam habere debeāt, cū dote contentæ esse iubeātur, nec vllū ad paterna bona regressum habituræ sint, licet pecunia, ex qua feudum emptum est, in hæreditate patris esset.

Cæterùm, si de filiabus agatur, quæ succedere in hæreditate paterna possint, vnà cum filijs, iuxta l. Maximū vitium. C. de lib. præter. tunc existimo legitimam ex feu

C do, seu dive æstimatione eis deberi duobus in casib. Primus est, quando omnia patris bona consistunt in feudo, feudisve. Secundus, quando si non omnia patris bona in feudis existant, saltem tot ac tanta, vt nihil ferè ex alijs bonis paternis supersit, ex quo filiæ alimenta consequi necessaria, & legitimam portionē habere possint. Nam his duobus in casibus iniquū esset, filias ita exclusas esse à successione feudorum, vt nec saltem legitimam portionem haberent ex eorum æstimatione.

Et hæc sententia confirmatur optime ex legibus, quibus filijs inofficiosæ donationis querela competit, quoties pater totas facultates in vnum ex filijs contulit. Alij etenim filij eam donationem reuocare possunt vsque ad legitimam portionem. l. si totas. l. si liqueat, & alijs legibus eiusdem tit. C. de inoff. donation.

Nam negari non potest, quin pater omnem suam substantiam, vel maiorem partem erogans in emptionem feudorum, quæ ad masculos tantùm peruenire possint,

D videatur vel tacitè, vel indirectè illis solis donare omnē suam substantiā, vel maiorem eius partem. Quod si hæc nō videatur esse donatio, sed mortis causa capio. argu. l. Mortis causa capitur. ff. de dona. mor. cau. & cap. nihil refert. Nam eadem prorsus est ratio, ac si donaret. Idem ergo iuris esse debet.

Neque titulus iste onerosus est, sed lucratiuus respectu filiorum, quibus feuda acquiruntur, illi enim soli gratis feuda habent.

Sed difficultas est, quando nō omnis paterna substantia, nec maior pars in feudis consistit, quia pater multa alia bona habet, & filiabus legitimam relinquit: & ideo quæritur, quanta sit legitima filiarum. Nam si etiam feuda empta sint cōputāda, maior sine dubio erit portio legitima filiarū. Hoc in casu nō puto feuda esse cōputāda in fauorem filiarum, ad augendam scilicet earum legitimam portionem. Primò, quia legitima est portio portionis, quæ defertur ex intestati successione. l. Cùm quæritur. C. de inoff. testam. Sed filiæ non succedunt parenti

in eiuſmodi feudis emptis,Ergo in eis nullam habent legitimæ portionem. Secūdò,quia hic ceſſat ratio inofficioſæ donationis.Nam pater non erogauit rotas facultates in feudorum emptionem,ſicut neceſſe eſſe,vt quere la inofficioſæ donationis locum habeat, patet ex d.l.Si totas.& ex alijs legibus.C.de inoff.donatio,

CAPVT XLVIII.

Vtrum feudum emptitium,filijs ſuccedentibus,in hæreditate patris vnà cum ſororibus conferendum ſit; Et quid de feudo empto, quod ad primogenitum ſpectat, an teneatur alijs fratribus conferre?

FActi ſpecies hæc ſit, Pater emit feudum ſibi ſuiſq; filijs,moriēs illud cum alijs bonis relinquit. Superſtites ſunt deſcēdētes maſculi & fœminæ, qui ad hæreditatem cōmunis parentis vocantur. Certum eſt in feudo ſo- B los maſculos ſuccedere,in reliqua hæreditate oēs æqua liter,ſed dubiū eſt an ij ſororibus ſuis feudum, vel feudi æſtimationē conferre teneātur?Eadē ratio eſt de feudo, quod ad primogenitum ſpectat,cùm quæritur,an cæteris fratribus illud conferre teneatur,aut eius æſtimationem: quā quæſtionem examinat Andr. Iſern.in c.Imperialem.§.Præterea Ducatus.in Additione, de prohib. feudi alien.per Frider.& ibidem latiſſimè,ſed confusè admodū,Loffredus in paraphraſi, & Ioachimus Camerarios,Guerinos Piſo in Prælud.feudorū, tit.feuda propria & impropria quæ ſint, Tiraquel.de iure primogeniti,q.51.Iacob.Thomingius deciſ.2, Hartmanus Piſtorius lib.2.parte poſteriori,q.38.poſt nu.71.

De altera verò priori quæſtione videndi ſunt Bart.in l.1.§.Nec caſtrenſe,nu.6.ff.de collat. bon.Bald.in l.Omnimodo.§.Imputari. C.de inoff.teſtam. Caſtrenſ.Alex. & Iaſ.in l.Illud,C.de collatio.Pariſ.conſ.56,num.19.lib. C 3. Vitalis de collatio. licet de feudo empto non omnes loquantur,ſed de feudo acquiſito à patre.

Exiſtimo ego(ne Loffredū imitatus longū faciā,& vt rei admodū obſcuræ dilucida tractatione lucē adferam) nequaquā feudum iſtis in caſibus conferendū eſſe, aut feudi ipſius æſtimationē.Fundā meū eſt hoc.Quæ filius poſt mortē patris acquirit,ea conferre non tenetur. l. Ea demum,l.Nec emācipati, C.de collation. *Paulus reſpondit,ea quæ poſt mortē patris filio reddi deberent, emancipatum filium, quamuis prius conſecutus ſit, &c. conferre non debere.* Ad rem noſtram propiùs Diocletianus. *Filia,cuius nomine res pater comparauit, ſi non poſtea cōtrariū eius iudiciū probetur,per arbitriū diuidēdæ hæreditatis, præcipuas adiudicari ſæpe reſcripsimus eſt.* l.filia.C.de coll.

Sed filij in propoſita qōne feudū conſequuntur poſt mortem patris,ergo illud cōferre non tenentur.Aſſumptio certa & manifeſta eſt,quia omnes fatentur, cùm pater acquirit ſibi & filijs ſuis feudum, id intelligi ordine D ſucceſſiuo,vt nimirum primū ſibi acquirat,& poſt mortem ſuam liberis ac deſcendentibus ſiue hæredibus.

Argumenta in contrarium ex Loffredo & Iſernia hęc adferri poſſunt.Donatio ſimplex à patente in filium collata conferri debet.l.ſi donatio.C.de collat. Sed hæc eſt effecta racita quędam donatio,cū pater feudum emit, & filijs acquirit.arg.l.cū hic ſtatus.§.1.ff.de dona. inter vir.& vxor.ergo conferenda eſt filiabus.& idem de feudo,quod tranſit ad primogenitum.

Secundum argū eſt ex l.Omnimodo.§.Imputari,C. de inoff.teſtam.vbi dr̄,militiam,quæ poteſt vendi,& ad hæredes tranſit, imputari in legitimam filij.Ergo ſimiliter & feudum,quod non eſt abſimile militiæ, ſi in legitimam imputatur,ergo confertur.l.pen.C.de collat.

Tertium eſt ex eo,quòd feudum à patre emptum ex ſubſtantia patris proficiſci videtur,& conſequēter ſicut alia profectitia conferendum.l.vlt.C.de collatio.

Ad argumentum illud, quod filij videantur feudum A conſequi poſt mortem patris,& conſequenter illud conferre non teneantur,quia quæſita poſt mortē patris nōn conferūtur, Reſpondēt etiam patre viuente filijs acquiri feudum, licet effectus differatur poſt mortem patris. Videtur enim acquiri ſub conditione,ſi filij patri ſuo ſuperuiuant.Cōditio autem retrotrahitur.l.qui balneum. l.potiot.ff.qui potiores in pign.habean.l. ſi filius.ff.de verb.oblig.& conſequenter eſt perinde, ac ſi viuēte patre feudum filij obtinerent. Denique id quod ſub conditione debetur,conferendum eſſe cōſtat ex l.2.§.Id quoque.ff.de collat.bonor.

Reſpondeo ad ſingula in hunc modum: Ad primum concedo,ſimplicem donationem cōferri,quia licet non valeat,& morte patris cōfirmetur, tamē retrotrahitur, atque ex eo die valere fingitur, ex quo facta eſt.l.Donationes quas parentes.C.de donatio.inter vir.& vxor.ſicut latè explicaui lib.6.controuerſ.iuris,cap.64.

At quando pater emit feudū pro ſe ac liberis ſuis, licet tacitè donare videatur, non tamen hæc donatio retrotrahi poteſt ad tempus,quo pater viuens feudū emit. Ratio eſt,quia pater noluit,vt tunc feudum liberi haberent, ſed duntaxat poſt mortem ſuam, quia primò ſibi acquiſiuit, deinde poſt mortem ſuam filijs acquiſiuit. Quare non poteſt hæc donatio retrotrahi contra voluntatem & mentem patris.Aliud eſt in re quam pater filio donauit,ac tradidit; voluit enim ſtatim in eum dominium trāsferre,ſed non potuit propter patriam poteſtatem;quare hæc donatio morte confirmatur,& retrotrahitur ad tempus,quo facta eſt.

Et hæc eſt ratio l.Filiæ cuius.C.famil.hercisc.cur ſcilicet,illud quod pater emit nomine filij, non ſit conferendum. Cùm tamen aliæ donationes ſimplices conferātur,vt in l.ſi donatione.C.de collatio. Ratio,inquam, hæc eſt,quia pater emens nomine filij,licet tacitè donare videatur rem emptam,tamen ſi in his terminis conſiſtat,nec rem filio tradat,non dicitur donare tunc, dum viuit, rem emptam filio, ſed hoc velle videtur, vt eam rem filius,cuius nomine comparata eſt, præcipuam habeat, quaſi prælegari vel fidei cōmiſſi nomine. Et ideo non confertur, quia poſt mortem patris res quæſita eſt. Magiſque mihi hæc interpretatio ſatisfacit, quā Cuiacij ſententia,quam probaui loco annotato. Nec obſtat.l. Cùm hic ſtatus.§.1.ff.de dona.inter vir. & vxo.quia licet ex eo textu probari poſſit,rē emptam à patre nomine filij tacitè donatam videri,ſicut id quod maritus vxoris nomine comparauit,donatum dicitur, idque nos nō negamus; tamen non probatur, eam donationem effectum habere,viuente patre,vel tunc directè, vel patre defuncto per retrotractionem. Nam etſi res empta ſit nomine filij,niſi tamen eidem ſit tradita & donata,tunc mortuo patre,rem quidem filius præcipuā habebit, ſed non poterit fingi antea habuiſſe,quia non eſt habile extremum,ad quod fictio trahitur,nimirum ad tēpus,quo pater rem emit nomine filij. Nec enim conſtat, patrem voluiſſe,vt tunc filius rem haberet,

Ad ſecundum argumentum reſpōſio clara eſt, textus in §.Imputari,loqui de militia,quam pater emit filio, vt tunc filius haberet,ſcilicet patre adhuc viuente: meritò conferenda eſt; & idem in feodo reſpondendum foret, quod pater filio emeret & traderet, vt ſcilicet illud etiam,patre adhuc viuente,obtineret.

Ad tertium argumentum, concedo, feudū dici profectum ex ſubſtantia patris,ſed quia filijs non acquiritur, niſi poſt mortem patris, nego conferendum eſſe. Nam ea, quæ filius poſt mortem patris ex ſubſtantia paterna habet,non conferuntur,d.l.Ea demum,l.Nec emancipati.C.de collatio.

Ad ea,quę pro reſponſione adducebantur,replicādo dicitur,nullam eſſe hic conditionem, nullam retrotractionem conſiderari,ac induci poſſe,quia pater non acquirit feudum filijs ſuis,vt illud habeāt tunc,id eſt dum pater viuit,ſed poſt mortem ſuam. Ideo impoſſibile eſt

est acquisitionem retrotrahere ad tempus vitæ ipsius patris. Sic enim oporteret dicere, Patrem voluisse, vt filij, se viuente, feudum obtinerent, sub ista conditione, si patri præmorienti superniuerent, & patre mortuo conditionem retretrahi ad tempus vitę ipsius patris, quod est ridiculum, & repugnantiam continet manifestam.

CAPVT XLIX.

Possitne filius naturalis legitimari, vt sit capax feudi, ac in eo succedat sine consensu domini ipsius feudi.

CErtum est, filios naturales & legitimatos in feudo nō succedere, ex §. Naturales. Si de feudo fuerit contentio, &c. Sed controuersia est, si expresse legitimentur, vt in feudo succedant, iure ne id fiat absque consensu dñi. Nā Glos. in d. §. Naturales, nulla adhibita distinctione, an consensus dñi interueniat, necne, dixit, naturales legitimatos succedere in feudo, si ad hoc expresse legitimentur, & ideo consensum dñi nō esse necessariū, vt legitimatus feudi sit capax, multi responderunt. Curt. iun. consi. 1. nu. 17. 18. & consi. 157. nu. 24. Alex. in cons. 2. nu. 55. vers. Nō obstat; quod habetur lib. 1. Alciatus cōs. 171. nu. 4. Rolandus à Valle, in cons. 22. nu. 39. lib. 3. Albertus Brunus cons. 1. nu. 30. Socinus inter consi. eiusdē Bruni, cons. 10. nu. 25. & Io. Campegius consi. 2. nu. 14.

Sed contrariū docuit Salicetus in Auth. Item si quis, C de naturalib. liber. Hostiensis in c. Per venerabilem, §. Rationibus, in verb. requisiti, qui filij sunt leg. Et rñderunt Alex. consi. 60. lib. 2. Soc. iun. in consi. 95. nu. 96. li. 3. Cotta in memorial. in verbo: *Legitimatio facta per Imperatorem.* Bossius de Principe, nu. 185. Hartmannus Pistoris alios citans. lib. 2. parte posteriore, q. 40. nu. 10. 11.

Prioris sententiæ fundamentum positum est in plenitudine potestatis Principis, secūdum quam potest etiam alteri præiudicare, & hoc præsertim in isto casu, in quo per legitimationem remouet obstaculum, ac impedimentum iuris feudalis ac positiui, quo cauetur, vt naturales filij etiam legitimati non succedant in feudo. Legitimatio efficit, vt succedere possit. Et sicut ius ciuile ac positiuum Imperator statuit, ita etiam illud auferre potest, §. Sed naturalia. Instit. de iure nat. gent. & ciuil.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia hæc est natura feudi, vt non possit alienari, & in alium transferri, sine consensu dñi, vt habetur in tit. de proh. alien. feudi. per Lotharium & per Fridericum. Ergo non potest aliquis legitimari, vt in feudo succedat sine cōsensu domini. Præsertim cùm ad eum feudum est reuersurum, quia sic tolleretur ius domini, quod permissum nō est. l. Quoties. C. de precib. Imp. off.

Poterat adferri tex. in l. 4. 5. ff. de natal. rest. ibi: *Patrono cōsentiente debet libertus Imperatore natalibus restitui. Ius enim patroni hoc impetrato adimitur.* Idem dicitur in l. 2. in fi. ff. eod. ibi: *Ideoq; Imperatores non facilè solent quenquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono.* Idem ergo dicendum videtur in proposito non debere, quenquam legitimari ad feuda, nisi domino cōsentiente, quia impetrata legitimatione ius domino aufertur; Succedit enim legitimatus, & dominus excluditur.

Ego puto controuersiam hanc facile sedari posse, ex duabus iuris regulis, ac veluti principijs certis & claris. Prima hæc est: Rescriptum contra leges & constitutiones, atque adeò contrà ius non valet. l. valet. C. Si contra ius vel vtilit. publ. l. 3. C. de precib. Imp. off. l. 7. C. eod. tit. l. Iubemus nullam. C. de sacrosanct. Eccles.

Ex hoc principio sequitur, legitimari non posse filios naturales, vt in feudis succedant, sine consensu domini, cuius interest, quia lex feudorum dicit, Filios naturales etiam legitimatos non succedere in feudo. Rescriptum autem mandat vt succedant. Ergo rescriptum contra legem est, Igitur non valet. Nam suppono feudales con-

A suetudines vim legis habere.

Altera est propositio, rescriptum contra ius valet ex iusta causa, quæ publicam vtilitatem concernit. Quia propter publicam vtilitatem permissum est recedere à regulis iuris Bart. Ad reprimēdum in verbo, *Non obstantibus*. Felynus in c. Nonnulli, nu. 15. de rescript. Iacopinus Riminald. cons. 425. nu. 27. lib. 3. pulcher. tex. in l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. ibi: *Multa autem iure ciuili contra rationem disputandi, pro vtilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.*

Ex hoc principio infertur, valere legitimationem in proposito nostro, si ex iusta causa fiat, ex qua publica vtilitas emergat, etiam absq; cōsensu domini. Nam ex causa publicæ vtilitatis Princeps potest alteri præiudicare, arg. l. 5. §. vlt. ff de iniur. l. Ædificati. C. de op. publ. Præclarè Felynus in c. Quæ in Ecclesiarum, nu. 26. de const. Decius ibidem, nu. 19. Abbas, nu. 11. Oddus de restit. in Integr. par. 2. q. 99. art. 8. Geyll. lib. 2. obseru. 56.

B Est enim iusta causa dispensandi, contra leges propter bonum publicum, vt ostēdit latè Illustris Doctor & immortalis Gregorius de Valentia, in 2. Tomo Commentariorum Theolog. disput. 7. q. 5. punct. 9.

Quod attinet ad plenitudinem potestatis, eam contra leges & constitutiones, cessante iusta causa, nō agnosco; ex his, quæ tradit Couar. lib. 3. var. resol. c. 6. nu 8. Zasius cons. 10. nu. 7. lib. 2. Andreas Geyll. lib. 2. obser. 56. nu. 9.

CAPVT L.

Vtrum possint naturales filij legitimari Principis rescripto, vt in feudis succedant in præiudicium agnatorum, quibus ius quæsitum est ex antiquis inuestituris, & quæstio accipienda est patre viuente.

C LEgitimari posse naturales filios, ad feudum consequendum, etiam in prçiudiciū agnatorum, scriptum reliquere. Glos. in §. Naturales, si de feudo defuncti contentio sit, &c. Alex. in l. Ex facto, nu. 23. 24. ff. de vulg. Decius cons. 269. nu. 10. Afflictus decis. 195. Alciatus consi. 171. Clarus. §. Feudum, q. 82. Roland. à Valle, consi. 3. nu. 142. lib. 1.

Sed contrariū responderunt And. Isern. in d. §. Naturales, nec non ibid. Afflict. nu. 35. Zasius de feudis, par. 8. nu. 74. Ruinus consi. 36. nu. 17 & 18. lib. 1. Soc. iun. cons. 95. nu. 45. lib. 3. Geyll. lib. 2. obser. 142. sub nu. 15. & 140. in fi. Menochius in consi. 181. num. 24. cum seqq. lib. 2. & consi. 202. nu. 168. lib. 3. Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q. 40. nu. 24. cum seqq.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Primum est, quia Principis potestas summa est, nec de ea disputare licet. l. 2. C. de crim. sacrilegij. Cū ergo de voluntate eius constat, nō erit disputandum, an possit illegitimè natum legitimare, vt feudi sit capax in præiudiciu agnatorum.

D Secundum sumitur ex eo, quod ius agnatis quęsitum in feudo, originem habet ex iure positiuo ac ciuili, Ergo potest Princeps illud auferre, arg. c. Innotuit. de elect. & c. Proposuit, de concess. Præbendæ. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. Et sicut alio iure contrario, & consuetudine tolli potest, ita etiam principis rescripto & priuilegio.

Tertium sumitur ex eo, quod ius agnatis quęsitu non est de præsenti, sed in spe, quod facilius tollitur. l. vlt. C. de acq. possess. l. Qui autē. ff. quæ in fraud. cred. l. Si Sponsus. §. Si maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor. Nec absolutè illis aufertur, sed differtur, vt scilicet eis saluum sit mortuo legitimato.

Quartum est ex eo, quòd Princeps non aufert directè ius suum agnatis, sed illegitimè nato aufert impedimentum & obstaculum, propter quod succedere non poterat. Ergo nil prohibet, quominus Princeps eiusmodi beneficium possit conferre restituendo natalibus illegitimè natum. l. Quæris. ff. de natalib. restit. licet id per consequentiam

A sequentiam tendat in præiudicium agnatorum. Multa enim in consequentiam permittuntur, quę principaliter fieri prohibentur, l. 1. ff. de authu. tut. l. Conditionibus pupillus. ff. de condit. & demonstr. l. Quoties. C. de iudic. l. Cùm creditor. §. Qui furem. & ibi no. Barr. ff. de furtis.

Quibus nil morantibus contrariam sentētiam amplector, cuius fundamentum illud est firmum, quoniā Princeps non potest alicui auferre ius suum. l. Quoties. C. de precib. Imperat. off. & ideo in restituendo aliquem natalibus semper cōsensum eius requirit, qui ex ea restitutione lædi potest, vt patet ex l. 2. 4 & 5. ff. de Natalib. restit. Ergo non potest legitimare aliquem in præiudiciū agnatorum, quia auferret agnatis ius suum, nisi iusta causa moueatur, secundum ea, quæ dixi in præcedenti capite.

Quæ verò in contrarium allata sunt argumenta, nihil mouent. Nam quod primò dicitur, disputari non posse de potestate Principis, non probatur ex lege, quæ vulgò adferri solet. Sic enim habet: *Disputare de principali iudicio nō oportet. Sacrilegij enim instar est, dubitare an dignus sit, quem elegerit Imperator* Hic non dicitur de potestate Principis, sed de iudicio, cùm aliquem dignum esse iudicauit, disputate non licere. B

Quod secundò dicebatur, Principē derogare posse iuri positiuo verissimū est, si iusta ex causa moueatur, priuilegiū cōcedendo, vel aliquam legem generalem statuendo, sine causa verò nō potest auferre cuiquā ius suū. l. Id quod nostrū, de reg. iur. l. Quoties. C. de pcib. Imper. offeren. Nec illa distinctio legib. probatur, secundū quā multi dixerunt, Principē auferre posse ius quæsitū artificio iuris solius ciuilis & positiui: quare contrariā sniam veriorem puto, quā nō pauci sunt secuti, apud Gabrielum lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæsito non tollēdo, conclu. nu. 18. & infrà libro sequenti latius disputabo.

Ad tertium argumentum respondeo, ius quæsitū esse agnatis ex antiquis inuestituris, quibus ad feudū sunt vocati, & istud ius in rę est, nō in sola spe: licet enim in præsenti non deducatur ad effectum, donec scilicet vasallus viuit, est tamen ius quæsitum iam, quod eis nullo modo potest auferri, c. 1. de alien. feudi patern. Alia ratio est de iure futuro, & incerto, quod nullum habet certum fundamentum in præsenti. Nota est enim distinctio Ludouici Gomes, reg. de nō tollendo iure quæsito, q. 4. nu. 13. quā sequitur Socinus iunior in consi. 95. nu. 33. 34. lib. 3. quæ ad materiam nostram rectè accommodari potest. C

Quod verò dicitur, non auferri ius agnatorū, sed differri in aliud tēpus nihil est, quia imò ius illis auffertur, quia feudo carere debent, & viuente legitimato, & forrassis etiam mortuo si sobolem relinquat feudi capacē.

Postremum argumentum nihil obstat, quia licet Princeps legitimando remoueat obstaculum, tamen id facere non debet, nisi cōsentientibus ijs, qui ex ea læduntur, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. restituen. D

CAPVT LI.

Legitimati per subsequens matrimonium, an succedant in feudo, quod concessum est filijs ex legitimo matrimonio natis, siue descendentibus.



INter omnes cōstat, naturales filios per subsequens matrimoniū legitimos effectos in feudo succedere. Sed controuersia est non parua, verū idem sit rñdendum, si feudum sit cōcessum filijs ex legitimo matrimonio natis? Etenim idem rñdendum esse, rñderunt Andreas Isernia in c. 1. §. Naturales, si de feudo defuncti fuerit controuers. nu. 8. 9. Afflictus ibidem in 5. notabili, nu. 25. Paulus Castr. in l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impert. Papa in l. ex facto. §. Si quis rogatus, num. 47. ff. ad Treb. Alciat. lib. 3. de verb. sign. non multum procul ab initio. Decius consi. 155. num. 4. Siluanus in consi. 3. num. 49. Couar. lib. 4. decre. par. 2. c. 8. §. 2. nu. 30. Bursatus cōs. 17. A & 18. Hartmannus q. 14. lib. 2. parte posteriore.

Sed contrarium rñderunt, Baldus in d. §. Naturales, nu. 5. Cur. iun. de feudis, in 2. par. 3. parte, nu. 41. Alex. in cons. 5. ad fi. lib. 7. Ruinus in cons. 92. nu. 13. lib. 3. Gozadinus consi. 25. nu. 2. Soc. iun. in consi. 12. num. 12. lib. 4. Natta in cons. 624. nu. 21. D. meus Cephalus in cons. 11. nu. 11. 12. lib. 1. Rolandus à Valle, in consi. 100. n. 39. li. 2.

Argumenta in vtramq; partem referre supersedeo, quia ex brocardicis pronuntiatis petita sunt, quibus nō libenter vtor, cùm admodum incerta sint, & parum fructuosa. Summa est, hæc si verborum propria natura spectanda sit, iuxta l. Non aliter, de leg. 3. hoc requiri, vt filius sit natus ex legitimo matrimonio; Naturalis autem filius, de quo nobis institutus est sermo, non est natus ex legitimo matrimonio, sed ex concubina, ergo nō habet qualitatem ex pacto inuestientis requisitam.

Ex altera parte illud obijcitur: *Tanta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.* c. Tanta, qui filij sunt legitimi. B

At respondetur legitimos quidem esse, sed non ex legitimo matrimonio natos. Huic obiectioni occurritur ex c. Cùm in cunctis, de elect. vbi dicitur, Episcopum natum esse oportere ex legitimo matrimonio, & tamen legitimatum per subsequens matrimonium, idoneum esse Glos. respondit in c. Innotuit, eod. tit.

Sed authoritas hęc glossæ probabilis est, non necessaria. Quare argumentum firmum manet.

Ego tñ existimo, hanc sniam, quę legitimationi fauet, rōni iuris magis consentaneā esse. Nā cùm filij antea geniti, post contractū matrimoniū legitimi habeātur, vt dicit tex. in d. c. Tanta, quæro causam huius rei, vnde s. filij antea geniti hoc beneficiū, & ius cōsequantur: hic rñderi nō pōt, causam esse, quia Princeps rescribēdo ita vult, & declarat, sed rñdere oportet, id ex matrimonio puenire. Sed matrimoniū subsequens nō potest efficere legitimos filios antea natos, sed tñ nascituros, nisi lex succurrat, de filijs antea natis idē statuēdo, qđ de nascituris; ita, vt & antea nati, & postea nascituri eodē iure censeātur. C Quod cùm ita sit (neq; enim id negari potest) hinc habemus, filios antea genitos legis interpretatione & auxilio haberi p natis ex legitimo matrimonio: aut certè eodē iure cēseri cū ijs, qui post matrimoniū legitimè cōtractū procreati sunt. Cōsequenter nisi quis verborū proprietatē, legū authoritati præferre voluerit, facilè iudicabit, eiusmodi filios per subsequēs matrimoniū legitimos effectos, ex legitimo matrimonio, iuris interpretatione (qđ sufficit) natos videri, atq; adeò feudum obtinere posse.

CAPVT LII.

Si vasallus feudum habens alium subinfeudauerit rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad dominum reuertatur, vt non teneatur subinfeudatum inuestire, licet ei seruire voluerit? D



SCribit author librorum feudalium lib. 2. tit. 9. in hæc verba: *Est autem optima consuetudine interdicta feudi alienatio, super qua multæ & diuersæ sententiæ dabantur in singulis Ciuitatibus, seu Curiis, donec Imperator diuæ memoriæ Lotharius tertius promulgauit super hoc nouam constitutionem, quæ posita est in titulo de beneficiis. Necessitate namque suadente poterat olim vasallus domino inscio vel inuito, feudi partē vendere, retenta videlicet alia parte. Si verò vel totum, vel partem volebat per feudum aliquem inuestire, hoc licebat ei sine fraude facere. Si autem dissentiente domino vendebat, siue per feudum inuestiebat, (quod & ipsum syncerè hodie, & sine fraude licet ei facere) si tamen sine hærede masculo descendente decedebat, vel feudum in manu domini refutabat, aut alia fortè ratione intercedente culpa amittebat, tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: eo excepto, quòd ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat,*

amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.

Ex hoc loco habemus duo. Primum, licere etiam iure hodierno, ei, qui feudū habet, alium, vt vulgò loquimur, subinfeudare, sine consensu domini, si bona fide, & sine fraode id fiat. Alterum mortuo subinfeudante sine descendentibus masculis, factam subinfeudationem ad irritum deduci; sed tamē si is qui subinfeudatus est, priori domino seruire velit, & feudum ab eo recognoscere, feudum non amittere, sed retinere posse.

Atque ita ex æquitate, iuris rigorem temperante, quo resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris communi doctorum sententia receptum est: Vide interpretes in eum locum, Bal. in c. Cæterùm. de iudicijs, Curtium iuniorem de feudis, parte 4. nu. 85. vers. Sexta declaratio. Sonsbecium parte 13. nu. 177. Eguinarium Baronem de iure beneficior. lib. 3. cap. 1. Cuiacium lib. 2. tit. 9. in vsus feudor. Duarenum, cap. 12. nu. 14. Franciscum Bursatum cons. 163. nu. 32. lib. 2.

Cæterùm, Afflictus in commētarijs huius loci, nu. 1. & 9. hodierno iure id quod secundo loco adnotaui, negat locum habere posse, quia per legem Imperialem dominus non teneatur vasallum habere eum quem nolit. Scribit etiam Clarus in §. Feudum. q. 32. vix hanc sentētiam in praxi posse obtinere; sed & Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q. 44. nu. 10. apertè statuit, hāc sententiam recipiendam non esse.

Verùm quantum ad Afflictum attinet, nisi de Constitutione Imperiali aliter nos doceat, quænam sit, & an extra fines Regni illius locum habeat, nō video, cur possim ei acquiescere. Dubitatio autem practica, vt sic loquar, Clari me nō deterret, qui de iure, nō de facto nunc dissero. Magis mouent argumenta Pistorij, veruntamen non remouent à communi sententia, tam præclaro fundamento innixa. Etenim eis respondere haud quaquam mihi difficilè videtur.

Primum argumentum est, ex regula generali quæ docet, vasallum nihil omnino de feudo statuere vel disponere cōtrahendo posse, quo, se defuncto dominum obliget, c. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. c. 1. §. E contrario. de alien. de re alien. fa.

Respōdeo, omnis definitio in iure periculosa est. Rarum est enim, vt non subuerti possit. l. Omnis definitio. de reg. iur. Hæc itaq; generalis regula non habet locum in casu isto, nisi ostendatur lex, vel constitutio, cōtra tex. in d. tit. 9. lib. 2.

Secundum argumētum est, quia domino inuito, alius quàm is voluerit, vasallus obtrudendus non est, c. 1. §. Si duo fratres. de fratre de nouo benefic. inuest.

Respondeo, nihil obstare, quia non dicimus hoc generaliter esse receptum, & constitutum, vt domino inuito vasallus, quem nolit, obtrudatur; sed in eo casu tātùm quem proposuimus. Quare non, si non possint obtrudi vasalli defuncti, idcirco sequitur obtrudi non posse eū, qui subinfeudatus est.

Tertium argumentum sumitur ex regula iuris. Resoluto iure datoris, nempe vasalli, qui subinfeudauit, resoluitur ius acceptoris, l. lex vectigali. ff. de pign. l. Si ex duob. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. §. Rursus. quib. mod. feud. amittat.

Respondeo, rigorem iuris id exigere secundum regulam istam, verùm æquitatem spectādam esse, secundum eam subinfeudatum, si seruire velit, & à domino feudū recognoscere, sicut à vasallo recognoscebat, admittendum esse. Videtur enim quasi nouus vasallus constitutus, priore vasallo viuente, cùm bona fide, & absq; fraude constitutus fuerit. Denique lex ita specialiter scripta est, aut verius consuetudo introducta, de qua disputare non licet, sed secundum eam oportet iudicare.

Quartum argumentum est, qoia subinfeudatio non nocet agnatis, ergo nec domino nocere potest. Respondeo, domino vt noceat, specialiter receptum esse in hūc [A] modum, vt teneatur subinfeudatum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere.

Quintum sumitur ex c. vlt. Si de inuestitura feudi contentio sit, &c. Verba hæc sunt: *Rursus si quis acceperit inuestituram feudi, cum omni incremento, quod ei obueniret, & aliquid accreuerit, viuente eo, à quo acceperit, ipsius erit. Et si ille, qui inuestituram fecit, sine hærede decesserit, & feudum reuersum fuerit ad eum, à quo ipse tenuerit, vel ad alium; & quidquid post mortem eius, qui dedit, accreuerit, ad eum pertinebit, ad quem regressum fuerit.*

Rñdeo, nos non negare, quin id quod accreuit feudo, ad dominū pertineat. Feudum enim, vasallo priore defuncto ad eum reuertitur. Sed dicimus eundem dominum teneri, feudum ipsum subinfeudato relinquere, atque concedere, si is seruire voluerit, & ab eo feudum recognoscere: quod nō negatur ibi. Licet enim dñs teneatur ei feudum concedere, si seruire voluerit, &c. perma-[B] gni tamen refert hoc, quod dicit textus, nēpe incrementum ad dominū pertinere. Quid enim si ille nec seruire vellet, nec feudum ab eo recognoscere, aut seruire non amplius posset? Tunc enim dominus non teneretur.

Sextum sumitur ex §. vlt. Apud quem vel quos. Hæc sunt verba: *Si aliquis de capitaneis, vel maioribus valuasoribus, vel de minoribus, suum beneficium, siue totum, siue partem alienauerit, & ipse vel hæres eius sine hærede decesserit: quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Rñdeo, textū loqui de alienatione facta à vasallo, nos aūt nunc loquimur de subinfeudatione; inter ista discrimen apparet fuisse olim, & meritò nunc esse dicitur. Ex dicto tit. 9. lib. 2. in illis verbis: *Tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.*

Postremum argumentum est ex §. Rursus. quib. mod. [C] feud. amittatur, vbi sic habetur: *Rursus, si fidelis minus mediate libellario nomine feudum dederit, & sine hærede decesserit, & feudum ad dominum redierit, vel postquam ad libellum dederit, vel pignori obligauerit, & domino refutauerit, tunc ille qui ab eo acceperit, nullo iure aduersus dominum se tueri poterit.*

Rñdeo, nos in ijs terminis nequaquam versari, sed in eo casu, quo feudum alteri vasallus per inuestitutā dedit (quam vocamus subinfeudationem) de hac facti specie nominatim constitutum fuit, & mutatum postea esse non constat, vt dominus teneatur secundum vasallum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere; quare argumentum ex omni alia specie alienationis petitum, non est satis firmum, quia inter hanc & alias alienationis species discrimen apparet fuisse, vt dixi.

Non obstat responsio allata ad tex. quo nostra nititur communisque sententia, nimirum eum esse accipien-[D] dum, vt locum habeat domino consentiente, & non repugnante, secus autem, si secundùm vasallum subinfeudatum recipere noluerit.

Nam hæc responsio meram continet diuinationem, & repugnat verbis generalibus textus, quibus dicitur, eum, *qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.* Ergo igitur in electione & arbitrio ipsius secundi vasalli, an vellet beneficium retinere, & non amittere, *domino scilicet seruiendo, & feudum ab eo recognoscendo,* nō autem in domini arbitrio, & voluntate feudum illi auferre, tanquam ad se reuersum ac deuolutum.

Aliam adfert responsionem idem Pistorius magis infirmam, quam & ipse tutam non esse fatetur, nimirum illa verba, *Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat*, referenda esse ad eū casum, quo feudū à priore dño culpa amittebatur, nō autem ad eum casum, qui prior dñs absq; hærede decedebat. Non rectè, quia repugnant verba superiora, quibus omnes

casus

casus exprimuntur sub eadem determinatione, vt feudũ ad dominum reuertatur, constituta differentia inter casum alienationis & subinfeudationis, vt significant illa verba: *Eo excepto, &c.*

CAPVT LIII.

Subuasallus feudum alienare volens, an consensum requirere debeat domini sui immediati, an verò superioris domini mediati?



QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, requireudum esse consensum domini mediati, exempli gratia. Titius feudum dedit Caio, Caius Semproni, Sempronius subuasallus fine infeudatus alienare vult, quæritur, an requirere debeat consensum Titij (quem dominum mediatum, siue superiorẽ cum alijs interpretibus appello) an verò Caij domini sui immediati. Prior B igitur sententia docet, exigendum consensum Titij ac Superioris mediati domini. Ita docuerunt Gloss. in cap. Imperialem, in §. Illud, de prohib. feudi aliena. per Friderr. Bald. ibidem & Aluarotus. Iason consi. 176. lib. 1. Iacopinus à S. Georgio in inuestit. feud. in verb. & cum pacto de non alienando, num. 21. 22. Clarus, §. Feudum, quæst. 32. Hanetonios lib. 3. c. 10. Bursatus consi. 91. nu. 1. & 136. num. 57.

Fundamentum est præcipuum, quia is consentire debet alienationi feudi, qui directum habet dominiũ eius, vt in d. c. Imperialem, sed directum dominium feudi habet dominus superior ac mediatus, Ergo illius cõsensus exigendus est.

Assumptio probatur. Nam subinfeudatio fit sine præiudicio dñi, ergo retinet dominium directũ, quia subinfeudãs remanet vasallus, vt patet: Et cùm penes duos in solidum non possit esse dominiũ. l. Si vt certo §. Si duob. ff. commod. sequitur illud nõ esse penes subinfeudantẽ, C quem immediatum subuasalli dominum appellamus.

Altera est sententia, exigẽdum esse consensum immediati domini. Ita Io. Faber in § Adeo, in Instit. de locato. Zasius de feudis par. 9. nu. 34. Hattmãnus Pistoris q. 45. lib. 2. parte posteriori.

Fundamentum est in d. cap. Imperialem. §. Illud, de prohibit. feudi aliena. per Fridericum, vbi sic habetur: *Illud quoque præcipimus, vt si vasallus de feudo suo alium vasallum habuerit, & vasallus vasalli dominum domini sui offenderit, nisi pro seruitio alterius domini sui hoc fecerit, quem sine fraude antè habuerit, feudo suo priuetur, & ad dominum suum à quo ipse tenebat, reuertatur. &c.*

Si feudum reuertitur ad dñm immediatum, cùm vasallus eo priuatur ob delictũ, ergo similiter ad dominũ immediatum reuertetur, si absque eius consensu fuerit alienatum. Videtur enim dominus immediatus tunc cõtemni à vasallo, Igitur eius consensus exigendus est.

Tertia est sententia, requirendũ esse cõsensum vtriusque domini, superioris nimirum siue mediati, & inferioris siue immediati. Ita Iacobus ardizon. in summa feudali, cap. 103. vers. Nunquid sufficiat consensus maioris. Andreas Isernia in d. c. Imperialem, col. 4. vers. verius puto tarem, & ibidem Afflictus nu. 45. & 46.

Fundamentum est, quia vtriusque domini interest, superioris & inferioris, ne sine ipsorum consensu feudum alienetur. Superioris quidem, ne feudum ab eo concessum crebris alienationibus diminuatur: inferioris autẽ, ne illi inuito vasallus obtrudatur.

Quarta est sententia, distinguens inter feuda *quaternata*, & feuda, quæ *de tabula* dicuntur in feudis: de tabula sufficit cõsensus dñi inferioris immediati: In feudis autẽ quaternatis requiritur consensus vtriusq; dñi, ita Marinus Freccia in comentarijs feudalib. tit. de authoritate & potestate Baronis erga subfeudatarium, Authoritate prima, in principio. Fundamentum est in constitutione A Regni Neapoli, quæ nõ pertinet ad rẽ nostrã. Feuda quaternata appellant, quę à superiori dño alicui vasallo simpliciter cõcessa, ab eo alteri subinfeudãtur. De tabula verò dñr, quæ à subuasallis possideri, & subinfeudari solent.

Ego existimo, eorũ sniam probabiliorem esse, qui docent, exigendũ esse consensum dñi immediati inferioris, & moueor hoc argumento. Nã aut dicimus vasallũ, qui subinfeudauit, & quem dñm immediatũ appellamus, aliquid iuris in feudo hre, qd subuasallus ab eo accepit, & recognoscit, aut id negamus: Vt id negemus nulla ratio suppetit, cur enim dñs appellaretur? Cur ab eo feudum recognosceretur? cur vasallum haberet sibi obligatum, iuxta naturã feudi? Si fatemur eũ aliquid iuris habere, necesse est, vt fateamur illud esse quoddam dominiũ dictum, quod illi cõpetat tanquam vtile dominium (sic enim vocant) habenti. Nam & dñm vsusfructus appellamus, sed siue directũ dominium, siue aliter nuncupetur, nõ est in eo vis posita, modò cõstet de re, id est, eum habere aliquod ius in subuasallum, & in ipsum feudum. Ergo ratione huius iuris consensus eius exigendus est.

Dominus aũt superior habet quidem ius in eo dẽ feudo, sed nõ in subuasallum; nec enim ipse habere põt idẽ ius, quod habet dñs inferior. Non enim duo possint vno & eodẽ respectu, esse vnius & eiusdẽ rei dñi insolidum. Quid ergo? Habet dñs superior rõne feudi, & tanq dominus illius sibi vasallũ suum obstrictũ. Vasallus idẽ ita obstrictus, dominus & ipse est eiusdẽ feudi, & aliũ subuasallum, nempe sibi obstrictum tenet. Sic duo sunt domini insolidum, diuersis tamen respectibus, & respectu diuersarum personarũ. Hæc miris sed veris modis fiunt, ac proinde contrariæ sententiæ firmamentum corruit.

CAPVT LIV.

Si plures sint successores in feudo, an & quomodo omnes fidelitatem domino iurare debeant?

NOnnulla est controuersia hac de re: quia Iacobus Cuiacius lib. 3. tit. 9. existimat, oẽs successores fidelitatẽ iurare oportere, quãdo feudum est diuisum, secus si indiuisum.

Alij cõiter docẽt siue feudum diuisum sit, siue indiuisum, omnes ad iurandum obstringi. Multi putant sufficere, si vnus solus reliquorum omnium nomine iuret. Zasius par. 7. nu. 10. & 11. Cassaneus cõsuetud. Burgund. §. 7. nu. 3. Moder. Parisien. contra in consuet. Parisien. §. 1. Gloss. 4. nu. 37. Breuiter res sic se habet: si textui acquiescendũ est. Omnes iurare oportet, siue feudũ indiuisum, nisi vni tantũm obuenerit ex diuisione, quia ille solus iurabit: *Omnes filij eius, qui feudũ acquisierint, fidelitatem facere debent, maximè si indiuisum habent: quod si feudum ex diuisione ad vnum tantum peruenerit, ille tantum faciet fidelitatem.* Verba sunt textus in c. 1. §. Omnes, D si de feudo fuerit contentio, &c. Idem probatur in cap. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohib. feud. alien. per Frideric. ibi: *Ita vt omnes, qui partem feudi habent, iam diuisi, vel diuidendi, fidelitatem faciant.*

Nihil addo pro declaratione, qa verba satis sunt perspicua. Rursus potest vnus cæterorũ noĩe fidelitatẽ facere, si mandatũ habuerit in eã rẽ, & procurator fuerit cõstitutus. Id probo ex c. 1. §. Sed vtrũ, per quos fiat inuestic. n. ait: *Sed virũ ipse, vel alius pro te inuestituram faciat, vel suscipiat, nihil interesse putamus. Potest enim hoc negotium & per procuratorem ab vtraq; parte expediri.* Ergo & fidelitatis iuramentum præstari potest per procuratorem. Id probo ex sequentibus verbis eiusdem tex. *Nulla autem inuestitura debet ei fieri, qui fidelitatem facere recusat.* Si igitur per procuratorem inuestitura suscipi potest, et per eundem iuramẽtum fidelitatis præstari poterit, quia is alioqui inuestituram obtinere non posset.

Negotiũ fecit aliquib. tex. in extraord. c. feudor. apud Cuiac. lib. 4. tit. 77. sic dicẽs: *Cum plures fratres vasalli paternum*

ternum habent beneficium, donec illud indiuisum possident, vna fidelitas, & vnum seruitium domino fieri debet. Si verò partitum fuerit, quot partes erunt, tot erunt fidelitates.

Existimatum est, sniam hanc esse, si feudum sit diuisum, oẽs iurare debere, si indiuisum sit, vnum tm̃ iurare debere, & ideo tex. in §. Omnes, si de feudo fuerit côtentio, &c. corrigẽdus est in hunc modum, vt loco illorum verborum, *Maximè indiuisum habent*, rescribendũ sit, *maximè si diuisum habent*. Frustrà, & non rectè. Frustrà, quia illud verbum, *maximè*, argumẽto esset, idẽ esse statuẽdum, qñ feudum esset indiuisum, licet magis id procederet in feudo diuiso. Non rectè, quia textus non est corrigendus absq; authoritate, vel necessitate. Nulla hic authoritas est, nulla necessitas, quia textus in c. extraord. non dicit, vnum tm̃ ex fratribus ad iurandã fidelitatem teneri, quando feudum est indiuisum, sed dicit vnã fidelitatem præstandam, qđ significat oẽs fratres ac successores in feudo simul obligatos esse ad fidelitatẽ, & ad seruitium, non aũt separatim, vti qñ diuisum est feudũ, quo in casu, *quot sunt partes feudi, tot sunt fidelitates*, quia. s. singuli separatim iurãt, & quilibet pro sua parte tenetur ad seruitium præstandum; & ideo subdit textus ille, qñ feudum est diuisum; *seruitia vero non pro partibus, vt vnum primum, videlicet grauiora, sed pro quantitate beneficij moderanda.* Sensus est, qñ feudum est diuisum, non esse pręstanda separatim seruitia à singulis hæredibus in eũ modum, quo vnũ duntaxat seruitiũ prestabatur antea, cùm feudum esset indiuisum ab oĩbus, vt. s. tm̃ quilibet teneatur seorsim prestare, quantum antea oẽs simul, sed seruitia *pro quantitate beneficij moderanda*, id est, singuli pręstare debent seruitium pro rata, rõne habita eius partis feudi quã possidet. Quod verò de seruitijs dr̃, intelligitur de grauioribus, s. grauiora seruitia nõ pro partibus, vt vnum illud primum, prestãda esse, veluti prestabatur tpe, quo indiuisum erat feudũ, ad differentiã leuiorum seruitiorum, in quibus talis moderatio necessaria nõ est. Ita mihi vr̃ tex. explicãdus, quanq̃ paulò secus Hartmannus Pistorius explicet, q. 47. nu. 17. li. 2. parte posteriore.

CAPVT LV.

Si dominus feudi decesserit, relictis pluribus successoribus, vtrum vasallus teneatur omnibus præstare fidelitatis iuramentum?



Ontrouersiæ, de qua disseruimus in præcedenti capite, affinis est altera de plurib. hæredibus & successoribus ab eo relictis, qui feudi dominus erat, vtrum singulis iuramẽtum fidelitatis pręstandũ sit. Etenim affirmãt Accursius in l. Si vsusfructus legatus, 16. in vers. oportere. ff. de vsufruct. Bart. in l. cùm vnus. ff. de alim. & cib. legatis, & multi alij, quos refert & sequitur Ias. in l. de pupillo. §. Si plurium, num. 6. de oper. noui nunc.

Sed negant, & vni tm̃ hęredum facieodam esse fidelitatem contendunt, Gloss. in §. Omnes, in fi. si de feudo defuncti cõtentio sit, &c. Andreas Isernia, & Baldus ibidẽ, Hostiensis in summa de Feudis. §. vlt. Aretinus in l. 2. §. Ex his, in 2. not. ff. de verb. oblig. Iacopinus in inuestitura feudali, in vers. Qui quidem inuestiti, num. 28.

Alij dixerunt, vasallum non teneri singulis dominis separatim fidelitatem facere, sed tãtum vni eorum communi omnium vice & nomine eam recipienti. Ita Martinus Laudẽsis, Aluarotus, & Præpositus in d. §. Omnes. Zasios de feudis, par. 7. nu. 11. 12. Moder. Paris. in Consuet. Paris. §. 2. Gloss. 4. nu. 53.

Ego puto priorẽ sniam oĩbus alijs probabiliorẽ esse, & iuri magis consonã, sed ita tñ accipiendã, vt si & vasallus oĩbus hæredib. ac successorib. fidelitatẽ faciat, nõ tñ teneatur plura seruitia pręstare, sed vnum tm̃ seruitium oĩbus feudum possidẽtibus, siue diuisum sit, siue indiuisum. Quod primò dixi, probo euidenti rõne. Nã certum est oẽs & singulos hæredes ac successores dñi defuncti pro rata parte feudũ obtinere: Ergo singulis tanquã feudi dominis pro rata, fidelitatis iusm pręstari debet à vasallo: Sed quia iusm est indiuiduum, neq; enim pro parte præstari põt, quia non recipit diuisionẽ, hinc efficitur omnib. & singulis hæredib. præstandum esse, arg. l. Hæredes. §. An ea. ff. fam. hercis. l. 2. §. Ex his, vers. Ex quo. ff. de verb. oblig. Quod aũt secundo loco dixi, probo quia ex persona hæredum conditio obligationis non immutatur, l. 2. §. Ex his. ff. de verb. obl. Immutaretur autem, si vasallus ad præstanda plura seruitia teneretur, quia domino priori vnum tantùm seruitium præstare tenebatur.

Fundm̃ contrariæ sniæ positum est in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohib. feud. alien. per Frider. vbi dicit tex. *Præterea Ducatus Marchia Comitatus de cætero non diuidatur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur; ita vt oẽs, qui partem feudi habent iam diuisi, vel diuidendi, fidelitatẽ faciant; ita tamen, vt vasallus pro vno feudo plures dominos habere non compellatur: nec dominus feudũ sine voluntate vasalli ad alium transferat.*

Respõdeo, hãc esse huius textus sniam. Dominum nõ posse partẽ feudi alienãdo, vel diuidẽdo hoc efficere, vt vasallus duos cogatur hr̃e dominos, loco vnius. Nihil offendit sniam nostrã hoc argm̃, quia & nos fatemur, plura seruitia præstãda nõ esse, quãdo sunt plures successores, sed vnum tm̃: Et consequenter nõ cogitur vasallus plures dominos hr̃e, quia oẽs hæredes & successores simul ita sunt domini, vt vnum duntaxat seruitiũ exigere possint à vasallo. Præclarè Iabolenus in l. cui fundus. c. 5. ff. de cond. & demonst. *Et omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur pro singulari persona est habendus.* Videas Clarum in §. Feudum, q. 49. vers. Quæro nunc, & Hartmannum, q. 47. lib. 2. parte posteriori, nu. 19.

CAPVT LVI.

Si vasallus cum consensu domini feudum creditoribus suis obligauerit, deinde nullis descendentibus relictis decesserit, vtrum dominus, ad quem feudum reuertitur, teneatur satisfacere creditoribus.



St hæc magni momẽti quæstio, an feudo ad dominũ reuerso ob vasalli mortẽ absq; descendentibus, resoluatur hypotheca ipsius feudi, quæ cũ consensu domini cõtracta est vasallo, s. illud creditorib. suis obligante & oppignorãte. Existimo nõ resolui, sed manere, donec ipsis creditoribus satisfactũ fuerit: Et moueor Textu, Ratione, Authoritate. Textu: adduco enim c. 1. §. Etsi clientulus, de alien. feudi, cuius hæc sunt verba: *Etsi cliẽtulus fecerit libellũ, vt aliud de medietate feudi sine domini voluntate, eo mortuo sine legitimo hærede masculo (quod verbũ ita intelligendũ est in feudo) id est, sine filio masculo, reuertitur feudum ad dominũ. Si verò cum domini voluntate totum vel medium alienauerit, stabilis permaneat alienatio.*

Hęc est sententia textus, alienationem firmam permanere, factam cum consensu domini, nec ideo resolui, qm̃ vasallus, qui alienauit, absque filio masculo decesserit, ac proinde feudum fuerit ad dominum reuersum. Si alienatio manet firma & stabilis, neque resoluitur. Cur non & obligatio seu oppignoratio? licet enim feudum per oppignorationem nõ alienetur, sicut per venditionem, tamen eadem est ratio in oppignoratione, quę in venditione, imò maior. Nam si alienatio firma permanet in præiudicium domini consentientis, multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præiudicij domino adfert: sicut alienatio, cõsentiente domino valet, sic & oppignoratio: cap. Imperialem, de prohibit. feudi alien. per Frideric. quare nil proponi videtur, cur illa non resoluatur, imò *stabilis permaneat*, vt textus loquitur, hæc verò infirmari, & ad irritum deduci debeat.

Ratione hanc sententiam probo. Nam siue perpendamus,

damus mentem contrahentium, siue id quod æquitati consentaneum est, firmam permanere oportet oppignorationẽ hanc. Creditoris, proculdubio, ea fuit opinio ac intentio, vt super feudo securitatem haberet, atque hoc inter ipsum & debitorem actum est, feudumq; proinde oppignoratum. At quę securitas hæc est, si resoluatur hypotheca mortuo debitore, & feudo, quãtum ad vtile dominium ad dominum reuerso? Non est verisimile, si cogitasset perpetuam non fore hypothecã, eum fuisse pecuniam mutuaturum, aut eam cautionem tam fragilem acceptaturum. Nec diuersa intelligi potest domini consensum accommodantis intentio fuisse, quia secundùm naturã actus & contractus pignoris cõsensisse existimari debet; ita nimirũ, vt maneat pignus, donec debita offeratur pecunia, soluaturq; ijs modis, quibus iure constitutum est in tit. quib. mod. pign. vel hypotheca soluitur.

Authoritate moueor, quia ita docuit Marinus Frecia lib. 2. de authoritate & potestate Regis erga subfeudatarium, authoritate 29. nu. 8. vers. Fallit etiam hæc regula, vbi alios citat & refert, ac sequitur Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posterior. quæst. 48. nu. 22.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. oum. 31. qui succe. tenean. Zasius de feudis par. 6. num. 27. & par. 9. nu. 8. & 39. qui tamen loquitur, quando dominus cõsensit adiecta clausula, salnis iuribus ipsius. Idem late respõdit in terminis eiusdem clausulæ adiectæ consensui præstito in oppignoratione, & alios citat latè differens Franciscus Bursatus in consi. 171.

Primum argumẽtum est, quia omnis promissio & conuentio intelligitur rebus sic stantibus. l. quæro. §. Inter locatorẽ. ff. locati. l. si fuerit. ff. pro socio. l. quod seruus. ff. de cond. cau. data. latè Tiraquell. ad l. si vnquam. C. de reuoc. dona. in præfatione, nu. 162. Ergo consensus domini in oppignorationem factam, locum habere intelligitur, ac domino præiudicare, rebus sic stantibus, id est, donec vasallus, qui oppignorauit feudum, vixerit, siue successores eius feudum obtinuerint, non autem, si feudum reuertatur ad ipsum dominum.

Respondeo, antecedens sumptum esse ex regula brocardica, vnde sumptum argumentũ sæpe infirmum esse didici & animaduerti. Licet enim in dictis legibus promissio facta propter certas quasdam & iustas causas intelligatur, rebus sic stantibus, non tamen inde sumi potest generale quoddam, ac veluti absolutũ axioma, quãlibet conuentionem ac dispositionem accipiẽdam fore rebus sic stãtibus, ita vt quælibet varietas & mutatio postea contingens, ius immutet, infringatq; ipsam promissionem & conuentionem. Nam ne longius exempla petamus, ecce tibi casum alienationis feudi, cum consensu domini, à vasallo factæ. Vasallus moritur sine descendẽtibus masculis. Nũquid facta alienatio reuocetur, an verò consistat? Si spectes illud generale pronunciatũ, Quęlibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus, dices feudum ad dñm reuerti, alienationem rescindi, consensumq; non obstare, quia nõ amplius res est in eodem statu. At contrarium deciditur in d. §. Et si clientulus, nimirum, alienationem stabilem permanere. Cur ita? quia secundum ipsam naturã actus, & intentionem contrahentium, & rei æquitatem iudicandũ est, non secundum generales quasdam regulas. Omnis enim definitio periculosa est. l. Omnis definitio, de reg. iur.

Secundum argumentum est, quia non solet consensus præiudicare iuri proprio ipsius cõsentientis, quoties interponitur, & adhibetur pro authoritate rei gestæ, vt va leat. l. Caius. ff. de pig. act. l. Cùm quædam. C. de admi. tu tor. Ergo consensus dñi non præiudicat ipsi in iure proprio, & cõsequenter nõ impedit, quo minus vasallo sine masculis defuncto, feudum liberè ad eum reuertatur.

Respondeo, consensum non præiudicare domino, circa ius directi dominij, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem vtilis dominij cum directo, modò pignus firmum maneat,

A quia si firma non consisteret feudi obligatio à vasallo facta, domino consentiente, id creditori præiudicium adferret, & naturæ rei gestæ repugnaret. Ea quippe naturã contractus pignoris est, vt maneat ius firmum creditoris, donec ei pecunia fuerit persoluta.

Tertium argumentum est, quia consensus dñi, oppignorationi præstitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Confirmatio autem nõ tribuit nouum ius. Qui enim confirmat, nihil dat. c. Quia diuersitatem, de concess. præben. l. Et quia. ff. de iurisd. om. iud.

Respondeo, hoc sufficere, vt propter domini consensum ita valeat oppignoratio, vt postea non infirmetur, cuius contrarium non probat dictum argumentum.

Quartum argumentum est, quia dominus consentiendo in oppignorationem feudi, non censetur renunciare iuri suo, quod scilicet per mortem vasalli absque masculis à lege ei defertur. Neq; enim renunciatio præsumen-

B da est. l. Si dominus. ff. de ser. vrb. præd. l. Si ex pluribus. ff. de solut. l. Cùm de indebito. ff. de probat.

Respondeo, non ideo consistere obligationem mortuo vasallo, quia dominus videatur iuri suo renunciasse, dum oppignorationi consensit; sed quia oppignoratio semel rectè & legitimè facta, non debet irritari propter casum superuenientem mortis vasalli. Cur enim mors vasalli noceret iuri quæsito creditori? Nec dominus amittit vtile dominium, sed illud obtinet eã sua causa.

Quintum argumentum est, quia plurimum hæc inter se differunt, consentire, & obligari. Dominus ergo qui consensit oppignorationi feudi, non est obligatus propter hunc consensum, ad soluendum æs alienum creditori ipsius vasalli.

Respondeo, dominum quidem non obligari ob consensum præstitum ad soluendum æs alienum, sed hoc efficere consensum præstitum, vt feudi oppignoratio legi-

C timè constituta esse dicatur, ac proinde ita stabilis & firma permaneat, vt creditor pignori rectè insistat, donec ei debita pecunia persoluatur, nec aliter pignus & hypotheca eius soluatur, quam solutione eius quod debetur, vel alijs legitimis modis.

Sextum argumentum est, quoniam in generali sermone non continetur persona loquentis. l. Inquisitio. C. de solution. l. Qui insulam. §. vlt. ff. locati. Ergo dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse existimadus non est.

Respondeo brocardicum est quod assumitur, & nullius momenti argumentũ, quia non dicimus, dominum vigore consensus obligari, sed per cõsequentiam, si vult feudum liberare, & pignus ipsum luere.

Septimum argumentum. Qui consentit alienationi rei sibi debitæ in aliquem euentum, non propterea ius suum amittit, eoeniente caso quo res ad eum deferatur, vt not. in l. Si à substituto. de leg. 1. Barr. in l. Qui Romæ.

D §. Duo fratres, in 12. qoest. ff. de verb. oblig. Alex. in cons. 40. nu. 7. lib. 4. Ergo nec dominus in proposita specie oppignorationi consentiendo ius suum amittit, feudo ob mortem vasalli absque liberis, ad eum deuoluto.

Respondeo brocardica est propositio, ex qua conficitur argumentum, non hoc volunt Alex. non Bart. Contrarium docet Crauetta in consi. 24. oum. 9. alios citans. Sed riuulos non adeamus, fontes spectemus. Imperator Gordianus. *Quoties ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus* (arrige aures) *alij consenserit, contra illius authoritas conuelli nequaquam potest.* Idẽ habemus ex l. Nihil. §. 1. de leg. 1. & alibi, ex quo videre licet, quàm arundineo scipione nitãtur, qui generalibus istis propositionibus nituntur.

Postremum argumẽtum pertinet ad eum casum, quo consensus à domino interponitur, *saluo iure ipsius.* Hæc enim clausula & protestatio efficere debet, vt nullũ consentienti præiudicium inferatur. arg. l. Si debitor. §. 1. & l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pign. vel hypot. sol.

Respondeo,

Respondeo, duplex ius domini distinguendum esse, vnũ est directi dominij, & istud reseruatum esse intelligitur, quare oppignoratio cõsistit, saluo tamen iure directi dominij, quod in consensu præstiti expressè reseruatur, vel tacitè reseruatũ intelligitur. Alterum est ius vtilis dominij consolidandi cum directo, eueniente casu mortis vasalli absque liberis; Et illud quoq; reseruatum intelligitur, neque.n. impeditur hæc consolidatio, sed saluo iure creditoris, quod habet in pignore. Neque.n. ius creditoris ex illa reseruatione tollitur. Et hoc est quod Doctores dicũt, clausulã illã, saluo iure dñi, nõ includere ea iura, quę dominus consentiendo patitur in aliũ transferri. Alioqui reseruatio illa cõsensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto. Sed de hac re satis.

CAPVT LVII.

Consensus præstitus à domino feudi oppignorationi à vasallo factæ, vtrum ad vsuras, siue ad id quod interest extendatur?



VAsallus feudum oppignorauit, consentiẽte dño, valet oppignoratio creditori facta, & non quoad sortẽ duntaxat pecuniæ debitę, verùm ẽt quoad vsuras, siue interesse post moram debitas, sicut docet Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q. 40. nu. 18. Huius rei hãc conjecturam habeo, quod fideiussor (cuius obligatio strictè accipiẽda est) in omnem causam cõductionis obligatus, tardius illatarum per moram coloni, pensionum vsuras præstare cogitur, l. Quæro. ff. locati. Nam sicut obligatio fideiussoris ad vsuras extẽditur, ita & cõsensus dñi, quia dum dñs in oppignorationem consentit feudi, dr in omnem causam consentire. Alia ratio est fideiussoris, qui cùm taxatione in certam quantitatẽ obligatus est, vt in d. l. Quæro, & similiter domini cõsentientis, vt feudum oppignoretur à vasallo sub certæ quantitatis taxatione: tunc enim consensus pertinet ad sortem.

Cõtrarium docuit Marinus Frecia, de authoritate & potestat. Baronis erga subfeudatariũ, q. 20. & ante eum Afflictus ad c. Imperialem, q. 8. nu. 23. de prohib. feud. alien. per Frideric. Negat enim dñm consentire in omnem causam, dum cõsentit oppignorationi feudi, quod facilè concesserim, si adiecta certæ quantitatis taxatione, vt dictum est, consentiat, puta consentio vt pignus oppignoratum sit pro quantitate centũ aureorum dũtaxat. Cæterùm, si consentiat simpliciter, nec ad certã summã pecuniæ consensus restringatur, aliter est rñdendum. Quod verò dicit Marinus, nõ extendi cõsensum ad vsuras, quę ex mora veniũt debitoris, q, a culpa debitoris vasalli, domino nocere nõ debet, nihil mouet, quia mora debitoris vasalli non nocet dño per se & principaliter, sed in consequentiam contractus pignoris, cui dñs ipse consensit. Nã vsuræ veniũt tacitè, & in consequentiã cõtractus bonæ fidei post morã, ex officio iudicis. l. Lucius. ff. depositi. & d. l. Quæro. ff. locati. Quare Dominus consentiens pignori, qui cõtractus bonę fidei est. §. Actionũ. in Instit. de act. videtur consentire in omnem causam, quæ *ex ea numeratione nasci potuit*, vt verbis vtar Pauli in l. Si quis pro eo. §. Si nummos. ff. de fideiussor. licet non ignorem ad aliam facti speciem responsum illud pertinere.

CAPVT LVIII.

Feudum nouum concessum iure antiqui feudi, vtrum naturam assumat feudi antiqui.



FEudum nouum iure antiqui feudi à domino datur, nunquid naturam habeat antiqui feudi? Negant Oldradus in cons. 178. Factum tale est, Albericus in Dictionario iuris, in verbo, Nouum non est. Alex. in consi. 10. lib. 5. Iason in præludijs A feudorum nu. 88. & in cons. 57. lib. 1. & in consi. 152. & 180. lib. 2. Zasius consi. 13. nu. 14. lib. 1. alios citat. Antonius Gabrielius cõm. concl. li. 1. tit. de Feudis. conclu. 1.

Fundamẽtum est, quia verba illa, *iure antiqui feudi*, veritatem nõ immutant, arg. l. Si fortè. ff. de Castrensi peculio, ibi. *Veritatem enim spectamus, non quod quis finxit.* Addit Iason aliud argumẽtum, contrariorum eadem est disciplina, sed feudum antiquum concessum iure feudi noui, non assumit naturam feudi noui, arg. cap. 1. de vasallo decrepitæ ætatis, ex cap. 1. an agnatus vel filius. Ergo è conuerso idem dicendum.

Affirmant alij magis communiter Doctores apud Antonium Gabrielium, loco proximè citato. Ciarũ. §. Feudum, quæst. 8. Roland. à Valle, consi. 60. lib. 1. & cons. 16. lib. 3. Menochium, in cõsi. 260. nu. 25. lib. 2. Ludolphum Schraderum, par. 2, cap. 3. nu. 70.

Fundamẽtum est, quia sicut contractus ex conuentione legẽ accipiunt. l. 1. § Si conueniat. ff. depositi. Sic B feudales cõcessiones ex tenore inuestituræ. Tenor enim inuestituræ spectandus est, c. 1. de feudo Marchiæ, cap. 1. de fratrib. de nouo benef. inuest. c. 1. de feudo non habẽte propriam naturam, cap. 1. de natura succes. feudi. cap. Si cui militi. §. Item si quis eo tenore, in capitulis Extraordinarijs.

In hac quæstione, quo minus cõmuniorem sniam affirmãtem amplectar, nec Iasonis, nec Oldradi argumentum remoratur. Nam fateor, verba illa, iure antiqui feudi, veritatem non immutare: neq; enim hoc efficiunt, vt verè feudum sit antiquum, sed vt assumat naturam & vim antiqui feudi, ac eodem iure censeatur quo antiquum feudum. Hoc verba significant, volũtas partium adest, & potestas; quid enim prohibet quominus pacto noua natura feudo tribuatur ab ea diuersa quam habet? lex autem in argumento allata loquitur de eo, quod in potestate disponentis non est, vt inducatur.

C Argumentum verò Iasonis nullius est momenti, quia subest ratio diuersitatis. Non potest pacto effici, vt feudũ antiquũ assumat naturã feudi noui, quia id agnatis præiudicat, quibus cõpetit ius ex antiquis inuestituris, Vasallus aũt neq; cum dñi consensu præiudicare potest agnatis, vt in c. 1. de alien. feudi patern. Quòd autem feudum nouum assumat naturam feudi antiqui, non vergit in alicuius præiudicium, nisi domini, quia multi succedunt, qui aliàs non succederent, si feudum nouum esset.

Magis igitur moueret Alexãdri argũ: illa verba iure antiqui feudi, vel secũdũ naturã antiqui feudi, aliũ sensum posse recipere; vt nimirum dñs significare velit, feudũ antiquitus cõcedi solitũ esse; Sed qò pponit sub ea facti specie, in qua cõstat feudum nouũ esse, & inuestituræ tenorẽ ita esse cõceptũ, vt sensus sit feudũ, licet nouum, cõcessum tñ fuisse secundum naturã antiqui feudi: Ita vt non iure noui feudi, sed antiqui censeatur.

Illud ergo vnum cõmunem sententiam dubiam reddere videtur, quod si in proposita hypothesi feudum susciperet naturam antiqui feudi, ius & actio agnatis D quæreretur, ijsque in successione post vasalli obitum locus pateret, sicut in antiquis feudis constitutum est. At hoc regulis iuris repugnare videtur, quibus cautũ est, neminem alteri stipulari posse nisi sit in potestate: Lege. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. obligat. l. Si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Sed respondendum est, hanc iuris regulam non procedere in feudis. Id patet ex cap. 1. de feudo Marchiæ, ibi. *Nisi pactum fuerit in inuestitura quod fratri frater succederet*, & in c. 1. de duob. fratribus à capitaneo inuestitis, ibi. *Propter tenorem inuestituræ interitum eius pars fratri, non domino est quæsita.*

Rationẽ hanc adfero: quia feudum est beneficium, & ex amore dñi procedit & acquiritur, c. 1. de feudo dato in vicẽ legis cõmissoriæ. Ita verò iure speciali est cõstitutũ est in donatore & liberalitatẽ exercẽte vt pactũ valeat adiectum in fauorẽ alterius. l. Quoties. C. de donat. quæ sub modo. Ergo & in feudis ac beneficijs, q̃ à donatione

Qq non

non procul distant, idem constituendum videtur.

Hæc aũt sñia cõis non procedit in prælatis Ecclesiarũ, absq; solẽnitate requisita res in feudũ cõcedẽtibus, quia illi sicut non pñt res in feudum cõcedere, nisi solitæ sint infeudari, vel nisi solennia adhibeantur, ita nouũ feudũ concedere non pñt, secundũ formã antiqui feudi, & ita oẽs docẽt: solus quẽ viderim Curtius iunior p.1.q.8. ad finem, dissentit ab hac sñia, perperam, vt mihi sanè vr̃; *Quando prælatus*, inquit, *aliquid confitetur, quod habet iuris præsumptionem pro se, talis confessio valet, sed feudum in dubio præsumitur antiquum, Ergo, &c.* Non rectè monet quia quæstio supponit feudum esse nouum, & id certum esse, non autem dubium; consequenter præsumptionibus & coniecturis locus non est, quas adducit, vt antiquum præsumatur. de qua præsumptione, sitne iuri consona, sequenti capite disseremus.

CAPVT LIX.

Feudum an in dubio, antiquum vel nouum præsumatur?

B DE hac quæstione tres sunt doctorum sententiæ, vna, & magis communis est, feudum in dubio antiquum præsumi. Altera, nouum præsumi, Tertia, nec antiquum neque nouum præsumi, sed asserenti antiquum esse vel nouum, probationem incumbere. Vide Iacobũ Menochium de Præsumpt. lib.3. Præsump.93. & arbit. iud. casu 191. & Ludolphũ Schraderum de feudis, par.2. cap.3. nu.41. Isti alios citant diligenter & prolixè.

Prioris sententiæ fundamentum est in c.1. de success. fratrum, vel gradib. succedent. in feudo, & in c.1. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos.

Scdæ opinionis fundm̃ est, quia cũ res præsumatur libera potius q̃ feudalis. arg. l. Altius. C. de serui. & aqua. præsumendum vr̃, rem fuisse antea liberam & non feudalẽ: & consequenter si constet nunc feudalem esse, credendum est, potius feudum esse nouum, quam antiquum. C

Tertiæ opinionis fundm̃ esse põt, quia ei qui dicit incũbit probatio. l.2. ff. de probat. Et quilibet ꝓbare tenet id, quod est fundamẽtum suæ intentionis vel exceptionis. l. Actor. C. de probation. l. Generaliter. ff. de Except.

Ego puto hanc quæstionẽ decidi ex d.c.1. de success. fratrũ, vel gradib. succed. in feud. & c.1. Si de feudo defuncti fuerit controuers. atque ita decidi, vt neque priori sententiæ neq; posteriori sit locus, nec tertia quoque sententia recipienda sit, sed hanc rem pendere ex probationibus factis quibus deficientibus, ab vtraque parte iureiurando delato, causam esse decidendam.

Sic.n. authores feudalium librorũ in citatis locis docẽt. *Si verò dominus vel alius beneficium defuncti nouum esse dicit, agnatus autem illius proximus paternum esse contendat, tunc onus probationis incumbit illi qui nouum dicit.* Hæc verba priori sñiæ suffragarentur, sed ita pergit textus. *Sed inscio aliter pronũciatum esse. Bonus.n. iudex causa cognita diligenter intuebitur, cuius potius iureiurando dirimenda sit hæc q̃stio, vtroque scilicet in probatione, deficiente.* D

Rursus alibi sic habetur. *Si de feudo defuncti militis sit contentio inter dominũ & agnatos defuncti, domino nouum feudum, agnatis verò paternum esse contendentibus, agnati in possessione feudi, de quo quæritur, cõstituẽdi sunt. Eo facto, super principali quæstione cognoscendum est. Vtroque autem deficiente in probatione, electio iurisiurãdi agnatis dãda est.*

Hic vides ab vtraq; parte ꝓbationes exigi: vtraq; verò deficiente, iureiurando litẽ esse dirimendã, & agnatis electionẽ dandã, an. s. ipsi iurare velint, vel aduersę parti iusiurandũ deferre. Non ergo affirmandum, feudũ antiquum præsumi, quia si antiquum præsumendum esset, nulla ex hac parte probatio exigenda esset. Non est etiã affirmandũ, nouum præsumi; quia sic eodẽ modo nõ incumberet probatio, sed dicẽdum est, quod textus tacitè indicat, vtramq; partẽ probare oportere; Et vtraq; parte

A in probatione deficiente, iudicem æstimare oportere, cuius potius iureiurando definienda sit quæstio. Atq; in dubio, agnatis electionem iurisiurãdi dandã esse: quod ego sic accipio, si aliquid pro agnatis sit, quod iudicem moueat, ex eo quod habetur in c.1. § Sacramentum. de Consuet. recti feudi, vbi *Sacramentũ nõ semper est dandum possidenti, sed quandoq; possidenti, quandoq; petẽti, quãdoq; neutri datur, & cũ alicui horũ datur, ita demũ datur, si aliquid pro eo sit, quod iudicẽ moueat: vbi nihil est, q̃d faciat pro aliquo eorum præter possessionem solam: tunc secundum quod iudici melius visum fuerit, aut possidenti dabitur Sacramentum, aut authore nihil probante, qui conuenitur, etiam si nihil præstiterit, absoluitur reus vel obtinet.*

CAPVT LX.

Possitne vasallus inuito domino feudum refutare?

B SI quis omnium scripta perpenderit, qui de hac quęstione disserunt, vtrum vasallus renũciare possit domino suo inuito feudum, inueniet, nisi fallor, quinque diuersas sententias. Prima est, si domini non intersit, quia scilicet non sit intempestiua renuntiatio, vasallum renũciare posse feudum in manibus domini, etiam inuiti. Ita Curtius iunior de feudis, par.4. nu.135. *Zasius* in vlt. par. nu.13. Fundamentum est in c.1. de vasallo, qui contra constit. Lotharij beneficium alienauit. Sic enim tex. ait: *Quia vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum refutare potest, post refutationem tamen ad seruiendum non tenetur, sed eum quidem tunc offendere non debet.*

Secunda est sententia, refutare posse feudum nisi sit ligium, ita Bald. in c. Cæterùm, in 6. col. de iudic. Ratio est, quia graue est, Principi fidem fallere, ideo nõ debet vasallus eum illudere, feudum renunciando.

Tertia est sententia cæteris communior, distinguendum esse vtrum feudum datum sit, pro aliquo seruitio C determinato à vasallo præstando, an verò pro indeterminato seruitio & generali, quod debetur ex natura feudi. Priore casu feudum refutari non posse, posteriori autem posse. Ita omnium primum docuit Glos. in cap.1. §. vlt. de cap. qui curiam vẽdi. Bartolus in l. Is cum quo. ff. de aqua plu. arcen. Alexand. in l. Si quis vi. §. Differentia, num.14. ff. de acquir. possess. Clarus. §. Feudum. quæstio.34. alios citat Ludolphus Schraderus de feudis, parte 8. cap.1. num.61.

Ratio differentiæ inter vtrumq; casum, à dicta Glossa adfertur his verbis: *Quoniam vasallus, qui habet feudum conditionale* (id appellamus, ad certum seruitium) *est obligatus domino ad illud seruitium, vel per stipulationem, vel saltem per pactum in isto contractu infeudationis appositum, & ita inuestitum: vnde certa actione ad id faciendum posset à domino conueniri, puta vel ex stipulatu,* D *vbi ad factum est obligatus per stipulationem, vel certis condictione, vbi certum quid promiserit: vel præscriptis verbis, vbi stipulatio non interuenit; vel etiam conductione ex maioribus informata per pactum, quod esset ineptum dicere, vt per eius refutationem actio domino competens tolleretur. At cùm liberè feudum recipit, non apposita aliqua conditione, sed simpliciter fuerit de eo inuestitus, nihil est præter sacramentum, de quo Deum habebit vltorem, si contra fecerit, si fidelitatem iurauerit: quia & feudum amittit, si culpam committit, per quam amittere debeat. Ad nihilum enim est obligatus, nisi ex natura feudi, nisi quia si domino non seruierit, secũdum quod ex natura feudi debuerit, ipsum feudum amittit: sicut enim iure consuetudinario feudorum permittitur vasallo feudum refutare, ita eodem iure liberatus est, postquam feudum refutauit ab illa obligatione naturali, qua tenebatur domino seruire: Et hoc est, quod ibi dicitur ad seruandum postquam refutauit non tenetur.* Hactenus Glos.

Quarta est sententia, feudum refutari non posse, etiã

pro determinato ſeruitio datũ fuerit, ſi ſeruitiũ in faciẽdo cõſiſtat, ſecus ſi cõſiſtat in dãdo. Ita Fel. in c. Quæ in Eccleſiarũ, nu. 78. de cõſtit. Rõ eſt, quia is, q ad faciendũ obſtrictus eſt, nõ cõpellitur ꝑcisè. l. ſtipulationes nõ diuiduntur. verſ. Celſus. ff. de verb. oblig. ſecus autem cùm quis obligatus eſt dare, quia præcisè tenetur, & cõſequẽter non poteſt renunciando ſe ab onere dandi eximere.

Quinta eſt ſnĩa, licet feudũ datũ ſit ad ſeruitiũ ĩdeterminatum, tñ nõ licere vaſallo illud refutare, quoties vel iureiur. vel ſtipulatione dño cõtractũ feudi obſeruare, & ſeruitia feudi præſtare promiſerit. Vide Schraderum vbi ſuprà, nu. 62. & Iacopinum in tract. de Rhovdis ſine operis, nu. 42. Afflictum in prælud. feudor. nu. 96. & 98. & in cap. 1. no. 43. de vaſallo, qui contra conſtit. Loth.

Fundamentum eſt, quia iuramẽtum obligat præcisè ad factum: & ſtipulatio parit obligationem & vinculũ, à quo non poteſt quis ſe liberare, niſi altero conſentiente. l. ſicut. C. de act. & oblig.

Ego priorem ſententiam cæteris probabiliorẽ eſſe iudico & amplector. Nititur enim firmiori fundamento, quàm aliæ, nẽpe textu ſatis diſerto, quo declaratur, licere vaſallo feudũ refutare, etiam ſine voluntate dñi; & poſt refutationem ad ſeruitia præſtanda non teneri.

Hęc feudalis regula, niſi fallor, ſumit̃ ex iure cõi. Nã vſufructuarius relinquere poteſt vſumfructũ: et cùm paratus eſt eũ derelinquere, nõ tenet̃ onera ꝑſtare. l. Cùm vſufructuarius. ff. de vſufr. Ergo & vaſallus cùm paratus eſt feudũ refutare, liberatur ab omni onere ſeruitij pręſtandi, Vaſallum autem ab vſufructuario parum differre, cõſtat ex feudi definitione, vt in c. 1. §. Beneficiũ, in quib. cauſis feudum amittatur. ibi: *Vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat: vſusfructus verò illius rei, ita ad accipientem tranſeat, &c.*

His accedit alia ratio, quia vaſallus ad ſeruitia præſtãda domino tenetur propter feudum: Ergo, ſi feudum derelinquat, non tenetur. argum. l. Etſi fortè. §. Labeo. ff. ſi ſeru. vend.

Neque huc illa pertinent, quæ de contractibus vltro citroq; obligatorijs adferũtur, à quibus recedere nõ licet altera parte inuita, quia feudum eſt beneficium, nõ autem cõtractus: Et licet aliquam ſimilitudinem habeat cum cõtractu, propter ea, quæ tenetur vaſallus dare vel facere ex natura feudi, vel ex pactis, tamen hæc nõ mutant naturam feudi, neque in contractum illud trãsferre poſsũt. Sic & vſufructuarius ad aliqua onera tenet̃ ex natura vſusfructus, vel etiã ex pactis & ſtipulationibus, & tamen vſumfructum derelinquere poteſt & renunciare, quo facto amplius non tenetur.

Secunda opinio nullum habet firmum præſidiũ, quia ſi valeret illa ratio, nunquam liceret vaſallo feudum refutare, quod tamen repugnat vſibus feudorum. Nõ poteſt igitur vaſallus fidem fallere, & principẽ decipere, donec vaſallus eſt, cæterùm ſi feudum refutauerit, non debet quidẽ illum offendere, ſed ei ſeruire amplius non tenetur, nec remanet deceptus à vaſallo Princeps, quia ſi non præſtat ſeruitium, non habet etiam beneficium, niſi intempeſtiuè fiat renũciatio atque domini interſit; tunc non fieri.

Tertiæ opinionis fundamentum conſiſtit in eo, quòd actio competat domino aduerſus vaſallũ, qui ſe obligauit ad certum ſeruitium, ac proinde illa tolli non poſſit refutatione feudi. Reſpõderi põt, imò tolli poſſe actionem illam ob renũciationem feudi à vaſallo factã, quia vaſalli promiſſio & obligatio intelligi debet ſecundùm naturam rei, ſuper qua interponitur. Hæc eſt autem natura feudi, vt refutari poſſit inuito domino. Neq; enim ad contractum reuocanda res eſt, quæ ex beneficio proficiſcitur, quòd ſicut ab initio nõ confertur in inuitum; l. inuito. de reg. iur. ita poſtquam collatum eſt, renunciatione tolli debet ſecũdùm antiquam iuris regulã: Vnuſquiſque renunciare poteſt fauori ſuo. l. pen. C. de pactis.

CAPVT LXI.

Vtrum feudum præſcribatur longiſſimo tempore, id eſt, 30. vel 40. annorum, quoad dominium directum in præiudicium domini.

ET olim fuit, & nunc eſt ingens controuerſia, vtrum ſpatio longiſſimi temporis triginta vel quadraginta annorum directũ dominium feudi à vaſallo alienati ſine conſenſu domini, præſcribatur aduerſus ipſum dñm. Affirmauit. n. Gloſ. in c. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, & poſt eam alij multi, vt patet ex Baldo de præſcrip. in 4. parte, partis princ. q. 12. verſ. Quarto quæro. Curt. ſen. conſi. pen. Andr. Gevll. lib. 2. obſeru. 160. Menochius alios adducens in conſi. 143. n. 20. verſ. Septimo comprobatur, lib. 2.

Sed negant Andreas Iſernia in d. §. Præterea, nec nõ Afflictus ibidem alios citans, nu. 24. Clarus §. Feudum, quæſt. 45. verſ. Si autem quæritur. Zaſius latiſſimè in cõſilio 15. lib. 2.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia tanto temporis ſpatio tollitur omnis actio. l. Sicut. l. Omnes. C. de præſcrip. longiſſ. tempo. 30. vel 40. Et licet nullam præſcriptionem obſtare dicatur in d. §. Præterea, & in c. Imperialem, de prohibita feudi alien. per Frideric. tamẽ nõ excluditur pręſcriptio 30. vel 40. annorum. Neque enim credendum eſt, Romanum Principem vno verbo totam præſcriptionum obſeruationem tot vigilijs excogitatã voluiſſe euertere. arg. l. Si quãdo. C. de inoff. teſta. Huc accedat tex. in c. 1. §. Porrò, qualiter olim poterat feudũ alienari, ibi: *Præſcriptione autem 30. annorum ſubmouebatur tam ſciens, quam ignorans. &c.* & in c. 1. §. ſi quis per triginta, ſi de feudo defuncti fuerit controuerſ. &c. vbi dicit tex. *Si quis ꝑ triginta annos rẽ aliquã vt feudũ poſſederit, & ſeruitiũ domino exhibuerit, quãuis de ea re nõ ſit inueſtitus præſcriptione triginta annorum ſe tueri poteſt.*

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in d. cap. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, vbi ſic dicitur: *Præterea vt liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obſtante præſcriptione, renocare.* Item in d. c. Imperialẽ, vbi Fridericus ita ſtatuit: *Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non ſolùm in poſterum, ſed etiam huiuſmodi alienationes illicitas, hactenus perpetratas, hac præſenti ſanctione caſſamus, & in irritum deducimus nullius temporis præſcriptione impediente: quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualeſcere non debet.*

Ego puto, totã difficultatẽ conſiſtere in conſiderãda mẽte Friderici Imperatoris, an. ſ. voluerit omnẽ præſcriptionẽ auferre, etiã lõgiſſimi temporis triginta vel quadraginta annorũ: Et licet multa diſputari poſſint, tñ vt putem hanc fuiſſe Friderici mentẽ, tollendi etiã 30. annorũ præſcriptionem, magis inclinat animus. Primùm, ex verbis generalibus: *Nullius temporis præſcriptione impediente.* Hęc enim verba ſecundùm naturam ſuam oẽm præſcriptionem includunt, & conſequẽter etiam triginta vel quadraginta annorum. Nullũ. n. eſt maius mentis noſtrę teſtimonium, quàm qualitas inſpecta verborum. Nam quorſum nomina, niſi vt demonſtrent voluntatẽ dicentis? l. Labeo. ff. de ſupellect. leg. Secundò, ex ratione, quam Fridericus adfert: *Quia quod ab initio de iure non valuit, tractu tẽporis conualeſcere non debet.* Hæc enim ratio conuenit etiam præſcriptioni triginta vel quadraginta annorum. Tertiò, quoniam Fridericus ita ſtatuit ad pleniorem regni vtilitatem. Hæc eſt autem pleniot vtilitas, ſi nullius etiam longiſſimi temporis præſcriptio impediat, quo minus feuda à dominis vendicari poſſint. Quartò, quia ante Friderici conſtitutionem feuda non poterant alienari ſine conſenſu domini, & alienata reuocari poterãt ex lege Corradi, nulla præſcriptione obſtãte. Ergo Corradi lex accipienda eſt de pręſcriptione longiſſimi tẽporis, aut non, ſed tantùm longi tẽporis; ſi primum

mom concedatur, habemus quod volumus; si secundū, tunc sequitur Friderici constitutionem aliquid operari debere, atque adeò impedite præscriptionem, etiam lōgissimi temporis, ne sit superflua. Quintò, nā Fridericus non ignorabat præscriptionem duplicē extare, vnā longi temporis antiquitus cognitam; alteram lōgissimi, postea introductam, quæ habetur in l. sicut. & in l. Omnes. C. de præscrip. longis. tempo. cùm ergo dixit: *Nullius tēporis præscriptione impediente*, proculdubio voluit etiam lōgissimi temporis præscriptionem includere, quia si id noluisset, eam facilè potuisset excipere.

Ex his responsio patet ad contraria argumenta. Primum enim argumētum soluitur ex eo, quòd verba Imperatoris vniuersalia sint, & complectētia omnem præscriptionē: Et ideo cùm in verbis nulla sit ambiguitas, non est facienda volūtatis quæstio, l. Ille aut ille. §. Cùm in verbis, ff. de leg. 3. Aut si de voluntate disputandū est, illa ex verbis colligi debet, d. l. Labeo. ff. de supell. leg.

Ad secundum quod attinet, respōdeo, tex. in d. §. Porrò, ad aliam longè diuersam præscriptionem pertinere, ad illam scilicet, per quā dominus excluditur à iure feudi redimendi eo in casu, quo alienatio valet.

Ad tertium argumentum, ex §. Si quis per triginta, respondeo, textum illū loqui similiter de alia præscriptione, cùm scilicet aliquis præscribit rem in feudum, ex eo quod per triginta annos eam vt feudū possideat, & seruitia domino exhibuerit. Hæc res procul distat à qōne nostra. Non enim subiacet alicui legis prohibitioni, non aufert dominium directum domino feudi, & prorsus differentem habet iuris rationem.

CAPVT LXII.

Filij fratrum an in feudo succedant in stirpes, vel in capita?



Isserui lib. 6. controuers. c. 3. de cōtrouersia illa successionis filiorum fratrum, an cōstituēda sit in stirpes, vel in capita, & secutus sum Azonis snīam argumētis allatis, q̄ ibi videri possunt; Et qm̄ etiam in feudis eadē quæstio controuersa est, vt patet ex Zasio pat. 8. nu. 18. Claro in §. Feudū. q. 75. Ludolpho Schtadero p. 7. c. 7. n. 16. Hippolito Riminaldo consi. 410. volui paucis verbis eam attingere, vt saltem opinionem indicarē meā, quę talis est. Nullo iuris feudalis textu definitum esse cōstat, an hæc successio sit in stirpes, an verò ī capita. Ergo iure communi decidenda est, cap. 1. de feudi cog. Ergo secundum Azonis sententiam lis est danda, cui & Caroli V. decisio suffragatur, & quæ nos attulimus, contrarijs argumentis refutatis in dicto cap. 3. lib. 6.

CAPVT LXIII.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo nouo à Principe concesso.



I duobus feudū fuerit ab Imperatore cōcessum, & alter eorū absque liberis decesserit, vtrum ad principem feudum reuertatur, an autem accrescat socio, siue consorti, non est eadem omnium sententia. Nam accrescere consorti, siue socio, docuit Bald. ad l. vn. §. In primo. C. de cad. toll. quē secutus est Alex. ad l. si mihi & Titio, n. 7. ff. de verb. oblig. & in consi. 30. n. 7. vers. Secūdo dato, lib. 1. Soc. iu. in cons. 73. nu. 22. 23. l. 1. Clarus in §. Feudū. q. 77. Ludolphus Schraderus de feudis, p. 7. c. 1. n. 11. Sed ad Principē reuerti docuit Cynus ad l. vn. C. quādo non petentium partes, Iason in d. l. si mihi & Titio, n. 6. Corneus in consi. 196. lib. 2. Zasius de feudis, par. 8. nu. 32.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. vn. C. si liberalitatis Imperialis socius. lib. 10. licet enim illa lex de A feudo non loquatur, tamen eius ratio locum habet etiā in feudo, quando ex Principis liberalitate processit. Neque in feudis à Principe concessis, contrarium feudali consuetudine & iure cautum est. Ergo ius commune seruandum videtur, arg. c. 1. de feudi cognit. Sic autē in d. l. vn. constituit Imperator Constantinus: *Iubemus, vt si quis fortè ex his, quibus communiter à nobis aliquid donatum sit, nullo herede relicto decesserit: ad consortē potius solatium, quàm ad personam aliam pars decedentis perueniat.*

Posterioris sententiæ fundamentum est, quoniā generali feudorum iure seu consuetudine cautum est, in feudo nouo ius accrescendi locum non habere, & ideo vasallo mortuo eius portionem, nullo herede existente ad dn̄m reuerti: Neq; vlla distinctio adhibetur, vtrū à Principe concessum sit feudum, an ab alio. Sic, inquam, cōstitutum est in c. 1. de feudo Marchiæ: *Si duo fratres simul inuestiti fuerint de beneficio nouo, & non de paterno, si vnus* B *eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit dominus succedit, non frater, nisi pactum fuerit in inuestitura, quod frater fratri succedat. Per pactum enim frater succedit, non dominus.* Idem habetur in ca. 1. de fratribus de nouo benef. inuestitis, & ī c. 1. de duob. fratri. à Ca. inuest.

Hanc posteriorem sententiam iuri magis consentaneā existimo, quia iura feudalia sunt expressa in hac facti specie, & apertè decidunt, feudum ad dominum reuerti: Et licet nominatim de feudis non loquantur, quæ à Principe conceduntur, tamen generaliter loquuntur, & consequenter comprehendunt etiam casum istū, quo feudum à Principe concessum est. Non ignorabāt iuris feudalis authores, feuda concedi solere ac posse tam ab Imperatore, quàm ab alijs inferioribus, qui non prohibentur iux. c. 1. de his qui feud. dare poss. Ideo cùm generaliter decernunt feudum ad dominum reuerti, nec cōsorti accrescere, sine dubio de oī feudo id decreuerūt, siue ab Imperatore concesso, siue ab alio.

C Non obstat text. in d. l. Vn. quia non loquitur de feudo, sed de alia liberalitate. In feudo enim specialis est cōstitutio, vt non consorti accrescat, sed ad dominū reuertatur. Nec obstat, quod non loquantur feudales cōstitutiones de feudo à Principe concesso, sicut loquitur de liberalitate Imperiali. d. l. vn. quia generaliter disponēs ac loquens, omnes casus comprehendit, qui sub verbis generalibus continentur. l. Si duo. in fi. ff. de admi. tuto. latè Ripa ad l. 1. nu. 51. ff. de vulg. & pupill.

CAPVT LXIV.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo, quod duobus simul concessum est, & cuiuslibet eorum descendentibus.



D Nter omnes cōuenit feudo duobus concesso in solidum, aut verbis distributiuis, puta, *eorum cuilibet*, altero sine masculis decedente, alteri portionem eius accrescere, quasi ambobus in solidum feudum datum sit: Sed controuersia est, quādo duobus concessum est feudum, & cuiuslibet heredibus seu descendentibus, an idem sit dicendum: Etenim idem hoc in casu statuendum esse, respōdit Soc. sen. in cons. 66. nu. 14. lib. 3. Alex. in cons. 30. col. 4. vers. Tertiò cōsidero. lib. 1. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. cap. 1. nu. 16. 17. & seq.

Sed contrarium docuerunt Petrus Ancharanus in consi. 245. Alex. in cons. 13. & 17. lib. 5. Curt. iun. de feudis 2. parte 2. partis, nu. 79. Ronchegallus ad l. Eandem. nu. 132. ff. de duob. reis. Bellonus cons. 20. nu. 4. Cur. sen. cons. 55. Hieron. Gabriel. consi. 87. nu. 3. Dom. meus Cephalus in consi. 345. nu. 19. lib. 3. Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, c. 12. nu. 88.

Fundamentum prioris sniæ est in eo positū, quod per illa verba: *Et cuiuslibet eorū heredibus, siue descendentibus* videatur heredibus vtriusque in solidum facta cōcessio feudi:

feudi: Ex quo ſumi poteſt argumentũ, multò magis conceſſum videri ipſis principalibus in ſolidum ipſum feudum, quia ipſi magis dilecti ſunt, & chari domino cócedenti, quàm hæredes eorum, ideoq; magis eis conſulere dominus voluiſſe exiſtimandus eſt, quàm alijs.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ in hoc eſt poſitum, quod verba illa; *Et cuiuſlibet eorum*, ad hęredes tantùm referantur, & cóſequenter non ad ipſos, quibus feudum conceditur. Ideo in illis regula iuris obtinet, ſit locus non vt iuri accreſcendi.

Sed hanc ſniam magis mihi perſuadet argumentum, quo vſus eſt D. Cephalus pceptor meus. Cùm feudũ conceditur duobus puta Titio & Sépronio, conceſſum videri pro rata & virili portione. arg. l. Reos. §. Cũ in tabulis. ff. de duob. reis. l. 1. C. ſi plures vna ſenten. l. ſi mihi, & Titio. ff. de verb. obli. Cóſequenter illa verba: *Et cuiuſlibet eorum hæredibus*, hunc ſenſum inducere, vt & hæredibus eorum pro rata eadem ac virili portione feudũ acquiratur, quia ex perſona hæredis non mutatur cauſa obligationis, ſed eadem manet. l. 2. § Ex his. ff. de verb. oblig.

Argumentum contrariæ ſniæ locum baberet, ſi conſtaret, per illa verba, quemlibet hęredum in ſolidum vocari ad feudum, ſed boc valdè dubiũ eſt. Nam verba illa, *Cuiuſlibet eorum*, non attribuuntur vnicuiq; in ſolidum, ſed ſecundùm naturã ipſius cõceſſionis factæ, vt videlicet, quilibet hæres obtineat partẽ authoris ſui in feudo.

CAPVT LXV.

De meliorationibus & ſumptibus in rem feudalem factis à vaſallo, quomodo, feudo ad dominum reuerſo, eorum ratio habenda ſit.

AIt tex. in cap. 1. §. Si vaſallus. tit. Hic finitur lex, & conſuetudines Regni incipiunt: *Si vaſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit: & contigerit poſtea vt vaſallus ſine filio maſculo decedat: dominus aut patiatur ædificium auferri, aut ſoluat precium meliorationis*. Iam controuerſia eſt circa preciũ meliorationis, an taxari debeat ſecũdùm æſtimationem ædificij & meliorationis (*eo ſcilicet vſque duntaxat, quo fundus precioſior factus eſt, et ſi plus precij fundo acceſſit, ſolum quod impenſum*, iuxta l. In fundo 39. ff. de rei vend.) an verò ſecundùm æſtimationem ipſorum ruderum, & materiæ ita ablatæ, vt videre licet ex Baldo in d. §. Si vaſallus, & in c. 1. §. Si quis de manſo, de cõtrouerſ. inueſt. Berono queſtione famil. 96. Claro. §. Feudum. q. 83. verſ. Sed quæro. Rolandus à Valle in cõſi. 28. nu. 10. lib. 1. Tiraquell. de retract. Conuent. Gloſ. 7. §. 1. nu. 6. Ludolpho Schradero de feudis, par. 2. 9. partis, ſectione 2. num. 93. Hartmannn Piſtoris q. 42. lib. 2. parte poſteriori.

Fundamentum eorum, qui putant æſtimanda eſſe ruderum, poſitum eſt in l. In fundo. ff. de rei vend. in illis verbis: *Conſtituimus verò, vt ſi paratus ſit dominus tantũ dare, quantum habiturus eſſet poſſeſſor, his rebus ablatis, fiat ei poteſtas*. Et ratio eſt, quia non plus intereſt poſſeſſoris; alioquin dominus permittet ędificiũ auferri: quo ablato nil amplius obtinebit: Et videtur eſſe optima proportio inter hæc duo, quæ ſunt in electione domini, vt nimirũ vel patiatur ædificium tolli, vel ſoluat æſtimationem ruderum, hoc eſt materiæ ædificij ſeorſim conſideratæ. Talis proportio non eſt inter ſumptum ipſum meliorationis ſiue ædificij, & patientiam illam, vt tollatur ędificiũ: quia maior ſine dubio eſt ſumptus ædificij, quàm æſtimatio ruderum, quæ ſublato ædificio vendi poſſunt.

Contrariæ autem ſniæ fundamentum eſt in verbis dicti §. Si vaſallus, quib. diſertè cauetur vel dñm pati debere, vt ædificium tollatur, vel preciũ meliorationis ſoluere. Non enim text. dicit, ſoluendum eſſe pretium ruderum, ſed meliorationis: Eſt autem melioratio, ipſum ædificium, vti nunc eſt, conſideratũ, non vt deſtructum

A in ruderibus apparet. Ad l. In fundo, reſpondent, illã loqui in bonę fidei poſſeſſore, non autem in eo, qui ab ipſo rei domino cauſam habet, ſicuti vaſallus: is enim videtur plus iuris habere conſequendi eiuſmodi expenſas.

Ego verò hanc cõtrouerſiam ditimendã eſſe puto ex reſponſo d. l. In fundo, ſeruata Cellius diſtinctione, vt ſi tale ſit ædificium, qd dñs eſſet facturus, quia diues erat, & facilè illud facere poterat, & veriſimiliter feciſſet: tũc ſoluendum ſit precium meliorationis, non ruderum, vt in d. l. In fundo. Cæterùm, ſi dñs ſit pauper, ac proinde tantùm impendere nõ potuiſſet, tũc pati debeat ędificiũ tolli, vel ſoluere precium ipſorum ruderum, ſed Celſum audiamus: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, ſi ædificaſti aut conſeuiſti, deinde euincitur; bonus iudex varie, ex perſonis, cauſiſq; conſtituet. Finge & dominum eadem facturum fuiſſe: reddet impẽſam, vt fundum recipiat, eo vſq; duntaxat, quo pretior factus eſt. & ſi plus fundi precio acceſſit ſolum quod impenſum eſt. Finge pauperẽ, cui ſi reddere id cogatur, laribus, ſepulchris auitis carendũ habeat, ſufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quæ poſſis: dum ita ne deterior ſit fundus, quam ſi initio non foret ædificatũ: Conſtituimus verò, vt ſi paratus ſit dominus tantũ dare, quantum habiturus eſſet poteſtas, his rebus ablatis fiat illi poteſtas.*

B Nil moror differentiam illam inter vaſallum & bonę fidei poſſeſſorem, quia in vtroq; eadem æquitatis ratio viget: licet enim vaſallus à domino cauſam habeat, & bonæ fidei poſſeſſor non item; quid hoc ad ſumptuum rationem facit? cùm abſq; omni dubitatione ſumptuum deductio bonæ fidei poſſeſſori cócedatur, quia ſe dominum putat, & in percipiẽdis fructibus idem iuris, quod dominus habet. l. Qui ſcit. §. Porrò. ff. de vſuris?

Magis mouet quod textus feudiſticus non adhibuit hanc diſtinctionem: ſed quid vetat eam adhibere, cùm res ſit dubia, nec verba in feudis ita ſint generalia ac præciſa, vt interpretationem excludant quæ ex legibus fit, C ex bono & æquo? quod enim omiſſum eſt in feudis, ſupplendum eſt ex iure noſtro, c. 1. de feudi cogni.

CAPVT LXVI.

Poſſitne Epiſcopus ſolus, abſq; cõſenſu Capituli, in feudum dare rem ad ſe reuerſam, infeudari ſolitam?



REm ſolitam infeudari ad Epiſcopum reuerſam, vtrum à ſolo Epiſcopo in feudum dari poſſit, abſque conſenſu Capituli, non eſt eadem omnium ſententia. Diſtinguendum multi putant; vtrum res communis ſit Epiſcopo & Capitulo, & conſequenter eius conceſſio ſimul ad Epiſcopum & Capitulum pertineat, an verò ad Epiſcopum ſolum. Priore caſu non poſſe Epiſcopum ſolum infeudare arbitrantur: Poſteriore antẽ caſu poſſe. Alij di D cũt indiſtinctè ſubinfeudari poſſe ab Epiſcopo ſolo, abſque cõſenſu Capituli. Vide Baldum, Afflictũ, & alios interpretes in c. 1. de his qui feudũ dare poſſunt, Curtium iuniorem de feudis, in 2. parte in princ. in 2. quęſt. Ludolphum Schraderum de feudis, par. 2. c. 4. nu. 17.

Prioris ſententiæ ratio eſt manifeſta, quia ſi res communis eſt Epiſcopo & Capitulo, iuris rationi non eſt conſentaneum, vt Epiſcopus ſolus de ea aliquid decernat abſque conſenſu Capituli. Neq; enim de re aliena quiſquam rectè diſponit, abſque domini conſenſu.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt in cap. ſecundo de feudis, ibi. *Feudum decedentis liberè, ſi videris expedire, concedas*. Sed hoc non eſt ita accipiendum, vt proinde liceat Epiſcopo, rem ſibi & Capitulo communem, liberè concedere, abſque conſenſu Capituli: Non enim ſummus Pontifex ibi de hac facti ſpecie loquitur, in qua ſcilicet res communis eſt Capitulo, & rectè intelligi id poteſt, *liberè concedas*, ſcilicet vel ſolus, ſi conceſſio ad ſe ſolum ſpectat, vel adhibito conſenſu Capituli, ſi res ad Capitulum quoque ſpectat. Denique ex

vno verbo generali non licet Summi Pontificis responsum ita exaudire, vt rationi repugnet & legi. Concludo igitur, eorum sniam, qui distinguunt an res communis sit Episcopi & Capituli, necne, vt priore casu etiã Capituli consensus requiratur, posteriori autem solus Episcopus eam in feudum dare possit, probabiliorem videri,

CAPVT LXVII.

Quid requiratur, vt res dicatur solida in feudum dari, & primò circa tempus.

VAriatum quoq; sententijs est, qñ res Ecclesiastica dicatur solida in feudũ dari. Prima opinio fuit, requiri tp̃s, cuius initij memoria non extet, vt refert Glos. in c.1. in vers. Antiquitus. de his qui feu. dare poss. Argm̃ est illud quod tex. ibi dicit: *Feudum dare possunt Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, Abbatissa, Præpositus, si antiquitus consuetudo eorum fuerit feudum dare*, Et idẽ verbum *antiquitus* repetitũ est in c.1. Episcopum vel Abbat. &c.

Secũda est opinio, requiri tempus triginta annorum, vt refert Glo. loco proximè citato. Adstipulatur hic sententiæ, quod hoc videtur tempus longissimum, & sufficiens ad præscriptionem cuiuscunque iuris, l. Sicut. C. de Præscrip. 30. vel 40. annor.

Tertia est opinio Iacobi Beluisij, And. Iser. & Iacopi. in verb. in feudũ. nu. 37. Zasij par. 5. nu. 52. requiri spatiũ annorũ quadraginta, qm̃ ad præscribendas res Ecclesiasticas idem tempus requiritur, vt in d. c. de Quart. de Præscript. & in Nouell. Hæc constitutio innouat const. 111. ex qua sumitur auth. Quas actiones. C. de sacros. Eccles.

Quarta fuit snia Baldi, ita distinguentis. Aut talis consuetudo feudum dandi damnosa est Ecclesiæ, & tunc requiritur spatiũ tpis, cuius initij memoria non extet. Aut Ecclesiæ vtilis est, & triginta anni sufficient. Aut nõ constat an sit vtilis vel damnosa, & tunc requirũtur quadraginta anni. Ita Bal. in d. c. 1. nu. 8. de his qui feu. dare pos.

Priori membro suffragatur, quòd vulgò dr̃, tanti temporis præscriptionẽ vim, habere priuilegij. l. Hoc iure, §. Ductus aquæ. ff de aqua quot. & æstiua. l. 1. §. vlt. & in l. In summa. §. Varus. ff. de aqua plu. arcen. c. Super quibusdam. §. Præterea. de verb. sign. c. 1. de Præscript. lib. 6.

Alteri suffragatur, quod hic nõ agitur de Præscriptione rerum Ecclesiasticarum, sed de consuetudine inducenda, ex cõsensu quodam Ecclesiæ, quod triginta annis optimè colligitur.

Postremo denique membro distinctionis Baldi fauet regula iuris, quæ annorum quadraginta spatium in reb. Ecclesiæ præscribendis requirit, d. cap. De quarta. & d. Auth. quas actiones.

Quinta fuit aliorum sententia, decem annos sufficere, quia longa cõsuetudo inducitur decennio. argum. l. vlt. C. de emancip. libero,

Sexta fuit snia Curtij iunioris de feudis, parte 2. post nu. 7. vers. *Idcirco omnibus rectè pensatis*, distinguendũ esse, vtrũ ab initio res Ecclesiastica in feudũ data sit absque iuris solennibus, & tunc requiratur tempus hoĩum memoriam excedens, arg. c. 1. de Præscript. lib. 6. An verò ab initio data sit adhibitis solennibus, & tunc absque vllo tpis cursu res dicatur solida in feudum dari, ac proinde si ad Ecclesiã reuertatur, Prælatus eam liberè, si viderit expedire, in feudũ dare poterit. arg. c. 2. de feudis.

Postrema est sententia Ludolphi Schraderi de feudis, parte 4. cap. 2. num. 25. is amplectitur sententiam Curtij iunioris, in dictis duobus casibus, quando videlicet rem ab initio solenniter in feudum datam fuisse, vel minus solenniter constat, vt priore casu nullus temporis cursus requiratur, posteriore verò tempus hoĩum memoriam excedens necessarium sit, eisdem argumentis quæ attulit Curtius iunior; Cęterùm si non constet, vtrum ab initio res fuerit in feudum data, solennibus adhibitis necne, putat ille requiri spatium quadraginta annorum.

In tanto opinionũ conflictu ipse opinor, non erraturum eum, qui hãc rem nullo iure decisam, arbitrio prudentis iudicis cõmittendam existimauerit. arg. l. 1. ff de iure delib. l. 1. ff. de effractorib. Nã & cũ quæritur, quanto tpe consuetudo introducta obfirmetur, eorũ snia valet, qui nullum certum tempus præfiniunt, & id iudicantis arbitrio committunt, vt declarat Menoch. de arbitr. iud. casu 38. nu. 6. Si tñ aliquid certi statuendum sit, eorum sniam iuri magis proximè accedere iudico, qui annorũ quadraginta curriculum exigunt, argumento sumpto ex c. 5. de præben. lib. 6 vbi sum. Pontif. *Cùm de beneficio Ecclesiastico*, inquit, *consueto clericis secularibus assignari, prouideri mandatur, de illo debet intelligi, quod tanto tempore ab vno, vel pluribus secularibus clericis institutis in eo rectoribus extitit continuè ac pacificè gubernatum, vt præscriptio legitima sit completa.* Præscriptio aũt legitima rerum Ecclesiasticarum est quadraginta annorum, c. De quarta. de Præscript. d. Auth. Quas actiones. Et licet res in feudũ præscribatur annis triginta, vt habetur in c. 1. §. Si quis per triginta, si de feudo fuerit cõtrouers. tñ id locum habere intelligitur in priuatis, nõ autem in Ecclesia, pp iuris regulam generalem, in Ecclesia requirẽtem spatium annorũ quadraginta, vt declarat optimè Bald. de Præscript. 4. parte 4. partis princ. quæst. 12. vers. Primò igitur quæro, nu. 4. & Zasius parte 6. nu. 31.

Reliquæ aliæ opiniones nullo firmo nituntur fundamento. Prima enim frustrà requirit spatium temporis memoriam excedentis, cùm sufficiãt quadraginta anni ad consuetudinem & præscriptionem inducendam.

Secunda opinio, non rectè moderatur tempus ad triginta annorum spatiũ, ex l. sicut, quia maius tempus nimirum 40. annorum ad res Ecclesiarum præscribendas constitutum est,

Tertia opinio non rectè docet in primo & secundo membro, quia si modò res antiquitus consueta sit in feudum dari ab Ecclesiæ prælato, poterit Episcopus in feudum dare, vt in d. c. 1. de his qui feud dare poss. vbi illud non discutitur, an Ecclesię sit illa concessio *vtilis vel dãnosa*. Nec enim si minus expedierit Ecclesiæ, *prælatus* dabit rem ad se reuersam in feudum, memor eius quod sum. Pontif. monet in d. c. 2. de feudis, *si videris expedire*, quare frustrà illius temporis, quod memoriã hominum excedat, in priori membro præsidium imploratur. In secundo autem membro, nec vlla temporis præscriptio necessaria est, cùm in vtilitatem Ecclesiæ res cedat. arg. d. c. 2. de feudis, & dato quod necessaria esset, illa nõ trigennalis, sed quadraginta annorum necessaria foret.

Quinta sententia malo nititur fundamento in l. vlt. C. de emanci. liber. quia text. ille non loquitur de longa consuetudine, circa res Ecclesiasticas. Nostra quæstio de re Ecclesiastica, antiquitus in feudum dari solita, quare nihil obstat.

Sexta & septima opinio frustrà requirit tempus memoriam hominum excedens. frustra distinguit, vbi lex nullam distinctionem requirit, Nam nil aliud lex requirit, quàm vt *consuetudo antiquitus fuerit feudum dare*. d. c. 2. de his qui feud. dare pñt: Sicut aũt tpe quadragenario inducitur pręscriptio contra Ecclesiam, ita meritò consuetudo induci poterit feudum dandi, si Ecclesiarũ pręlati per annos quadraginta feudum dederint.

CAPVT LXVIII.

Quot requirantur actus, ad inducendam infeudandi consuetudinem.

ALtera est controuersia, quot requirantur actus ad consuetudinem inducendam in proposita quæstione, vt Episcopus siue Prælatus Ecclesiæ rem in feudũ dare possit. Binum actum requiri ac sufficere authores sunt multi, Zasius de feudis parte

parte 5. nu. 52. Iacopin. in ver. in feudum, nu. 37. Afflic. in c. 1. nu. 17. de his qui feu. date pos. Nullam verò legē habent hoc dicentem; Nam l. 3. C. de Episc. aud. opponit quidem delictum semel commissum, consuetudini delinquendi, sed non docet consuetudinem ex bino actu generaliter induci. Obstarent enim fortasse leges, quæ frequentiam actuum requirunt. l. 1. C. quæ sit longa consuetu. l. 3. C. de ædif. priua.

Alij igitur dixerunt, sufficere vnum actum solennem, videlicet rē in feudum semel datam esse ab Ecclesiæ prelato solennibus adhibitis, ita Cur. iun. in 2. par. feud. q. 3. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 4. c. 2. nu. 25. Fundamentum est in c. 2. de feudis, vbi Summus Pōtifex Episcopo licere scribit, rem ad Ecclesiam reuersam, alij in feudum dare: Non requirit Summus Pontifex multos actus, sed vnum tantùm, qui solennis præsumitur. Quod si non constet, vtrum prima concessio in feudum ab Ecclesia facta fuerit solenniter; tunc nihilominus consuetudinem ad hunc effectum induci Ludolphus scribit, si lapsi fuerint anni quadraginta: quia ex huius temporis lōgissimi lapsu, solennia iuris præsumenda sunt.

Cæterum Iacob. Menoch. de arbit. iud. casu 81. nu. 5. non putat vnum actum sufficere, quantumuis solennem, quia tex. in c. 2. de feudis, etsi nihil de actuum pluralitate dicat, nō concludit tamen vnum sufficere: Existimat ergo totum hoc arbitrio iudicis esse relinquendum.

Ego in hac quæstione sic statuo. Quandoquidem iure definita non est, iudicis arbitrio committēdam esse arg. l. 1. C. quæ sit lon. cōsue. ibi: *Præses prouinciæ probatis ijs, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere seruata sunt, causa cognita statuet*. Sed si semel fuerit in feudum res data solenniter, non video cur Prælatus Ecclesiæ nō possit rem ad Ecclesiam reuersam in feudum rursus dare, si viderit expedire, vt loquitur Summus Pōtifex in d. c. 2. de feudis. Etsi enim non declaret ibi Pontifex maximus, vnum actū solennem sufficere; id tamen ipsius menti valde cōgruit, & iuris cōsonat rationi, quia cùm solēnitates iuris in ea concessione semel adhibitæ sunt, ex eo manifestum est, & vtile Ecclesiæ fuisse & necessariam: Quare si iterum expediat, nil proponi video, cur Prælatus nequeat eam rem in feudum concedere.

Si verò non constet primum actum solennem fuisse, non parum momēti habebit tempus longissimum, cum eo coniunctum 40. annorum; licet nō negauerim ex iteratione rem clariorem reddi.

CAPVT LXIX.

Princeps castrū cum iurisdictione in feudum concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio cōcedere.

GRauis est cōtrouersia inter doct. vtrum si castrū cum iurisdictione in feudū à Principe concedatur, etiā merum & mixtum imperiū concessum videatur. Aliqui affirmāt: Aliqui negant. Alij aliis atq; aliis distinctionib. vtūtur. Vide Io. And. ad Spec. tit. de Iurisd. om. iud. Oldrad. cons. 252. Castr. cons. 187. nu. 4. lib. 2. Alex. cons. 35. lib. 4. Paris cons. 8. nu. 5. & cons. 9. nu. 12. lib. 1. Felyn. & Alcia. in c. Quod sedem, nu. 27. de off. ord. Iasonem, Cagnolū, Deci. Curt. iuni. Longoualliũ, & alios ad l. Imperium, ff. de iurisd. om. iud. Couar. pract. quæst. c. 1. nu. 10. Menochium de Præsumpt. lib. 3. præsum. 97. nu. 15. & seq. Rolan. cons. 42. 48. lib. 2.

Ego ne diu suspensum teneam lectorem in hac facti specie, merum & mixtum imperium in vasallum transire non dubito. Fundamentum meum est, quia beneficiū principis laríssimè interpretandum est. l. pen. ff. de const. princ. Sed iurisdictio larissimè sumpta, comprehendit et merum & mixtum imperium. Ergo merum & mixtum imperium, concessa iurisdictione, videtur concessum.

Assumptio probatur ex l. 1. ff. de off. eius cui mand. est. A iurisd. ibi: *Iurisdictionem suam mand*. Illa enim verba de mero imperio accipienda sunt, & in §. Iusiurandum, in Auth. de defens. ciuit. ibi: *Præter illa sola quæ iurisdictione egent, & ex ipsa iudicum authoritate pendent*. Vbi Glo. *Iurisdictione*, inquit, *scilicet maiori, vt merum imperium vel mixtum*.

Primū argū contrariæ sñiæ est ex l. 1. ff. de off. eius. l. Solet, ff. de off. procons. & lega. l. Nemo potest gladij, de reg. iur. cum simil. quibus declaratur merum imperium delegari non posse: Respondeo, eas leges loqui de magistratib. non aūt de principe, quem certum est causis meri imperij delegare posse: magistratus autē non possunt, quibus specialiter legibus, vel senatusconsultis, vel Principum constitutionibus demandatur, vt in d. l. 1.

Secundum argumentum est ex l. Si in aliquam, 7. ff. de off. procōs. & leg. *Cum plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romæ quasi magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent*. Ergo aliter dicendum videtur, si non plenissima iurisdictio sit concessa. Respondeo, negando consequentiā: Etsi. n. plenissima iurisdictio plus contineat, & vbi illa cōceditur, res sit magis perspicua, nihil tñ prohibet, quominus idē respondendū sit, vbi iurisdictio conceditur simpliciter.

B Tertium arg. sumi pōt ex l. vlt. ff. de off. eius, cui mād. est iurisd. *Mandata iurisdictione priuato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari, &c.* Respondeo, non loqui de iurisdictione à principe mādata, quia illa cùm larissimè interpretāda sit, etiam merum imperium continebit: vt. s. in eum sit translatum; cui iurisdictio cōcessa est, non etiam vt ipse delegare alteri queat.

Quartum arg. merum imperium est ex regalib. cap. 1. Quæ sint rega. ibi: *Mulctarum pœnarumq́, compendia*. Ergo in vasallum non transit, nisi nominatim fuerit concessum, arg. c. Quod sedem, de off. lega. Respondeo, hic nominatim concessum videri, cùm iurisdictio sit cōcessa, vt patet ex d. c. 1. ibi: *Potestas creandorum magistratuum ad iustitiam expediendam*, ponitur inter regalia.

C Iurisdictionem autem habens, videtur in consequentiā habere potestatem constituendorum magistratuum. l. Imperium, in fine, ff. de iurisd. om. iud.

CAPVT LXX.

Si vasallus de castro inuestitus sit à Principe, cum iurisdictione meroq́, et mixto imperio, an habeat ius confiscandi, idest, compendium & emolumentum pœnæ confiscationis?



CAstro in feudum dato, cum iurisdictione meroq́; & mixto imperio, etiam ius confiscandi concessum videri plurimi quidē affirmant, sed nulli rectè probant. Affirmant enim Iacopin. in ver. Cum mero & mixto imperio, nu. 8. 9. Egidius Bossius tit. de regal. nu. 15. Guido Papæ decis. 76. Brun. cons. 31. in 2. Natta cons. 240. nu. 5. Rolan. à Valle, cons. 78. lib. 2. Martin. Garatus Laudensis cons. 37. & ibi latè in additionibus: nouissimè alios citans M. Ant. Peregri. de iure fisci, lib. 1. tit. de his, qui habent iura fiscalia, nu. 89. cum seq. Ludolph. Schrader. de feud. sectio. 3. par. 10. nu. 92.

D Probare aūt id conantur duobus potissimum argumētis. Primum est, quia merum imperium latè patet ex sententia Bart. & aliorum, in l. imperium, ff. de iurisd. om. iu. Nam aliquot gradus ij constituunt, & docent confiscationes ad primū eius gradum pertinere: ergo vasallus, qui merum & mixtum imperium habet, ius confiscandi habere videtur, tanquam pertinens ad merum imperium, & præcipua illius pars atq; potestas.

Alterum est argūm, quoniam vasallus ita de castro inuestitus consequi debet emolumenta omnia, & fructus qui ex castro & ex iurisdictione, ac mero mixtoque imperio percipi possunt. Habet enim vtile dominium feudi.

di. Pęnæ autem, mulctæ, confiscationes, videtur esse fructus, qui ex iurisdictione & imperio proficiscuntur: Ergo ad ipsum vasallum pertinere videntur.

Sed quod attinet ad primum argumentum, illud solidum ac firmũ esset, si constaret confiscandi ius ita pertinere ad merũ imperium, vt omnis qui merum imperiũ habet, ius confiscandi habere diceretur: quasi ius confiscandi mero imperio annexum sit, vel pars eius siue gradus dici possit. Sed non est ita: quia ius confiscandi est vnum ex regalib. & iurib. fiscalibus, quæ principi reseruata sunt; & ideo non transit in vasallum, nisi specialiter ei concedatur. arg. c. Quod sedem, de off. leg.

Et hic est error, mea sñia, confundere iura fiscalia, quę & regalia siue regaliæ dicuntur, cum mero imperio: cũ hæc soli principi cõpetant, illud autem etiam magistratibus competat. Hinc manifestum est, magistratus merũ imperium habere, non tamen ius confiscandi, hoc est, sibi attribuendi bona confiscata, vt post Cumanum declarat Bossius, & nemo dubitat, in tit. de regaliis, nu. 15. Ergo & in vasallis idem responderi potest, nisi doceant sibi fiscalia concessa fuisse.

Nec ridiculum est (quicquid contra existimet Bossius loco annotato) affirmare, vasallum exercitiũ habere iurisdictionis, meriq; & mixti imperij, veruntamen pęnas & confiscationes non habere: licet enim inuestitura illũ constituat procuratorem in rem suam, vt ipse loquitur, non tamen ei tribuit fiscalia iura. Quare tanquam vasallus ac iure proprio iurisdictionem exercebit, non etiam regalia iura sibi vendicabit.

At inquit Rolan. à Valle, d. cons. 78. nu. 9. Cõcesso mero imperio, videtur etiam concessa bonorum publicatio, arg. l. 2. C. de bonis vac. lib. 10.

Sed nullũ præstat arg. illa lex. Imperator Constant. *Si quando annotationes nostra contineãt possessionẽ siue domũ, quam donauerimus integro statu donata, hoc verbo ea vis continebitur, quã ante conscribebamus cũ adiacentib. & mãcipiis, & pecorib. & fructib. & omni iure suo, vt ea quæ ad instructum possessionis vel domus pertinent, tradenda sint.* Quid hæc quæso cum re nostra?

Subdit idẽ Rolan. *vasallus æquiparatur habenti iurisdictionẽ in dominio & administratione, c. 1. §. Si minister ialis, de pace te. Sed trãslato mero imperio, ĩ administratione intelligitur ẽt translata confiscatio. l. 1. C. ne sint iussu &c.* *Si minister alis*, inquit tex. *alicuius domini interfe guerram habuerint, comes siue iudex in cuius regimine eam fecerin per leges & iudicia ex ratione persequatur.* Quid hæc ad Rhombum?

Imperator Theodos. *Nulli iudicum liceat (exceptis iis, qui in summa administrationis positi sunt potestate) proscriptionis tempestate totius substantiæ aliquem percellere, nisi ad nostras aures hoc ipsum referatur.* Hic nullum verbum vide pro argumento Rolandi.

Sed is ita pergit, *quia castrum est donatarii, Ergo et emolumentum confiscationis, quod ex eo procedit. l. Solum. §. Meum. ff. de rei vend. Et quia sibi data est potestas in personis, fortius in rebus. l. 2. §. 2. C. de agentib. in reb. lib. 12.*

Ad primum, nego cõsequentiam, & ratio negationis est. quia vasallus habet quidem vtile dominium castri, merum mixtumq; imperium, sed non habet regalia & fiscalia iura: illa enim principi reseruata esse videntur, nisi in vasallũ nominatim transferantur, quia pertinent ad principem, nec sunt annexa mero imperio.

Ad secundum, iterum consequentiam nego, ratio negationis est, quia potestas animaduertendi in facinorosos mero imperio continetur. l. Imperium, ff. de Iurisdi. Potestas verò confiscandi non continetur, quia pertinet ad principẽ. Vasallus quidem pęnam confiscationis statuere potest, cùm punire delinquentes possit, nõ autem sibi bona confiscata applicare, eaq; occupare: quia compendia confiscationum, inter regalia numerantur.

Illa verò lex malè citatur à Rolando: Voluit citare. l. 4. Vbi Impera. Zeno: *Absurdum est. n.* inquit, *vt in eius*

A *salutem vel existimationem valeat quisquam proferre sententiam cuius de nulla re possit pecuniaria iudicare.* Hoc argumentum vasallo in quæstione nostra obiici non põt, quia & de re pecuniaria, & de pęna sanguinis & confiscationis iudicare poterit, sed non sibi poterit pęnam, fiscalia iura non habens, arrogare.

Alterũ arg. est. ꝙ pęnæ & confiscationes bonorũ fructus sint iurisdĩonis. Rñdeo, hãc propositionem esse Bar. in l. vlt. ff. sol. mat. & multorũ aliorũ, quos Tiraq. cõmemorat de retract. conuen. §. 5. Glo. 4. nu. 21. sed absolutè verã non esse, nulla lege, nulla rõne probari, quia confiscationis pęnã, & alias pęnas irrogat quidem is, qui merum habet imperium, sed eius cõpendia & emolumenta ad principem spectant, quia sunt regalia & principi reseruata, vt in d. c. 1. quæ sint regaliæ. Ergo ad alios non spectant, iis exceptis, quibus ipse specialiter concesserit.

Cõtrariam igitur sententiam, quam post alios, quos adducit (licet pauci eorum fideliter citentur) secutus est
B Afflict. in d. c. 1. vers. Condemnatorum, num. 39. quæ sint regalia, & ipse amplector, eo argumento vsus, quod iura fiscalia distinguenda sint à iurisdictione, & mero imperio, non autem ita temerè, & absq; vlla veterum legũ authoritate confundenda. Si quis verò communem sententiam, vsu fortè receptam sequi maluerit, lata erit via vt verbis vtar Phocylidis apud Plutarchum.

CAPVT LXXI.

Quando res Ecclesiastica in feudum dari solita, efficiatur de mensa Ecclesiæ, & proinde non possit amplius infeudari, nisi solennibus adhibitis.

SEd rursus controuertitur, si res ecclesiastica in feudum dari solita sit, & ad Ecclesiam reuertatur, quid requiratur, vt de mensa Ecclesiæ efficiatur, vt proinde in feudum amplius dari non
C possit. Hanc quæstionem latè Curt. iunior exequitur de feudis, p. 2. q. 5. & latiùs diligentiusq; Menoch. de arbi. iud. casu 433. & in cons. 79. lib. 1. & de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 87. Zasius p. 5. nu. 49. Ludolph. Schrader. p. 4. c. 2. nu. 24. Intellexi ex his cõem esse sñiam ex tacita vel expressa declaratione prælati rem censeri applicatam mensæ Ecclesiæ, ex doctrina Bar. in l. vlt. C. de bon. vac. lib. 10. Sed contrarium docuisse Io. Imol. in c. Vt super, post nu. 7. de reb. eccl. non alie. eo argumento, quod nõ sit in potestate Prælati mutare statum rei Ecclesiasticæ: cui argumento satisfactum hactenus non est, licet nõ negauerim, textum, quem citat Imolensis, ad rem non pertinere, in c. Cùm de beneficio, de præben. lib. 6.

Res, mea sententia, sic se habet. Ex l. vlt. C. de bo. vac. lib. 10. in qua fundm̃ habeat Bar. sñia, vnum illud colligi potest, quo pacto res applicari mensę Episcupi possit, quia formam illa lex continet, qua res fisco applicãtur. & l. 3. eod. tit. Cæterùm, an Prælatus possit ita declarãdo
D efficere, vt res mutet statum suum, ne amplius in feodũ dari possit, non rectè quis dixerit, illis legibus declarari aut colligi posse. Non rectè etiam adfertur pro eadem sententia tex. in d. c. Vt super, de reb. eccl. non alien. quia summus Pontifex non declarat ibi, an res effecta sit de mensa, sed ait, *Siue intelligantur de mensa, siue non, vt non alienentur consule us existimamus.*

Non puto Episcopi declarationem tacitè vel expressam impedire, ne res in feudum dari possit, secundum antiquam consuetudinem, si Prælatus viderit expedire, vt loquitur tex. in c. 2. de feud. *Quia nemo potest sibi eam legem imponere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat.* l. Siquis in princ. de legat. 3. Et multò minus successori suo legem eiusmodi potest imponere. arg. cap. Innotuit, de elect. ibi: *Qui successoribus suis nullum potuit in hac parte præiudicium generare pari post eum, imò eadem potestate functuris, cum non habeat imperium par in parem, &c.* & Gloss. ibi adducit concordantes textus.

Quid

Quid ergo? Nihil est tam naturale, quàm vnumquodque solui eo vinculo quo ligatũ est. l. Nihil tam naturale, de reg. iur. c. 1. eod. tit. Cùm itaque Ecclesiæ consuetudo est in feudum dandi res alienas, contraria consuetudine ad eam tollendam opus erit, quæ requirit longum tempus, nec sufficit semel vel bis contrarium actum esse. Et hoc est, quod dicitur: *Temporaria permutatio ius prouinciæ nõ innouat*. l. Nemo, 164. §. Temporaria de reg. iur. Et ita doctores tradunt. Consuetudinem tolli eo modo quo inducta fuit, nimirum per contrariam consuetudinem. Vide Decium & Cagnol. in d. §. Temporaria. Quare in proposita quæstione sic concludo, rem in feudum antiquitus dari solitã, ad Ecclesiam reuersam, tunc censeri de mensa Ecclesiæ effectam, ad hunc effectum, vt deinceps dari non possit, nisi solennibus adhibitis; cùm pet cõtrariam consuetudinem in feudum dari desierit, & solita longo tempore fuerit à Prælato retineri.

CAPVT LXXII.

Vtrum Prælatus Ecclesiæ laicis in feudum concedere possit decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Concilium Lateranense concedi solitas?



VEra & cõis sñia est, non licere Epõ laicis in feudum concedere decimas ad Ecclesiam reuersas ante Concilium Lateranense solitas cõcedi, quia Cõcilij Lateranensis prohibitio generalis est, ne laicis decimæ concedãtur. c. Prohibemus, c. Quãuis, de decimis, c. ad Apostolicã, de his quæ fiunt à Prælatis sine consensu Capituli. c. 2. §. Sanè, de decim. lib. 6. & alibi. Ita docuerunt Io. And. in d. c. Prohibemus, & ibidẽ quoq; Panor. Calder. cons. 1. tit. de feudis. Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 8. Zasius de feudis, par. 3. nu. 25. Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 17. nu. 5. vers. Præter hæc. alios citat Menochius de Præsumpt. lib. 6. Præsump. 86. post nu. 3.

Cõtrarium docuit Cardinalis Florẽt. in c. 2. de feudis, Gloss. in c. Prohibemus, & alij quos commemorant Curtius iunior, Couar. & Menoch. locis proxime citatis.

Fundamentum est in c. 2. de feudis, vbi res ad Ecclesiam reuersa potest in feudum dari. Respondetur, eacipiẽdas esse decimas: quia decimæ specialiter in feudum prohibentur dari post Concilium Lateranense.

Secundò, quia Lateranense Concilium prohibet decimas laicis dari in feudum de nouo, antea enim concessas non aufert. Non videntur aũt nouiter dari decimæ, quæ olim datæ fuot ante Concilium Lateranense, sed potius continuari. Respondetur, cùm decimæ proponãtur ad Ecclesiam reuersæ, & consequenter Prælatus eas retinere possit, & nemini dare; si alijs dederit, noua potius concessio videri potest, quàm antiqua. Argumentum autem procedit, cùm dãtur decimæ alijs successoribus eorum, quibus competebant, ante Concilium Lateranense, ibi cõtinuatio est: in hac nostra facti specie noua, eaque voluntaria concessio, ideo irritanda ac reprobãda, quæ reprobatur & prohibetur Concilio supradicto.

CAPVT LXXIII.

Feudo ad dominum reuerso propter lineam finitam, vtrum dominus teneatur proximioribus agnatis illud concedere?



DOminum teneri proximioribus agnatis feudum ad se reuersum ob lineam finitam ex æquitate concedere, non pauci, neq; obscuri nominis dixerunt. Vide Clarum, §. Feudum. q. 87. D. meum Cephalum consi. 173. num. 18. & 197. num. 19. lib. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 148. Argumenta huius sententiæ eadem sunt, quæ retuli ac refutaui de emphyteusi loquens lib. 1. Cõtrouersiarum iuris, cap. C. Ea igitur huc adferre supersedeo; Illud monens, me contrariam sententiam sequi, quam & multi habuerunt apud Andr. Geyll. loco annot. commemorati, & fundamentum meum est, quoniam nullus textus proferri potest pro contrariæ sententiæ confirmatione. Nulla iuris ratio illi suffragatur, imò refragatur multũ. Nam dominus quisquis est rei suæ, moderator & arbiter. Nemo tenetur beneficium alteri conferre: Nemo conijcere se in aliquam obligationem & contractum. Nemo cogitur rem suam vendere, multò minus donare vel gratis conferre. Res est satis perspicua.

Authoritas Doctorum multum valet, sed non contra iuris rationem: Et iam studium nostrum est, iuris fontes inquirere, non opinionum riuulos sectari: ex legum fundamentis, non ex authorum numero controuersias definire ac explicare.

CAPVT LXXIV.

Feudum dare, an cuilibet rerum suarum domino sit permissum?



NOn tam discenda, quàm non est omittenda cõtrouersia illa, an quilibet, et rusticus res suas in feudum dare possit. Affirmat enim Baldus in c. 1. in verbo Marchio, post nu. 8. de his qui feud. dare possint. Zasius de feudis, par. 5. nu. 31. Schraderus par. 4. c. 1. nu. 37. Ab ijs non ausus est recedere Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 4. licet contrariam sñiam iuri magis consonam cognouerit, quàm antiquorũ aliqui secuti fuere. Ego verò aufim eam sequi: Hoc, n. mihi in his controuersijs tractandis proposi tum est, vt iuri magis cõsentaneas sñias amplectar. Alioqui frustrà differitur, frustrà in quæstionẽ hęc vocantur.

Fundamentum est in eo satis firmum, quòd si omnes etiam ignobiles & rustici possent res in feudũ dare, non ita diligenter tractandum fuerat, de his qui feudum dare possunt, in c. 1. de his qui feu. dare possunt. Inter quos præter ecclesiasticas psonas, Marchiones, Comites, Regni valuasores, siue Capitanei numerantur. Sed & minimi valuasores, qui videlicet ab istis feuda accipiunt, dare possunt, vt in c. 1. de Natura feodi. Rusticis aũt & omnibus alijs priuatis hominibus, indifferenter idem ius competere nõ inuenio, nisi quis proponat minimos valuasores, quos diximus feuda dare posse, rusticos esse.

Fundamentum autem communis sententiæ positum est in c. 1. Per quos fiat inuestitura. Ait textus: *Non verò inuestitura feudi non ab alio rectè fit, nisi ab eo qui legitimè suorum bonorum administrationem habet*.

Concedo hoc requiri, vt qui feudum dare vult, legitimam bonorum suorum administrationem habeat, nõ enim minor 25. annis posset dare, vel similes, sed non inde efficitur, omnes qui legitimè bonorum suorum administrationem habent, feudum dare posse: Potest enim aliunde impedimentum esse, nimirum si is, qui dare feudum velit, habilis non sit, ac idoneus ad dandum.

CAPVT LXXV.

Filiorum appellatione in feudis, an contineantur nepotes?



COntrouersia est, Cuidam feudum concessum est pro se & filijs suis, vtrum & nepotib. videatur cõcessum? Negant Salicet. in l. 2. C. de iure emphyt. 21. q. & Io. Imolensis ad l. Quod dicitur. ff. de verb. obl. quos refert & sequitur Alex. in cõs. 204. nu. 7. & 8. lib. 2. alios citat Gabrielius lib. 6. tit. de verb. sig. cõcl. 1. nu. 17.

Fundamentũ est, quia in cõtractibus verba sunt propriè accipiẽda, l. Ea est. §. In Insulam, l. Quicquid adstringendæ. ff. de verb. oblig. sed propriè nepotes differunt à filijs

filijs: Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur. 6. ff. de testam. tutela.

Contrarium docent alij Doctores communiter. Vide Curtium iuniorem, de feudis, par. 2. post 7. q. verf. Circa hāc materiam, Gabrielium loco annotato, nu. 16. Hipp. Riminal. conf. 18. nu. 45. & 38. nu. 5. lib. 1. & hāc fequor: & omiffis friuolis argumentis, moueor ex l. penul. ff. de conftit. Princip. vbi dicitur, beneficia quàm latiffimè interpretanda effe: fed feudum eft beneficium, c. 1. §. vlt. in quib. cauf. feu. amittatur, vbi ponitur definitio feudi, & dicitur effe beneficium, &c. Ergo latiffimè interpretari debet. Hæc eft autem iufta interpretatio, vt filiorum appellatione nepotes contineantur. l. Iufta. l. Filij appellatione. l. Liberorum. ff. de verb. figni. vbi Calliftratus: *Neque enim dulciore nomine poffumus nepotes noftros, quàm filij appellare, &c.*

Ad argumentum contrariæ fententiæ refponderi poteft, negando feudum effe contractum: etfi enim multi id affirment, pauci tamen, imò nulli probāt, vt fuprà differui, c. 1. Decepti fortè eam ob caufam, quod feudum B licet beneficium fit, videtur tamen quandam fpeciem cōtractus cōtinere, propter obligationem vafalli & domini. Non rectè, quia hæc funt à contractibus diftinguenda: ficut & non rectè inter contractus quandoque donatio numeratur. Si enim vim obligationis refpiciamus, etiam beneficia, priuilegia, mandata Principum, gratiæque inter contractus referenda funt, quia obligant: Debet fpectari id quod eft præcipuū in actu, & ex eo denominatio fumi. Eft aūt in feudis, in donationibus & fimilib. præcipua liberalitas, gratia, beneficētia: Igitur hæc fpectāda funt, non id quod exigitur ab eo, in quem confertur.

CAPVT LXXVI.

Vtrum in feudis poffit alter alteri ftipulari.



C Video etiam controuerfiam inter Doctores effe, vtrum in feudis poffit alter alteri ftipulari. Etenim cōmunior fnīa docet, poffe fratrem fratri fuo ftipulari, authoritate tex. in cap. 1. §. Et quia vidimus; de his qui feud. dare pof. & in c. 1. de benef. fratris, in c. 1. de duob. frattib. de nouo benef. inueftir. c. de duob. fratrib. à capitaneo inuefti. in c. 2. de feudo Marchiæ, in c. 1. §. vlt. de fuccef. feu. Ita docent Bald. & Salic. ad l. vlt. C. res inter alios actas, & multi alij, quos refert Antonius Gabrielius lib. 3. cōmu. cōcl. tit. de ver. obl. cōcl. 1. nu. 22.

Sed contrariū Iafon docuit in l. Si mihi, & Tirio. nu. 3. de verb. obl. Curtius iunior in tract. feud. par. 2. §. Secunda cadit. alios citat Antonius Gabrielius loco proximè citato, quorum fundamentum eft, quia nullo textu feudali contraria fentētia comprobetur, & iuris regula fit, neminem alteri ftipulari poffe. l. Stipulatio ifta. §. Alteri, ff. de verb. obl. Iuris autem communis regula etiam in D feudis obferuari debet, quoties diuerfum iure feudali conftitutum non eft, c. 1. de feudi cognit.

Ad textus pro cōi allegatos rńdent, non fatis probare, quia non dicunt fratrem fratri fuo feudum ftipulari poffe: fed fratrem fratri in feudo fuccedere ex pacto inueftituræ, cùm fcilicet dominus feudum fub ea conditione ac forma conceffit; quare id non procedere aiunt ex fratris ftipulatione, fed ex dñi conceffione ac ordinatione; Omnes enim fratres præfentes erant in cafibus, de quibus loquuntur dicti textus, nec vnus alteri ftipulatus eft.

Ego puto, hanc controuerfiam fedari poffe & cōponi hac adhibita diftinctione: Aut quæritur, an frater fratri fuo ftipulari poffit purè ac fimpliciter, & nō poteft propter iuris regulam, quæ docet, alteri neminem poffe ftipulari, quam in feudis fublatam effe non conftat: Nec enim eam ceffare in feudis demonftrant teftimonia pro communiori fententia relata. Aut quæftio eft, an poffit frater ita pacifci cum domino in fauorem fratris fui, A atque adeò fratri fuo ftipulari, vt poft mortem fuam frater fuccedat in feudo, & puto nihil proponi, cur non poffit. Id enim manifeftè probat tex. in cap. 1. de benef. fratris, & c. illis verbis: *Frater nō fuccedat fratri, fed dominus habeat, nifi per inueftituram à domino ordinatum fuerit, vt frater fuccedat fratri, fi mortuus fuerit fine hærede mafculo, vel fuccedat frater fratri morienti fine filio, &c.*

Nec dici poteft, textum loqui qñ fratribus feudum eft conceffum præfentibus & ftipulantibus, quia fubijcit text. alios cafus, in quibus frater fuccedit fratri, & inter alios illum cafum, quādo feudum vtriufque nomine acquifitum eft: ex quo fumitur argumētum, fuperiora verba pertinere etiam ad illum cafum, quo frater ita feudū acquifiuit, vt poft mortem fuam frater fuccederet.

Confirmatur hæc fnīa, quia valet conceffio feudi alicui facta per fe, & quibus dederit c. 1. de feudo non habēte propriā naturā feudi. Ergo multò magis valere debet, eo modo facta, vt poft mortē fratris frater fuccedat.

B Et licet negari nō poffit, quin fratri poft mortem fratris, ius acquiratur ex domini conceffione, & ordinatione, id tamen non impedit, quo minus etiā acquiri ex fratris ftipulatione videatur. Cōcurrit enim in cōmodum fratris ftipulatio & domini conceffio, & quamuis ex fola dñi voluntate ius fratri acquiri poft mortē fratris poffit, fi videlicet ita feudum concederet alicui, vt in eo fuccederet frater, non tamen aliter eft refpondendum, cùm etiam frater ita confentit, & pacifcitur, vt velit poft mortem fuam fratri quoque fuo profpectum effe.

Denique poteft hæc fententia confirmari ex l. Publica. ff. depofiti. ibi. *Cæterùm, fi aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex altero marito meo fufcepi,* fcilicet reftitues, & ex l. 3. C. de donat. quæ fub modo.

CAPVT LXXVII.

C *Vtrum pater vfumfructum bonorum feudalium filij, quem in poteftate habet, fibi vendicare poffit.*

Etiam bonorum feudalium vfumfructū. filij in poteftate exiftentis, ad patrē fpectare docet Bal. ad l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Curtius iun. de feud. p. 3. § Expedito. poft num. 46. D. Fridericus Schenck. de feud. par. 7. nu. 8. Quorū illud eft fundm̄, quia in cæteris bonis aduentitijs ita iure cōftitutū eft, vt pr̄ vfumfructū, filius habeat proprietatē. l. 1. C. de bonis mater. d. l. Cùm oportet. C. de bonis quę lib. Idē igit & in feudis recipiēdum; qm̄ ēt in feudis iure cōi vtimur: præterquā in illis cafibus, in quibus aliter feudali iure cōftitutum eft. Nullibi verò conftitutum eft contrarium, nimirum vfumfructum bonorum feudalium patri non deberi.

Huc accedat, quod fructus à folo feparati allodiales funt, non tamen feudales, ita probat tex. in c. 1. An agnatus D vel filius, &c. ibi: *Sed in fructibus, fi quos reliquit, &c.* Ergo idem eft de illis ftatuendum, quod de rebus allodialibus, in quibus vt dictum eft, abfque controuerfia pater vfumfructum habet regulariter.

Sed contrariū docuerunt Bald. in c Si duo. de duob. frattib. de nouo benef. inueft. & ibid. Martinus Laudenfis & Præpofitus, nec non Afflictus num. 16. Ifernia in c. 1. Qui feud. dare poff. Idem Afflict. in c. 1. de alien. feudi pater. Roland. à Valle in conf. 71. nu. 65. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. c. 6. num. 6. Borgninus Caualcanus de vfufructu mulieris relicto. poft num. 79. verf. Hinc eft, quod pater, &c. & ifti alios citant, ex quibus colligitur, hanc effe communiorem fententiam.

Primū argm̄ eft, quia feudū vr̄ effe quādā fpecies feruitutis. Quamobrē, fi patri vfusfructus acquireretur, feruitus feruitutis cōftitueretur contra l. 1. ff. de vfufr. legato. Scdm̄ argm̄ eft, qm̄ pater filio non fuccedit in feudo. c. 1. de fucceff. feudi. Ergo nec vfumfructū habet, ex reg. l. Quæ legata. de reg. iur. *Quæ legata mortuis nobis ad hæredita-*

reditatem nostram transeunt, eorum commodum per nos iis, in quorum potestate sumus, eodem casu acquirimus, &c. A

Tertium argumentum est, quia feudum datur ad hoc, vt vasallus fideliter domino seruiat. c. 1. in fine, in quib. causis feudum amittatur, Ergo vsusfructus apud ipsum vasallum manere debet, non autẽ patri acquiri, qui nullum præstare seruitium tenetur.

Hæc profectò non est parui momenti difficultas, ego sic statuo, si feudũ à Principe donatũ sit filiofam. nollũ dubiũ esse, quin pater ab vsufructu arceatur, ex l. Cùm multa. C. de bonis quæ liberis, & idem prorsus qn̄ feudũ ex castrensi, vel quasi castrẽsi peculio procedit; quia in his filius fam. pro patrefamilias habet. & nihil patri acquiritur d. l. Cùm oportet, Ceterùm, in a lijs casibus non parũ sollicitus sum, quomodo communis sententia rectè defendi possit, quia *feudum est beneficiũ, quod ex beneuolentia ita datur al cui, vt proprietas quidem, &c. penes dãtem remaneat, vsusfructus verò illius rei ad accip ẽtẽ transeat, &c.* Sed si vsusfructus filiofam. relinquat, certũ est patri adquiri, §. vlt. C. de vsufr. Cur igitor nõ acquiratur & feudi cõmoditas atq; adeò vsusfructus? Tãdem quia vrgent argumẽta cõmunioris sentẽtiæ, ego sic cõcludo, non acquiri vsumfructũ feudi patri, si nõ cõmodè vasallus possit dño i seruire, carẽs eiusmodi cõ noditate vsusfructus: Verũ si posset, nihil proponi video, cur ius patriæ potestatis suum effectum sortiri nõ debeat, etiam in feudis. Nam quod dicitur, seruitotis seruitutem nõ esse, aliter accipiẽdum est, & quod attinet ad vsumfructum, iam constat ex d. l. vlt. C. de vsufr. illud axioma nõ rectè applicari, siquidẽ filiofam. relictus vsusfructus acquiratur patri, Feudum verò quid aliud tribuit vasallo, quàm vsumfructum proprietate penes dominum manente? vt in d. c. 1. ad finem, in quib. caus. feu. amittatur. B

Quod verò attinet ad reg. l. Quæ legata. de reg. ior. il la nihil facit ad rem nostram, non. n. hũc habet sensum, vt in illis bonis, in quibus pater filio non succedit, neq; ẽt vsumfructũ habere possit, sed hic est sensus, legata pura, vel in diẽ certum, quia ad hæredẽ transmittuntur, patri etiam eorum commodum acquiri. Ceterùm, legata conditionalia, quia ad hæredẽ non transmittuntur, patri nõ acquiri, sed ipsi seruo, si tempore purificatæ conditionis iuris sui fuerit. *Aliter*, inquit tex. *atque cum stipulamus: Nã & sub conditione si pulantes omnino eis acquirimus, etiãsi libertate nobis præstita à dominis conditio existat.* Non igitur ad rem nostrã pertinet, præsertim cùm non versemur in legatis, sed potius in stipulationibus. C

Ad postremum argumẽtum quod attinet, illud nihil obest sententiæ nostræ, Iam enim diximus, si grauetur in ea re filiusfam. vt non possit commodè seruire domino, secundum feudi leges & conditiones, nõ debere vsufru ctu carere. quia hoc tacitè, vel inter partes actũ vr, vel tractũ fuisse intelligatur, æquũ profectò mihi videtur, nec dantis & accipientis feudum intentio defraudetur. D

CAPVT LXXVIII.

An in dotem feudum dari possit, sine consensu domini?

De duobus video inter omnes cõuenire, & de tribus cõtrouersiã esse. Primò conuenit, feudũ à patre nomine filiæ, vel ab alio in feudũ dari nõ posse, sic enim expressè cõstitutum est in c. 1. §. Donare, qualiter olim feudũ poterat alien. *Donare autẽ, aut iudicare pro anima, aut in dotẽ pro filia dare nullus curis poterat cõsuetudine, &c.* Secũdò, inter oẽs cõstat, filiã posse feudũ inæstimatum, & sine pacto de lucrãdo viro suo in feudũ dare pro tẽpore vitæ suæ, ex c. 1. de inuestitura, q̃ Titius accepit à Sẽpronio, ibi, *Ipsa à dom no inuesti a fuit, & feudũ i dotẽ dedit, grebatur. si ad mar. tũ successio feudi pertineat, responsum est, nõ p̃ inere.* Et ex c. 1. de eo q̃ sibi & hæredib. suis masculis & fœmin. bi. *Hæc marito paternũ feudũ in dotẽ dedit, &c.*

Controuersia est autem primò, an etiã pater pro filia in dotem dare possit feudum pro tẽpore vitæ suæ inæstimatum, & sine pacto de lucrando. Nam Rota Romana respondit posse, decis. 199. Pater potest in nouis. Curtius iunior de feudis, nu. 93. vers. Quarto principaliter q̃ro. Felinus in c. Quæ in Ecclesiarum, nu. 75. de cõstit. Iason in Auth Res quæ, nu. 26. C. cõmu. de legatis. Hieronym. Schurff. cons. 23. nu. 5. lib. 1.

Fundamẽtũ est in c. Nuper, de don. inter vir. & vxor. & quia vr̃ eadem ratio in patre quæ in filia, cùm detur dũtaxat pro tẽpore vitæ, & vasallo mortuo ad alios feudum pertineat, & ita tex. accipiendus est in d. §. donare.

Sed cõtrarium docuit Ludolphus Schraderus de feudis par. 8. c. 1. nu. 33. vers. Similiter vera non est, vbi malè citat Zasium, par. 9. nu. 8. Sed non malè Iacopinum in verbo, ita etiam qood ipsi vasalli, nu. 17.

Mouet eũ primò, qm̃ tex. in d. §. Donare, generaliter negat patri licere feudũ pro filia ĩ dotẽ dare. Deĩde, qa si contraria sententia vera esset, deberet intelligi, quãdo pater feudũ in dotẽ daret in perpetuũ & absolutè, vt ẽt post mortem suam maneret in dote, quod prorsus indubitatum esset: Cui enim dubium esse potest, patri id permissum non fore? Cùm plus iuris in alium nemo transferre possit, quàm ipse habeat. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. Tertiò, quia si cõtraria sentẽtia recipiatur, nõ erit hoc specialiter constitutum in fauorem mulieris, vt sit dum pro se dare in dotẽ possit: quia etiam pater poterit.

Ego video textum, quo prior sententia nititur, in d. c. Nuper. loqui de patre dante pro se vxori suæ feudũ, ex causa donationis propter nuptias: & consequenter nullum textum video, qui priori sententiæ adstipuletur. Veruntamen ei calculum non subtraho meum, qui eadem prorsus ratio est in patre dãte feudũ in dotem pro filia, quæ in ipsomet dante feudũ vxori suæ donationis causa, vel in filia pro se dante. Obseruandum enim est, hũc casum, de quo nunc disputamus, omissum esse à iuris conditoribus: & ideo ex regulis ac p̃ceptis iuris decidendũ.

Caotũ est, patrẽ nõ posse feudũ in dotẽ dare pro filia, quia dos datur, vt deseruiat oneribus matrimonij. l. Pro onerib. C. de iure dotiũ. Fieri aũt põt, vt pater moriatur ante obitũ filiæ vel generi sui, quamobrẽ feudũ ad dñm reuerteretur, vel ad agnatos: filia et gener exclusi essent, & dote carerẽt: Cùm verò filia pro se feudũ dat in dotẽ, nõ p̃cedit hæc ratio: quia si ipsa moriatur, matrimoniũ cessat, & dos à marito restituẽda est: itaq; nullũ absurdũ sequitur. Ideo nihil prohibet, filiã dare posse p̃ se feudũ ĩ dotẽ. Illud posset tũc obstare, qđ prohibita sit alienatio feudi, sine cõsensu dñi: sed non vr̃ alienari feudum à muliere. l. In reb. C. de iure dotium, ibi. *Cũ & eædem res, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanserint dominio, &c.* Eadem ratio est cùm pater dat feudũ vxori suæ, de qua specie text. loquitur in d. c. Nuper.

Cæterùm si proponatur, generũ accepisse feudũ à socero filiæ nomine in dotẽ, ea lege, vt cõmoditatem iã cùm fructibus, vsq; ad mortem soceri perciperet, nihil proponi video, cur id fieri nõ possit. Neq; enim est hæc alienatio feudi, quia nullum ius reale in generum trãsfertur, sed psonale ius, quod socer habet, fructus percipiẽdi ex feudo, donec vixerit. l. Si vsusfructus. ff. de iure doti. vbi *Vt ipsum qui dem ius remaneat penes maritum, perceptio autem fructuum ad mulierem pertineat.*

Secundò controuersia est, an pater feudum in dotem pro filia dare possit, etiã vltra tempus vitæ suæ, quando non est temporale feudum, sed perpetuum. Etenim Alexander in cons. 28. ad finẽ lib. 5. existimat posse & sequitur Afflictus in d. § Donare, post nu. 16. Fundamentum est, io tex. à contrario sensu, d. cap. Nuper, de dona, inter vir. & vxor. ibi enim dicit, tex. mortuo patre feudum da tum in dotem non manere, *quia nullus plus iuris in alium transferre potest, quàm constet eum habere.* Ergo si ius patris morte non extinguatur, aliter respondendum erit.

Cõtrariũ docet Ludolphus, loco proximè citato post nu. 33.

nu.33. argumento, d.§. Donate. vbi text. generaliter negat, patrem posse feudum in dotem pro filia dare, consequenter accipiendus est de omni feudo, tam perpetuo, quàm temporali.

Huic sententiæ & ipse assentior, sed alia ratione, quia scilicet alienatio feudi prohibita est in c. Imperialem. de prohib. feudi, aliena. per Frideric. & alibi. Qui ergo poterit pater feudum in dotem dando alienare?

Nec mouet argumentum ex d.c. Nuper, quia locum habet quantum ad hunc effectum, vt pater possit in dotem absolutè dare, atque adeo in perpetuum alienare feudum, scilicet si aliunde non sit impedimentum, & consequenter si dominus consentiat.

Tertiò controuertitur, an si pater alia bona non habeat, quàm feudalia, ea possit in dotem dare pro filia? Negat Iason, Baldum secutus in Auth. Res quæ, nu. 26. C. commu. de legatis. & cum ijs Schraderus loco proximè citato, nu. 34. vers. Eodem modo. Fundamentum est in d.§. Donate, ex quo colligitur, nec pro anima feudum posse relinqui, nec pro necessitate famis, & generaliter non posse etiam in dotem dari à patre.

Contrarium docet Afflictus in d.§. Donate. nu. 19. Parisius cons. 16. nu. 32. lib. 1. & alij apud Schraderum vbi suprà, moti ex fauore dotis. l. 1. ff. sol. mat. propter quam aliàs alienari prohibita, possunt alienari, vt in d. Auth. Res quæ. C. comm. de leg. Sic & res pupillorum alienari non possunt, tamen in dotem dari possunt. l. Lex quæ tutores, C. de admin. tutor.

Sed nihil mouet hoc argumentum. Fateri enim oportet, si nulla sint alia bona patris, dotē ex feudo constituendam esse, quam rem luculenter explicat Hartmannus Pistorius, q. 37. lib. 2. par. posteriori, sed nō absq; dñi consensu, quem tñ hoc in casu consentire oportet, ne mulier maneat indotata, nisi aliunde congruam ei dotem assignari, vel ex fructibus feudi, vel aliter prospexerit.

CAPVT LXXIX.

Possitne vasallus, absque consensu domini, feudi vsumfructum alij cedere?



Communis est & vera Doctorum snīa, vasallum absq; cōsensu dñi feudi vsum fructum nō posse alienare, ita Glo. in c. 1. §. Præterea. de capitulis Corradi. Clarus §. Feudum. q. 37. in fine. Curt. iun. communem dicit, par. 4. q. 15. Ias. in l. 3. § Ex contratio. nu. 66. ff. de acq. poss. August. Berous q. 93. Fundamentum est firmissimū, quia lege prohibetur feudi alienatio, absque consensu domini, c. Imperialem. de proh. feudi alien. per Fridericum. Prohibita verò alienatione rei, prohibetur etiam vsusfructus datio. Iustinianus. *Sancimus sine lex alienationem inhibuerit, siue testator hoc fecerit, &c. non solum dominij alienationem, & mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed & vsusfructus dationem. &c.* l. vlt. C. de reb. alienis non alienan.

Difficultatem facit tex. in c. 1. §. Quid ergo. de inuest. de re aliena facta, vbi text. *Quid ergo, inquit, si pretio vel dolo, aut incuria seruitutem rei beneficiariæ imponi patiatur, &c. an ex eo præiudicium domino generetur, quæsitum fuit: & responsum est vt vasallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse, domino autem, &c. minimè noceat.*

Si potest seruitutem cōstituere in sui præiudicium vasallus, miratur Curtius iunior, loco suprà annotato, cur non & vsumfructum alienare possit? præsertim cùm alienare prohibitus, nec seruitutem imponere possit, vt in d. l. vlt. C. de reb. alien. non alienan. Suspicatur ergo textum in d.§. Quid ergo, corrigi ex d.c. Imperialem.

Cæterùm, Afflictus in cap. 1. §. Præterea, num. 5. & 6. de capitulis Corradi, in eam sententiam inclinare videtur, quod vasallus etiam in vsufructu præiudicare sibi possit, donec viuet.

A Pinellus denique ad l. 1. C. de bonis mater. par. 3. post nu. 71. existimat, vasallum alienare posse vsumfructum, sicut & aliam seruitutem in feudo constituere potest, ita vt maneat donec durauerit ius constituentis, & non incurrat pœnam constitutam in d.c. Imperialem.

Ego verò sic statuo, istos omnes rectè forsitan sentire, sed nō satis rectè loqui. Nam sciendum est, vasallum alienare posse commoditatem, & vsum feudi, absq; consensu domini, hoc est, alij cedere fructus & commoda, ita vt nullum ius in rem transferatur, sed personalis duntaxat actio. Ista enim non est alienatio rei, sed longè ab ea differt; quamobrem nihil proponitur, cur valere non possit, licet alienatio feudi non valeat. arg. l. In ædibus. §. 1. ff. de donatio. l. Codicillis. §. Instituto. de leg. 2. Alex. in cons. 18. nu. 6. 7. 8. lib. 7. Soc. senior de regalijs verba faciens in cons. 7. lib. 3. Bossius de regalijs, num. 35. Schraderus parte 8. cap. 1. nu. 12. Clarus §. Feudum. quæst. 31. vers. successiuè quæro.

B Ergo quod dicitur, vasallum posse in sui præiudicium, & donec vixerit, & durauerit ius illius, alienare vsumfructum, rectè dicitur, si nihil aliud intelligatur, quàm personalis illa commoditas fructuum, quam vasallus habet; secus si ius in rem intelligatur à vasallo transferri, quia ea est alienatio, consequenter lege prohibita absq; domini consensu.

Sed dubium restat, cur seruitutem constituere potest, vt in d.§. Quid ergo? Respondeo, non est constitutio vera seruitutis, sed personalis quædā patientia, quam præstat vasallus, per quam nullum ius in rem propriè acquiritur alteri, sed hoc ius tantùm acquiritur, vt inuito vasallo vti possit seruitute, quasi ille obligatus sit ad præstandam patientiam, quamobrem illud ius resoluitur, resoluto iure vasalli. Ex quo apparet non esse ius reale, sed personale, quod cū persona extinguitur, quale ius etiam quantum ad vsusfructus commoditatem
C constitui rectè potest.

CAPVT LXXX.

Consensus Domini, qui requiritur in alienatione feudi, debeatne expressus esse, vel tacitus sufficiat.

SI Dominus sit præsens alienationi feudi, & taceat, nec contradicat, verum consentire videatur, quæstio controuersa est: Ludouicus Romanus sing. 720. *De solennitate*, negat, adducta Glo. quæ tamen citari solet pro contraria sententia in c. 1 in vers. Permissione. de prohib. feu. alien. post Lotharium, & hanc sententiam veriorem dixit in stricta disputatione Iacopin. à S. Georgio, in vers. Et cum pacto. de non alienan. nu. 20. Eandē secutus est Afflic. in d.c. 1. nu. 45. & multi alij apud Tiraquell. de legib. connubialibus,
D Glo. 7. nu. 11. & de retractu consang. §. 1. Glo. 9. nu. 151. vbi tñ Felinum allegat, quem non inuenio id dicentem.

Fundamentum huius sententiæ duplex est. Primum, quia consensus ex præsentia & patientia, non infertur in ijs, quæ ad obligandum tendunt. l. Qui vas. §. Vetare, ff. de furtis. l. Filiusfam. §. Inuitum. ff. de Procurat. Alterū, quia consensus requiritur ad instar cuiusdam authoritatis & licentiæ ad solennitatem alienationis, siue vt cum nostris loquar, ad integrādam personam vasalli alienantis, quo casu non sufficit tacitus, sed expressus requiritur, vt docet Glo. in clem. 1. in vers. Licentia. de testam. & probatur in l. 3. ff. de auth. tutor.

Sed contraria sententia longè communior est, nimirum tacitum domini consensum sufficere, ex scientia & præsentia alienationi factæ. Vide Curtium iuniorem in 4. parte, nu. 137. Zasius parte 9 nu. 31. Iacobum Leonardum inter consilia Bruni, cons. 114. num. 344. & alios à Tiraquello citatos de retractu consang. §. 1. Glo. 9. num. 117. & Ludolphum Schraderum par. 8. cap. 4. nu. 2.

Fundamentum est, quia is qui præsens est pro consentiente

tiente

tiente habetur quoties contradicendo actum impedire potest, vt docet Glo. in l. Caius. ff. de pig. actio. & hic adferuntur aliquæ leges, quæ ad rem parum faciunt.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondent, negando consensum domini requiri pro authoritate ac solennitate, nam dicunt necessarium esse propter præiudicium domini, ne videlicet directo dominio fiat præiudicium.

Ego didici quæstionem hanc definiri non posse ex ijs legibus, quibus præsens & tacens pro consentiente habetur, quia hac in re ius varium est. Aliquando præsens ac tacens pro consentiente habetur, vt in l. In Sponsalibus. ff. de Sponsalibus. in l. 5. C. de nupt. Aliquando non habetur. l. Caius. ff. de pig. act. l. Sicut. §. Non videtur. ff. qui. mo. pi. sol. Contra habetur in l. 1. & in l. 8. C. de remiss. pig. Non habetur in l. Titia. 34. de legatis 2. Habetur in l. Sabinus. 28. ff. Communi diui. in l. 4. §. vlt. ff. de fideiuss. tut. in l. 2. ff. ad Munic. in l. Honores. 7. §. vlt. ff. de Decurio. in l. Si tantùm. ff. ad Maced. in l. Quidam. 12. ff. de Euiction. in l. Si fundum. 82. de legatis 1. in l. Impuberis. 13. ff. de author. tut. in l. Labeo. 19. ff. de aq. plu. arcen. Ex quibus patet nullam hac in re tradi posse certam regulam ac definitionem.

Quamobrem in quæstione proposita, ex ratione legis prohibentis feuda alienari, absque permissu domini petenda definitio est. Prohibuit Imperator Lotharius beneficia distrahi, sine permissione dominorum, quia comperijt milites beneficia passim distrahere, *ac ita omnibus exhaustis suorum seniorum seruitia subterfugere, per quod vires imperij maximè attenuatas cognouit, dum proceres, milites suos omnibus beneficijs exutos ad felicissimam expeditionem nullo modo traducere valebant*, vt in cap. 1. de proh. feud. alien. per Lothar. Idem statuit Fridericus Imperator ob easdem querelas, quòd propter alienationem domini, *debita seruitia amittebant, & honor Imperij & felicis expeditionis complementum minueretur*, vt in c. 1. de prohib. feud. alien. per Frider.

Hæc est ratio legis: Ergo si vasallus feudum præsente domino, & non contradicente alienauerit, omnia cessant incommoda. Primum querela domino nulla esse potest, qui scit & non contradicit. Nec dicere potest se cõtemptum à vasallo, quod perpendi solet, quando feudum contra Lotharij constitutionem alienatur, vt in c. 1. §. Vasallus. Quæ fuit prima causa benef. amitt. Deinde, nullum damnum sentit: scit enim se nouum vasallum habere, & illius opera vti potest. Denique, seruitia Imperij non diminuuntur, quia præstari à nouo vasallo possunt sicut & ab antiquo. Nihil igitur proponi video, cur alienatio valere non debeat, ne contrahentes, qui in bona fide sunt, & præsente domino celebrant contractum, astuto quodam domini silentio decipiantur. Simplicitas quippe legibus amica est, odio subtilitates nimias habent.

CAPVT LXXXI.

Possitne vasallus, cui dominus dedit potestatem feudum alienandi, partem eius alienare?

Si vasallus à domino licentiam habuerit alienandi feudum, intelligitur habere licentiam totum feudum alienandi. arg. l. Si defensor. §. Qui interrogatus. ff. de interrog. act. Glo. communiter recepta in l. 6. ff. de rei vend. cui adstipulatur. l. Pupillus. §. vlt. ff. de verb. sig. Consequenter etiam partẽ feudi alienare potest, quia in toto pars inest. l. In toto. de reg. iur. & ex toto rectè ad partem argumentamur. l. Si quis cùm totum. ff. de except. rei iud. Non enim debet cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. l. Non debet. de reg. iuris. Atque ita docuerunt Andreas Isernia, Aluarotus & Præpositus in c. Imperialem. de proh. feudi alien. per Fridericum.

A Sed contrarium sensit Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 143. & apertè docuit Ludolphus Schraderus, parte 8. cap. 4. num. 15. Marinus Frecia de subfeudis, lib. 2. quæst. 6. Aurelius Corbulus de iure emphy. cap. 12. Ampliatione 3. num. 6. quibus & ipse assentior. Fundamentum est illud, quia domini interesse potest, vt feudum non distrahatur, ac diuidatur inter plures vasallos: sicut enim vasallus nõ cogitur plures dominos agnoscere. d. cap. Imperialem. §. Præterea ducatus. ita etiam domini interesse potest, ne plures habeat vasallos eiusdem feudi nomine deuinctos, quibus & ipse contrà obligatus etiam sit.

Nec obijciat quis, imò istud esse domino vtilius, quod pro eodem feudo duos vasallos habeat, namque seruitia non sunt præstanda separatim à singulis vasallis, eo modo quo ab vno præstantur, cùm vnum est feudum, sed pro quantitate beneficij moderanda sunt, ita vt quilibet vasallus pro rata, seruitia præstet, vt habetur in extraordinarijs capitulis, apud Cuiacium lib. 4. tit. 77. quẽ B locum explicaui suprà hoc eodem lib. cap. 54. Quare domini sæpe interesse potest, vt vnum ac plenum seruitium potius ab vno exigat vasallo, quàm vt partem exigat ab vno, partem ab altero vasallo. Et ideo, si consensum præstet alienationi totius feudi, non videtur consentire alienationi partis. Ita sentio.

CAPVT LXXXII.

Vasallus an possit alienare feudum absque domini licentia, cùm ei concessum est pro se, & quibus dederit?

Existimo feudum ea forma concessum vasallo, alienari posse absque consensu domini, authoritate tex. in cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Sic enim habet: *Si quis ea lege* C *alicui feudum dederit, vt ipse & sui hæredes, & cui ipse dederit, habeant. Respondeo, iste qui sic accepit, poterit id vendere vel donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini alienare, &c.* Et hæc est communis Doctorum sententia. Vide Curtium iuniorem in 4. parte, nu. 141. Decium cons. 390. nu. 8. Ludolphum Schraderum par. 8. cap. 2. nu. 58.

Contrarium Speculator docuit de emphyteusi loquens in tit. de locato. §. Nunc de emphyteusi, quæst. 94. Ales. consil. 106. nu. 4. lib. 4. Laurentius Calcaneus latè in consil. 51. incip. Non est dubitandum.

Fundamentum est, quoniam illa verba; *Et quibus dederit*, secundùm naturam feudalis conuentionis & obligationis exaudienda sunt, nimirum, vt feudum nemini detur distrahaturve sine licentia domini. Sic enim iure constitutum est, vt in c. 1. de prohib. feudi alien. per Lotharium, & in cap. 1. de prohib. feudi alien. per Frider. argum. l. si stipulatus. ff de vsur. l. si vno. ff. loca. & alia- D rum legum, quibus probatur verba intelligenda esse secundùm materiam subiectam.

Sed quid opus est respondere ad illud argumentum, cùm textus, quo communis sententia nititur, tam apertus sit? Dic ad illud brocardicum, non debere locum sibi vendicare, cùm desertis verbis à natura contractus recessum est. In claris enim non est opus coniecturis. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. Recedendum à verbis non est, nisi appareat de contraria mente contrahentium. Contractus, & maximè feudalis, ex conuentione legem accipiunt. Et conuentionis siue inuestituræ tenor naturæ præfertur ipsius feudi. Habes pro confutatione vnius generalis axiomatis, multa alia ad rem nostram pertinentia, sed magis inhæreas singularibus legum decisionibus cùm inueniri possunt. Sermones enim generales faciliores sunt: particulares autem sunt veriores, Aristotele teste.

CAPVT LXXXIII.

Si dominus alienationi feudi ſimpliciter conſentiat, an ſibi, quoad dominium directum, præiudicium faciat.

SI dominus ſimpliciter conſentiat alienationi feudi, id eſt, abſque proteſtatione illa, *Saluo iure directi domini*, ſibi quoad directum dominium, quod habet, præiudicare, nõ obſcuri nominis Doctores ſcriptum reliquerunt. Baldus in l. Dotalem. ff. ſolu. matr. Alexander in conſ. 189. lib. 2. Andr. Iſern. in c. 1. num. 7. qui ſuccedeneant, & ibidem Afflict. nu. 20. Afflictus deciſ. 112. nu. 8. & ibi etiam Vrſil. in add. In eandem ſententiam inclinat Curtius iunior in 4. pat. nu. 139.

Sed contrarium docuerunt Zaſius part. 9. nu. 35. Iacopinus in verb. & cum pacto. 2. nu. 19. & multi alij, quos refert & ſequitur Ludolphus Schradetus par. 8. cap. 4. numero 28.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſol. Vlpianus: *Si in venditione pignoris conſenſerit creditor, vel vt debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, niſi ſalua cauſa pignoris ſui conſenſit, vel venditioni, vel cæteris.*

Fundamentum poſterioris eſt, quia nemo præſumitur iactare ſuum. l. Cùm de indebito. ff. de Probatio. & quia conſenſus domini in alienatione feudi requiritur, vt valeat alienatio, quantum ad ipſum ius, quod vaſallus habet. c. 1. de proh. feudi alien. per Lothar. & c. 1. de proh. feu. alie. per Frider. Ergo non debet in alio nocere domino, nimirum in amiſſione directi domini, argum. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de Pactis.

Mihi magis probatur hæc poſterior ſententia, quæ etiam communior eſt, pro cuius confirmatione perpendo, maximum eſſe diſcrimen inter cõſenſum creditoris præſtitum debitori, vt rem oppignoratã vendat, & conſenſum domini vaſallo præſtitũ, vt feudum alienet. Nam feudi alienatio à vaſallo fit ea intentione & mẽte, vt dominium vtile duntaxat in aliũ trãsferat; illud enim duntaxat habet, non autem dominium directum, & eadem eſt intentio alterius contrahentis. Ergo non poteſt videri dominium directum alienatum, quod vaſallus nõ habet, ſed ſolũ vtile quod habet. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. & nota iuris regula eſt, ſemper eſſe ſpectãdũ quod eſt actum inter contrahentes. l. Semper. de regulis iuris. At rei oppignoratæ alienatio à debitore fit, vt omne dominium, quod ipſe habet, in eũ transferatur, cui res alienatur, & quia res trãſit cum ſua cauſa, ideo valet alienatio, & creditori ius hypothecæ ſaluum manet, niſi conſentiat, abſque iuris ſui reſeruatione: Nam ſi ſimpliciter cõſentiat, videtur ius pignoris remittere; ideo, quia nullam aliam ob cauſam conſenſus requirebatur, niſi vt res libera tranſiret ad emptorem, eumve, in quẽ fit alienatio: ſed domini cõſenſus requiritur in feudi alienatione, vt valeat alienatio, quæ alioqui non valet. Ad hæc, ſi creditor conſentiens alienationi rei pignoratæ, renunciare hypothecæ videatur, non tamen amittit ius ſuum: quia ſalua ei manet actio perſonalis aduerſus debitorem. At ſi dominus alienationi feudi cõſentiens, videatur iuri ſuo renunciare, amittet ius ſuũ, nec enim vaſallum amplius habebit, neque feudum. Ergo lata differentia eſt. Denique & Lotharius & Fridericus prohibentes feudum alienari ſine domini licentia, malè dominis conſuluiſſent licentiam dantibus, ſi deberent ius ſuum amittere, niſi cautela illa adhibita, de qua adhibenda nihil ipſi ſtatuerunt, ſtudioſè tamen intenti in eam curam, vt dominis feudorum magis conſultum eſſet ob publicam vtilitatem, & ipſorum Cæſarum ſeruitia & neceſſitates bellicas.

A

CAPVT LXXXIV.

Si vaſallus feudum abſque conſenſu domini alienauerit, & incontinenti recuperauerit, an euadat caducitatis ſiue priuationis pœnam?

VAſallus feudum alienauit abſque conſenſu domini, poſtea ex continenti recuperauit, vtrum incidat in pęnam iure conſtitutam amiſſionis feudi, in controuerſiam vocatur. Nam pęnam eum euadere authores ſunt Afflictus in cap. 1. num. 22. cum ſequentibus. Quid iuris, ſi poſt alienationem factam vaſall. feud. recup. Specul. de emphyteuſi loquens in tit. de locato, quæſtio. 96. Curtius iunior in 4. parte, num. 104. verſ. Secundo limitatur. Zaſius parte 10. num. 4.

Sed contrarium docuerunt Bar. in l. Sequitur. §. Item
B Labeo. ff. de vſucap. Bald. in cap. 1. nu. 3. de prohib. feud. alie. per Frider. Alex. ad l. Si a me. 29. ff. ad leg. Falcid. Iaſ. ad l. vlt. nu. 135. C. de iure emphyt. Ludolph. Schrader. par. 9. cap. 1. nu. 17.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector authoritate tex. in c. 1. Quid iuris. ſi poſt alie. fact. vaſall. feud. recup. vbi ſic habetur: *Hodie autem, ſi ipſum alienauerit, ſiquidem illicite, licet poſtea recuperauerit, tamen penes ipſum non remanebit, vtpote domino ad quemcunque peruenerit, apertum.*

Hic textus ex profeſſo argumẽtum tractat propoſitæ quæſtionis, & clarè decidit, feudum penes vaſallum nõ manere, licet poſtea recuperauerit. Recuperari autẽ põt vel incõtinenti, vel ex interuallo, nõ diſtinguit inter recuperationẽ incontinenti, vel ex interuallo factam: quã tñ in re, ſi diuerſum ius erat, æquum fuiſſet diſtinguere.

Sed præſtat argumenta perpendere, quibus contraria nititur ſententia. Primum eſt ex c. Potuit. de locato. ibi:
C *Niſi celeri ſatisfactione poſtmodum ſibi cõſulere ſtuduiſſet.*

Reſpondeo, illa verba referri ac pertinere ad moram commiſſam in ſolutione canonis emphyteutici, de qua nunc nõ loquimur. Ex qua non rectè ſumitur argumentum contra textum iuris feudalis.

Secundũ eſt ex l. Qui poſſeſſionẽ. 17. ff. de vi & vi arm. Iulianus: *Qui poſſeſſionẽ vi ereptã in ipſo congreſſu recipit, in priſtinã cauſam reuerti potius, quã vi poſſidere intelligendus eſt.* Reſpõdeo, latum eſſe diſcrimen, longè diuerſam rem eſſe. Quid enim peccat ille, qui poſſeſſionem vi ereptam in ipſo congreſſu recipit? Certè nihil. At noſter illicitè facit alienando feudum abſque licentia domini.

Tertium eſt ex l. vlt. §. vlt. C. de bonis quæ liberis. ibi: *Qualis enim vſusfructus potuit ei acquiri, qui momentaneus eſſe oſtenditur, &c.* Reſpondeo, vſumfructum quidem, ſiue dominium vtile non acquiri per talem alienationem, quæ momentaria dici poteſt, ſed pęnam ex illicito
D facto non euadere vaſallum. Semel enim commiſſa eſt: quare non poteſt domino auferri ius quæſitum.

Quartum eſt ex l. 3. ff. de diuor. ibi: *Si breui reuerſa eſt vxor, nec diuertiſſe videtur.* Reſpondeo, & hic quoq; nõ videri alienatam rem feudalẽ, quę breui recuperata eſt, ſed tamen, quia culpa iam cõmiſſa eſt, & feudum domino apertum, non poſſe ius domino quæſitum auferri.

Quintũ eſt ex l. Si in lege. §. Colonus. ff. locati. ibi: *Quòd ſi paucis diebus prohibuit: deinde pœnitentiam egit, omniaq; colono integra ſunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.* Rñdeo, nihil quidem iuris minui domino feudi, ſi feudum alienatum ſtatim recuperetur. Verùm, quia ex priori culpa pęna eſt cõmiſſa, ius domino quęſitum ex ſequenti recuperatione auferri non poterit.

Sextum argumentum eſt ex l. 4. §. Idem Labeo. ff. de vſucap. *Idem Labeo ait, ſi rem quã apud te depoſueram, lucri faciendi cauſa vendideris, deinde ex pœnitentia redemeris, & eodem ſtatu habeas, ſiue ignorante me ſiue ſciente ea geſta ſint, videri in poteſtatem meam rediiſſe, ſecundũ Proculi ſententiam, quæ & vera eſt.* Reſpondeo, rem quidem in po-

n potestatem dñi videri reuersam ex eo, quod redẽpta sit, A
sed tamen dolum in alienatione commissum, rectè coerceri amissione rei, arg. l. 1. §. Si rem. ff. depositi. ibi: *Quia semel dolum fecisti cùm venderes.*

Septimum est ex l. Ex hoc edicto. §. Si quis alienauerit. ff. de alie. iud. mu. cau. fa. Paulus: *Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.* Respondeo, ideo non teneri, quia nõ efficitur durior aduersarij causa. Potest enim possessorem cõuenire, itaque ratio edicti, quæ adfertur in l. 1. ff. eod. tit. penitus cessat.

Octauum est ex c. Si quis presbyterorum. de reb. Eccle. non alienan. ibi: *Nisi fortè alienator, & qui acceperit, celeri restitutione sibi prospexerint.* Rñdeo, non si ex æquitate sacrorum canonum anathematis remittitur pœna alienanti res Ecclesiasticas, ideirco pœnam temporalem amissionis feudi, vasallo contra leges alienanti feudum remittendam esse. Mitius agunt canones quàm leges, & mitius agendum in pœnis, quę animã percutiunt, quàm
quæ bona temporalia. Sanè textus feudalis duritiem ac B
seruitatem alienam non esse à iure nostro intelligi potest ex l. Qui ea mente. ff. de fur. ex l. Quid sit fugitiuus. ff. de ædil. edicto, & alijs legibus, quibus continetur, ex pœnitentia delicti iam commissi, non desinere quempiam nocentem esse & pœna dignum, licet ea pœnitentia & Deo grata sit & Reipublicæ.

CAPVT LXXXV.

Alienans feudum absque licentia domini cum clausula, Saluo iure domini, *vel alia cautela, an euadat pœnam iure constitutam?*

NOn assentior illis qui docent, vasallum pœnam priuationis euadere, cùm feudũ alienauit absq; domini permissu, ea clausula adiecta, *Saluo iure domini*. imò nec si adij-
ciatur, *Nec aliter, nec alio modo.* Nec enim C
verborum artes valent ad eludendas legum sanctiones. In primis verba legum, quibus feudi prohibetur alienatio absque domini licẽtia, locum & in hac specie sibi vendicant: Sunt enim generalia valde & pręcisa. vt in c. 1. de proh. feu. alie. per Loth. & per Frid. Deinde ratio illa, propter quam vasallus feudo priuatur, locum etiã obtinet, quia. s. dominũ cõtẽnere vr. c. 1. §. Vasallus, quæ fuer. pri. cau. benef. amit. Tertiò, quia etiam absq; clausula illa, *saluo iure domini*, ius domini saluũ est. Nec. n. põt vasallus feudũ alienando, auferre dño ius suũ, aut plus transferre in alium, quàm ipse habeat. Tacitè ergo inest illa protestatio, Ergo nihil operatur. l. 3. ff. de leg. 3. Denique ratio, quæ continetur in lege prohibente alienationes feudi, *ne imperij vel dominorum minuatur vtilitas*, vt in d. c. 1. de prohibit. feud. alien. per Loth. & per Frid. ad hanc nostram speciem extendit se; quia minuitur imperij & dominorum vtilitas; hoc modo. Imperatori necessaria est opera vasalli atque seruitiũ. Feudum ille non
habet: Alienauit enim. Nouus vasallus vel nõ adest, vel D
nescitur, vel idoneus non est: Minuitur vtilitas imperij, quia nemo præstat seruitium.

Quod si alienetur feudum sub ista conditione, si dominus consenserit, si ratam alienationem habuerit, ita vt sit conditionalis alienatio, non autem quæ sub conditione resoluatur, quod & alibi Iurisconsultus distinguit in l. 2. ff. de in diem addict. hoc in casu, si dominii non interfit, aliud statuo: Tunc enim est perinde ac si ab initio consensus domini adhibeatur. Retrotrahitur enim arg. l. vlt. C. ad Maced. Et si non consentiat dominus, nihil valet alienatio: Itaque nõ impugno hanc cautelam, sed priorem. Si non ijs erit contentus lector, aliorum sententias exquirat. Legat Curtium iuniorem in quarta parte, nu. 112. Rolandum à Valle cons. 51. lib. 2. Thom. Gram. dec. 49. Fel. in c. Quæ in Ecclesiarum. nu. 84. de constit. Isti alios indicabunt, ex quibus sitim explere poterit.

CAPVT LXXXVI.

Vasallus alienans feudum sine licentia domini, & constituens se nomine emptoris illud possidere, nõ facta reali traditione, an in pœnam incidat amissionis feudi?



COmmunis est & vera sententia, feudum cadere in commissum, si fuerit à vasallo alienatũ absque domini permissu, licet possessio realis tradita non sit, sed tm. vasallus cõstituerit se eius nomine possidere, ĩ quẽ feudum alienatum est. Vide Zasium par. 10. nu. 8. Tiraquellum de iure constituti, par. 3. limit. 26. num. 5. Rolãdum à Valle in cons. 51. lib. 2.

Fundm est firmissimum, quia is dicitur possidere, cuius nomine possidetur. l. Quod meo. ff. de acq. possess. c. Si diligenti. de præscript. c. Cùm venisset. de restit. spol. Quare res non manet in dñio venditoris vasalli, sed in eum transfertur, qui emit, vel alio titulo feudũ accipit, & possidere intelligitur. Nihil ergo proponitur, cur vasallus feudum non amittat, ex lege tam Lotharij, quàm Friderici, tit. de prohib. feud. alien. Fecit. n. vasallus contra legem. Ergo incidet in pœnam legis: Nec eam potest euadere, sicut qui rem non tradidit, quasi tunc alienata fuisse non videant. l. alienatum. de verb. sign. quæ communis & iusta quædam interpretatio est. Hoc, inquam, velamento defendi non potest, quia dum constituit se alterius nomine possidere feudum, tradere videtur. Is enim possidet, cuius nomine possidetur, vt dixi.

Contrarium docuerunt Afflict. in cap. 1. num. 9. Quid iuris si vasall. post alien. fact. feud. recup. Curtius iunior in 4. par. nu. 104. Guido Papæ decis. 101. Ripa in c. Cùm M. num. 80. de constit. & alibi. Ludolphus Schraderus alios adferens, par. 9. cap. 1. nu. 34.

Primum argumentum sumitur ex nõnullis textibus, quia traditionem verè factam supponere videntur. c. 1. ibi: *Ad quemcunque peruenerit.* tit. Quid iuris. si post alienation. factam vasallus feudum recup. c. 1. §. Prçterea. de capitulis Conradi. ibi: *Alienationes factas nulla obstante præscriptione reuocare.* c. 1. ibi: *Omnibus beneficijs suis exutos, &c.* de prohib. feudi alie. per Lothar. c. 1. §. Callidis. de proh. feudi alie. per Frid. ibi: *In alios transferant, &c.* Respondeo, etiam in proposita facti specie verba ista verificari posse; quia vt dictum est, is dicitur possidere, cuius nomine possidetur. Ergo feudum verè alienatũ est, & in alium translatum, quantum ad ipsius vasalli voluntatem & conatum: licet incidat in commissum, & dominus, si voluerit, feudum vendicare possit.

Secundum argumentum est, quia nullius momenti est alienatio, lege prohibente facta. l. Non dubium. C. de legib. Ergo per constitutũ adiectum vera possessio trãsferi non potest, etenim nullius momenti est, cùm principalis cõtractus non subsistat. l. Cùm principalis. de regulis iuris.

Respondeo, nullius quidem momenti alienationem factam esse, neque constitutum, sed non propterea pœnam commissi, siue amissionis feudi euitari posse. Vtrunque enim lex statuit, vt nec valeat alienatio, & feudum amittatur, libereque ad dominum reuertatur, vt patet ex d. c. de prohib. feud. alie. per Lothar. & per Frider.

Tertium argumentum est, quia actus nullus & inutilis pœnam non meretur. l. 1. §. vlt. ff. quod quisque iuris. l. Non putauit. §. Non quarus. ff. de bono. possess. contra tab. l. 5. §. Si quis cõtra. ff. de leg. præstan. l. 6. ff. ad legem Cornel. de falsis. Respõdeo, frustrà hoc inculcatur brocardicũ, cùm lex apertè alienationem feudi sine cõsensu domini factam infirmet, & simul pęnam statuat amissionis feudi. Dixi brocardicum esse, quia & alias contrarium responderi solet, nimirum ex actu nullo pœnam infligi posse. Vide Bald. ad l. Non dubium, col. 3. C. de legibus. Tiraquell. de retractu cõsang. §. 26. Glos. 2. n. 8. &

de legibus Cõnub.Glos.8.vers.De Son Nary.num.207.

Postremum argumẽtum est à simili. Si quis rem alienam sciẽnter alteri vendit & tradit, furtum committit, & in pœnam incidit, secus si alterius nomine constituat se possidere; vt tradit Aretinus in l.3.§. Si rẽ apud te.ff. de acq.possess.& alibi. Respondeo, hanc doctrinam iure non probari, contrarium docere Salicetum ad l.Si seruum vestrum.C.de Furtis. & ad rem nostram nõ pertinere, in qua certo iure vtimur, quo constitutum est, vasallum absq; permissu domini feudum alienantem illud amittere. Hic verò alienat, & quantum in se positum est etiam tradit possessionem. Ergo pœnæ locus est.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum vasallus feudi amissione seu priuatione dignus sit, si annuum censum domino præstare cessauerit?



Vnt quædam feuda, pro quibus ex conuentione domino prestari solet census annuus, Vnde quæritur, si vasallus in solutione cessauerit, an cadat iure suo? Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ. Prima, cadere à iure suo vasallum in solutione cessantem, cuius hæc ferè argumenta sunt. Primum ex cap.1.§.Sed non est alia, quæ fuerit prima cau.benef.amitten. *Sed non est alia,* inquit text. *iustior causa beneficij auferendi, quàm si id propter quod beneficium datum fuerit, hoc seruitium facere recusauerit, quia beneficium amittit,* loquitur text. generaliter, *de seruitio propter quod feudum datum est,* quam ob rem tam de personali, quàm de reali seruitio accipi potest.

Secundum, quia donatio reuocari potest, si pacta non seruẽtur. l.vlt.C.de reuoc.dona. Ex eademque causa feudũ auferri posse videtur ex §.Prædictis modis, quæ fuerit prima cau.benef.amitten. Ergo, si hoc pactum nõ seruetur, quo census annuus præstari debet, feudum meritò auferri poterit.

Tertium, quia summus Pontifex hanc inter alias culpas Imperatoris Friderici cõmemorat, ob quas eum feudo priuauit, in c.Ad Apostolicæ, de re iud. li.6. ibi: *Posset etiam meritò reprehendi, quod annuam pensionem, in qua pro eodem regno ipsi Ecclesia Romana tenetur per nouem annos & amplius soluere prætermisit.*

Quartum, quia cùm ita in emphyteuta sit constitutũ, vt patet ex l.2.C.de iure emphy.& in c.Potuit. de locato: nec nõ in conductore. l.Quærto.§.Inter locatorem.ff. locati. Nec contrarium libris feudorum sit cõstitutum, videtur iure communi vtendum etiam in feudis, cap.1. de feudi cõgnit.

Atque ita docuerunt Innocen. in dicto cap. Ad Apostolicæ, Baldus in cap. Quæ in Ecclesiarum, de constit. Curtius iunior in 4.parte, nume.78.79. Alexander cons. 11. libro 5. Laurentius Siluanus in cons.42.nume.9.vers. Tertius casus est.

Contrarium docuerunt Speculator tit.de Locato.§. Nunc de emphyteusi, quæst.85. Alexander alios citans in cons.9.nume.2.3.lib.3. alios multos citat Siluanus in cons.42.numero 1.& post eum Ludolphus Schraderus, parte 9.cap.5.nu.75.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nulla feudali lege cautum est, vasallum cadere suo iure, ob nõ solutionem census: cùm tamen aliæ causæ diligenter enumerentur priuationis feudi, in titu. quæ fuerit prima causa benef. amitten. Ergo nec à nobis statuenda est.§.Cùm igitur. in Auth. De non eligendo secundo nuben.

Secundum est ex cap.Licet. si de feudo cõtrouers. fuerit inter dom. & agnat. vbi, *Licet vasallus seruitium domino non offerat quantocunque tempore steterit, dummodo domino petenti seruire paratus sit, beneficium non amittit.* Igitur & idem respõdendum est de annuo censu, si non fuerit ad soluendum interpellatus vasallus, cũ nõ amittere feudum, licet in solutione cessauerit.

Tertium, quia licet ita cautum in emphyteusi sit, vt non soluens per triennium, iure suo cadat, vel per biennium, si Ecclesiæ canon debeatur, cap.Potuit. de locato. l.2.C.de iure emphyt. tamen id cùm pœnam contineat, extendi non debet ad feudum, argum. cap. Statutum. de elect. lib.6.

Quartum, quia in censuario receptum est, vt non cadat à iure suo, licet per longissimum tempus censum soluere neglexerit, vt not. in c.Cõstitutus. de relig.domib. Ergo idem statuendum de vasallo, qui feudum tenet, & non soluit censum annuum.

Quintum, nam contractus non rescinditur iam consummatus & perfectus ex eo, quod alter nõ adimpleat, sed cogi potest ad implendum. l. In ciuile. C.de rei vẽd. l.Non idcirco. C.de rescin.vend.

Tertia est sententia sic distinguẽs. Aut pro feudo præstari debet pensio, id est, annuus census duntaxat, aut simul cùm pensione etiam fidelitas præstanda est. Priore casu vasallus ob non solutum censum feudum amittit. Posteriori non item. ita Aluarot. in cap.1.§.Sed nec alia. quæ fuerit prima causa benef.amitt. Ratio est, quia hoc posteriori casu feudum principaliter nõ datur propter pensionem, sed propter fidelitatem. Ergo & si pensio nõ præstetur, nõ est vasallus feudo priuãdus. Priori autem casu datur principaliter propter pẽsionem siue cẽsum, ideo si non soluatur feudum, amitti debet. Hanc distinctionem Afflict. sequitur, moderatione tamen hac adhibita, si vasallus requisitus fuerit in c.1.§. Sed nec alia. n. 109. Quæ fuerit prima cau.benef.amitten.

Quarta est sententia Martini Laudensis in cap.1. De his qui feudum dare poss. aliter distinguens. Aut census annuus promittitur ac debetur à vasallo in signũ honoris & subiectionis, vt puta si præstetur ensis, vna libra piperis, accipiter, & simile quid exiguum, & tunc ob cessationem vasallus feudum nõ amittit. Aut census magnus præstari debet, qui videtur quodammodo respondere fructibus feudi, & tunc feudum amittitur, quia tunc apparet feudum esse concessum propter censum, sequitur hanc distinctionem Curtius iunior parte 4. numero 79. vers. Limitanda. nec non Albertus Brunus in consil.41. in 2.dubio.

Quinta est sententia Iasonis in præludijs feudorum, numero 64. is (omitto primum membrum distinctionis illius, quia non est ad rem) distinguit inter pensionem minimam, quæ datur in signum honoris & subiectionis vasalli, & magnam. Priore casu putat vasallum non esse feudo priuandum, licet non soluat etiam interpellatus. Posteriori casu iterum distinguit, aut pẽsio est maior personali seruitio; & tunc quia videtur propter eam principaliter concessum feudum, si non soluat, cadit feudo. Aut minor est seruitio personali, & tunc aliter est statuendum, quia videtur principaliter consideratum fuisse seruitium; ac proinde non debet feudum amitti, licet pensio non soluatur.

Ego ex his omnibus sententijs eligo secũdam opinionem, tanquam iuri magis consentaneam. Nam reuera magni ponderis est argumentum illud, quod cùm iure feudorũ multæ sint causæ expressæ, quibus vasallus feudo priuetur, nullibi tamen expressa est hæc causa, vt priuandus sit vasallus feudo propter non solutam pẽsionẽ siue censum. Sed nec causa ista cessationis in soluendo censu similis est expressis causis, vel illis maior. & quod maximè perpendo, non est causa ob quam feudum dari solet; nisi quis feudũ impropriè accipiat pro emphyteusi: sed fidelitas est illa, quæ vasallo incumbit ex concessione beneficij, ac feudi; vt nõ parum miratus sim, distinctionem illam tertiæ opinionis in illo membro, quo nõ fidelitas præstanda est, sed tantùm cẽsus; quia fidelitas est ita feudò substantialis, vt remitti non possit, quin contractus meritò aliud nomen, aliamq; induat naturã. Obseruandum est igitur nullius momenti esse prioris

sententiæ

sententiæ argumenta. Nam tex. in d. §. Sed nec alia, non A de solutione cẽsus annui loquitur, sed de præstatione seruitij, quam vasallus recusat. Nusquam aũt toto iure feudistico censum & pensionem *seruitium* appellatum animaduerti. Nec simplex negligentia vasalli punitur eo in loco feudi amissione, sed denegatio ac recusatio seruitij, conuenienter textui, c. licet, si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agn. defuncti. Quamobrem nullius momenti illud argumentum esse videtur.

Ad argumentum illud, quod dicitur, donationem reuocari posse, si pacta non seruẽtur, respondeo, non rectè ad rem nostram induci, quia pacta quæ concessioni feudi adijciuntur in fidelitate consistunt, quam si non præstiterit vasallus, meritò priuandus est feudo. Pactum autem annui census non est causa concessionis feudi, nec facit vt feudum videatur sub modo quodam siue cõditione datum & concessum, sicut in donatione: nam is cui donatur, nullum præstare aliàs seruitium fidelitatis tenetur: ideo si pacta nõ obseruet, quibus se obstrinxit, reuo- B catur donatio: summa rõne, ne donatas res accipere, & libertatem irridere donatoris videatur. At vasallus dicet se paratũ esse ad seruitia præstanda, si fuerit à domino requisitus, in qua re principaliter cõsistit eius obligatio & onus. Nec tex. in d. §. Prædictis modis, dicit feudũ amitti ex illis causis, ob quas donatio reuocari põt: sed hoc dicit, prædictos modos qui superius enarrati sunt amissionis feudi, iuri, & rationi cõsentaneos esse: idque ex causis, ob quas filij exhæredari possũt, & donatiões reuocari perspicuè ostẽdi posse: sunt enim multæ causæ exhæredationis liberorum, & reuocãdæ donationis, vel eædem, vel similes ijs, ob quas feudum amittatur: sed nõ idcirco infertur ex omnibus causis, ob quas donatio reuocari potest, etiam feudum amitti.

Tertium autem argumentũ potius confirmat nostrã hanc sententiam quàm contrariam. Nam summus Põtifex in d. c. Ad Apostolicæ, dicit reprehensione dignum fuisse Fridericum, qui tanquam vasallus, censum nõ præ- C stiterat per annos nouem, non autem priuatione feudi ob eam causam dignum, sed ob alias iustas causas, quas ibi commemorat: inter quas istam quoque adnumerasset, si non potiùs ad reprehensionem, quàm ad priuationem pertinuisset.

Ad quartum argumentum notandum est, in his quæ iure feudali decisa non sunt, vtendum esse iure communi: quando sunt penitus omissa, nec tacitè vel expressè decisa. Cæterùm in materia nostra non est opus ad ius commune refugere: quoniã causæ, ob quas feudũ amittitur, expressæ constitutæ sunt, & declaratæ in libris feudorum, quamobrem tacitè cautum, ac per cõsequentiã videtur ex alijs causis, non similibus, nec maioribus expressis feudum nõ amitti. Sed hæc causa, qua de agitur, nec expressa est inter alias, nec alijs expressis aut maiores erant ijs comparanda. Ergo iusta causa amissionis feudi non est.

De tertia opinione iam dixi, illud membrum distin- D ctionis peccare, quo supponitur feudum esse sine fidelitatis onere, & obligatione. Quarta autẽ sentẽtia in priori articulo, distinctioni nostræ conformis est. In posteriori autem ideo peccat, quod vix tale feudũ reperias, quod & seruitium exigat personale, & magnam pensionem annuam. Si tamen reperiatur, eò magis vasallo succurrẽdum puto, quò maiori pressus est onere: nec puto si fidelitatis seruitia præstare non recuset, feudum illi auferendum, licet negligens fuerit in solutione cẽsus: quia illa est minus principalis, quàm personale seruitium: sicut persona rebus antecellit.

Quæ responsio sufficit ad confutandum quoque Iasonis distinctionem, quæ malè proponit nobis feudum, in quo maior sit ratio habenda census annui, quàm seruitij personalis: id enim raró accidere potest, & naturæ feudi maximè repugnat, in quo præcipuè fidelitas spectari solet.

CAPVT LXXXVIII.

Si vasallus vltra fines dati feudi, per errorem facti, aliquid præscripserit, postea feudo ad dominum reuerso, an etiã pars alterius præscripta, ad dominũ pertineat?



Egat Baldus ad dñm pertinere in cap. Rursus, nu. 6. cõtrouer. inuestiture, refert & sequitur Curtius iunior, p. 4. n. 90 Baldus de præscript. 4. p. 4. partis princ. q. 12. princip. q. 5. nu. 14. Fundamentũ est, quia vasallus nõ pscripsit illud, quod vltra cõfines erat vigore tituli, quẽ à dño suo habuit, tũc. n. in cõsequentiã tituli, ad dñm res præscripta pertineret, sed pscripsit ex errore facti; & adfertur pro argumento textus in l. Debitor. §. vlt. ff. ad Treb. ĩ illis verbis: *Quia nõ quasi hæres, sed quasi mater accepit: nec occasione hæreditatis, sed errore ex pacto habuit.*

Contrarium docuerunt Martinus Laudensis, in d. §. Rursus. de cõtrouersia inuest. & alij quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus, 2. p. 9. partis princip. sectione a. nu. 6, 7. Et hęc sententia mihi placet.

Probatur, qm̃ pscriptio est accessoria tituli, & ideo eũ sequitur, ad quẽ titulus reuertitur. l. Si alienã. l. Qui aliena. ff. de don. causa mortis. l. Iure succursum. §. Si pater. ff. de iure dotiũ. l. Indebiti. §. Sed & si nummi. ff. de cõd. i. deb. l. It qui alienũ. ff. de solution. notat speculator ti. de Emphyteusi, q. 53. Iason ad l. 2. nu. 159. C. de iure Emphyt.

Non obstat argumentum contrariæ sentẽtię, quia negari potest id quod assumitur in eo, nimirũ præscriptionẽ hoc in casu, non ex titulo proficisci, sed ex errore vasalli præscribẽtis: Nam licet nõ immediatè procedat ex titulo, procedit tñ occasione tituli; Si enim vasallus nullum titulum haberet, error facti non ei prodesset ad vsucapionẽ longi tẽporis: quia requiritur bona fides, & iustus titulus verus vel putatiuus, originem habẽs ex errore facti iusto, l. Celsus. ff. de vsucap. Illud argumentũ nihil mouet, quod sumebatur ex l. Debitor. §. vlt. ff. ad Trebel. Quia ibi mater dotem consequitur ex pacto tanquã mater, non aũt tanquam hæres, licet pactũ non valeret, quia filius matri nõ poterat pacisci dotem reddi. Sed error adiudicationis factæ per arbitrum familiæ herciscũdę matrem defendit. Erat autem rogata hæreditatem restituere: quare id quod non occasione hæreditatis, nec tanquam hæres habuit, restituere non cogitur. In facti specie à nobis ꝓposita vasallus occasione tituli vsucepit rem alienam vltra confines, eidem suffragante iusto errore facti. Arbitrabatur enim eo vsque feudum pertinere, quo vsque possidere cepit. Quod si proponatur vasallum aliquid vltra feudi terminos præscribere, nõ vt vasallum, sed vt extraneum ex alia causa vel titulo, quàm feudali, quia tunc non occasione tituli præscriptio inducitur, priori sententiæ facilè assentior.

CAPVT LXXXIX.

Si vasallus, cui datum est castrum in feudum, absque iurisdictione, acquisiuerit iurisdictionem suis sumptibus & industria, an extincto iure ipsius feudi, ad dominum reuertatur castrum, cum iurisdictione acquisita?



Astrum absque Iurisdictione datum est in feudum, vasallus emit Iurisdictionem. Feudũ ad dominum reuertitur generatione finita, vtrũ etiam cum iurisdictione reuertatur, Baldus & Aluarotus responderunt, nõ reuerti cum iurisdictione, in cap. 1. §. E contrario, de inuestitura de re aliena facta, Ruinus in cons. 14. lib. 1. Clarus §. Feudum, q. 88. in fine. Sed contrarium docuit Præpositus in d. §. E contrario, quem secutus est Augustinus Berous, q. 96.

Omnis difficultas pendet ex d. §. E contrario, cuius verba hæc sunt: *E cõtrario autem si quid feudo a vasallo additum sit, si quidẽ tale adiectum sit, quod per se subsistere*

possit, id est, vt per se censeatur, vt prædium, id non accrescit feudo. Si verò per se non possit subsistere, vt seruitus plerisq; placeat feudo accedere, & sicut partem feudi dispomendam esse. Meliorem namq; conditionem feudi facere potest, deteriorem verò sine domini voluntate, vel eorum agnatorũ, ad quos per successionem feudum pertinet, facere non potest.

Qui negant iurisdictionem ad dñm reuerti, hoc perpendunt, Iurisdictionem per se cõsistere posse, ac per se censeri, vt prædium, quia fieri potest, vt alius iurisdictionem habeat in castro, alius autem dñs sit castri, vt mœnia castri, atq; adeò ipsius dominiũ ad alium pertineat, ad alium verò iurisdictio ipsius castri, & in ipso castro. & hoc ipsum quæstio supponit, dum proponitur datum in feudum castrum absque iurisdictione, & postea vasallum ab eo, cui cõpetebat emisse, aut alio titulo accepisse.

Qui verò affirmant, castrum simul cum iurisdictione ad dominum redire, iurisdictionem seruituti æquiparant; sicut enim seruitus inest castro, ita & iurisdictio, nam sine castro intelligi non potest, quempiam in castro iurisdictionem habere.

Sed verior vt ista comparatio seruitutis & iurisdictionis bona sit. Seruitus.n. per se consistere non potest; hoc est, nemo pôt seruitutis ius habere in castro, nisi etiã castrum habeat: Realis enim seruitus sine prædio constitui non potest. At quempiam iurisdictionem in castro alterius habere id & fieri, & facilè intelligi potest. Inest ergo iurisdictio castro, seu territorio *passiuè*, vt loquuntur Doctores quos refert Hierony. à Monte de finib. c. 50. nu. 16. quia nisi castrum sit, iurisdictio non est, quia in castro exercetur, sed non per omnia inest, cùm alius castrũ obtinere, alius iurisdictionem in castro possit, quare negantis sententiæ me socium haud grauatum adiungo.

CAPVT XC.

Si vasallus propter culpam feudum amittat, & ad dominum reuertatur, an quascunque meliorationes amittat, quæ per se consistere non possunt?

Non puto dñm lucrari posse, cùm vasalli iactura grandes meliorationes feudo adiectas, ex quib. eius pretiũ auctũ est, quæq; extraordinariæ dñr, quia nõ tenetur eas facere vasallus, ex lege feudalis cõuentionis ordinaria. Neque.n. iustum est, quemquã locupletari cũ aliena iactura. l. Nã hoc natura. ff. de cond. indeb. l. Iure naturæ. de reg. iur. Sic videmus colonũ culpa sua expulsũ, sumptus vtiliter factos in vineis instituẽdis repetere posse, pp quas denis amplius aureis annuis locari ager poterat, cum lege locationis comprehensum non esset, vt vineas poneret. l. pen. § Dñs. §. 1. ff. locati. Quid plurib. opus est? Etiam malæ fidei possessor hmõi sumptus repetit. l. Planè. ff. de peti. hæred. Sic docent Bald. in §. Adeò, inst. de locato. Arius Pinel. ad l. 2. parte 2. cap. 3. num. 9. C. de rescind. vend. Menoch. de recup. rem. 15. nu. 504.

Sed cõtrarium voluit Guidn Papæ decis. 169. & 438. Berous, q. 96. post nu. 4. Ludolphus Schraderus alios citans, quorum tamen multi nõ loquuntur in terminis nostris, in 2. parte 9. partis princ. sect. 2. nu. 16. 17. Horum fundamentum est in l. 2. C. de iure emphy. vbi emphyteuta amittit meliorationis sumptus, quando ob canonem non solutum cadit iure suo. *Nulla ei*, inquit textus, *in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda.*

Et inter alios Schraderus perpendit his verbis, emphyteutam repelli à petitione quarumcunque meliorationum, quia textus dicit, *meliorationis vel eorum, &c.* Quare non solùm emponemata non repetit, sed nec etiã alias quascunque meliorationes, siue magnas, siue paruas, quia verba legis generalia sunt, omneque meliorationum genus comprehendunt: Et ideo ob culpam commissam iure permissum videtur, alium cum alterius

A iactura locupletari. Nam quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. l. Quod quis. 203. ff. de reg. iuris.

Verùm ista nõ me remouent à priore sententia. Nam quod attinet ad l. 2. C. de iure emphyt. nõ ille sensus est, minimè audiendum emphyteutam allegantem eiusmodi meliorationes magnas, quib. fundus pluris efficitur, & quas ex lege contractus facere non tenetur, sed allegantem meliorationes, quæ emponemata dñr: illa enim dictio, *vel*, non significat emponemata à meliorationib. differre, sed vnam & eandem rem esse in ea lege, & quasi synonyma, ac si diceret nulla allegatione in posterum opponenda nomine meliorationis, siue eorum, quæ emponemata dicuntur, quasi meliorationis verbum generale, explicetur ex adiuncto verbo emponematis. Sunt.n. emponemata meliorationes, quibus scilicet res stenlis excolitur, conseritur, & melior efficitur, secundum naturam contractus emphyteutici, quarum meliorationũ B ius acquirit ipse emphyteuta, vt declarat tex. in l. 3. C. de iure emphy. ibi. *Cum dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ Græco vocabulo emponemata dicuntur alienare, &c.* Dictionem autem, *vel*, aliquando expositiuè accipi demonstrat. l. Si familia. & ibi Duarenus notat. ff. de iurisd. omn. iud.

Quod verò dr, vasallũ in culpa esse, & ideo damnum sua culpa sentire, verùm est eatenus, vt domino feudum aperiatur, non etiam vt ædificia, & alias magnas meliorationes vtiles, quas facere tenebatur, amittat. Est enim in culpa etiam possessor malæ fidei, & nihilominus vtiles sumptus repetit, d. l. Planè. In culpa etiam colonus est, qui debitam mercedem & pensionem non soluit, & nihilominus sumptus istiusmodi repetit, vt in d. l. pen. & d. l. Dominus. §. 1. ff. locati. Benignius ergo & æquius est, vt vasallus cõsequatur sumptus meliorationis. iuxta text. in §. Si vasallus. Hic finitur lex, &c. Quanquam nõ C ibi agatur de feudo ob culpam ad dominum reuerso: quia eadem est æquitatis ratio, quod erat à contrariæ sententiæ fautoribus diligentius pensitandum, *quia hæc est iustitia, vt suum cuique tribuatur, non id quod est alterius*, vt pene interpretatione moliantur, æquitas postulat, vt nemo ex aliena iactura locupletetur, naturalis ratio docet.

CAPVT XCI.

Si meliorationis sumptus à vasallo factus liquidus nõ sit, & dominus fideiussorem dare paratus sit de sumptibus ei facta liquidatione soluẽdis, possitne feudũ vindicare.

Sed rursus cõtrouertitur. Feudo ad dñm deuoluto, vasallus vel hæredes illius illud retinere volũt, donec sumptus meliorationis à dño soluatur: Dñs fideiussorẽ offert de soluẽdo facta D liquidatione, an feudũ vendicare possit? Nõ pôt hæc cõtrouersia iuribus feudalibus definiri, sed cõfugiendũ ad ius cõmune. Paulus Castrensis in cons. 270. lib. 2. non tñ de feudo verba faciens, respõdit, prius esse restituendos sumptus, licet liquidi nõ sint, nec fideiussorem oblatum prodesse, idem respondit Ruin. in cons. 84. circa finem. lib. 1. Tiraq. de retractu conuent. §. 7. Glo. 1. nu. 13. Menochius de recuper. possess. remedio 15. nu. 568. & seq.

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus cons. 36. nu. 32. lib. 2. Neguzant. de Pignorib. 4. p. 5. partis princi. conclus. 3. Socinus iun. cons. 62. nu. 6. 7. lib. 1. Gozadinus cons. 100. nu. 21. Benintendus decis. 77. Marzarius de fideicommissis pat. 3. q. 66. & in terminis vasalli alios citans Schraderus par. 2. partis 9. princip. sect. 2. nu. 31.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. Item liberatur. §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. sol. in l. 10. ff. de pigno. act. in l. Promissur. §. vlt. ff. de constit. pecun. in l. 4. §. ait Prætor. ff. de re iud. l. 5. in fine. ff. de statu lib. quibus legib. hoc constitutum est, cum qui soluere tenetur, non

esse

esse audiendum si velit fideiussorem dare.

His accedit quod leges concedunt retentionẽ rei pro sumptibus factis. l. Si in area. ff. de cond. indeb. l. In fundo. ff. de rei vend. l. pen. ff. locati, neque excipiunt eum casum quo quantitas sumptuum liquida non sit.

Posterioris autem sententiæ, quam verissimam puto, præclarum est fundamentũ in l. 5. ff. de statu liberis. Pomponius: *Statu liber rationem reddere iussus, reliquum, quod apparet soluit, de eo quod obscurius est, satis dare paratus est. Neratius & Aristo rectè putant liberum fore.* Idem docet tex. in l. Seruus si hæredi. §. vlt. ff. eod. tit.

Hoc igitur in casu satisfactio pro solutione est, vt & aliàs sæpe l. Satisfactio. ff. de soln. l. Solutionis. ff. de verb. sign. Ne ius liquidum & certum, nimirum iusta vendicatio feudi retardetur ex illiquida exceptione siue petitione sumptuum, argum. l. vlt. C. de compensatio.

Et omissis ijs regulis, ratio institiæ huc postulat, vt feudi domino restituatur oblato fideiussore de sumptibus restituendis. Nam per dominum nõ fit, quo minus sumptus possessori refundantur, cùm eorum quãtitas incerta sit & obscura. Rursus cur deberet vasallus feudũ retinere nunquid vt eius lucro fructus cederent? At iam ad dominũ pertinere cœpit, ergo iniquum est, rei suæ eum fructibus carere. l. Et ex diuerso. §. 1. ff. de rei vend. An retinebit feudum loco pignoris pro cautione vasalli, donec soluantur sumptus? at iam cautum illi est fideiussoribus datis. Frustrà ergo, inutiliter feudum retineret: Hoc autem iustitiæ consentaneum non est, non magis, quàm vt alienum quis iniustè detineat.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, leges citatas loqui cùm solutio facienda est certæ ac liquidæ quantitatis pecuniæ; Non obstat quod opponitur, retentionem rei generaliter permitti, donec sumptus meliorationis restituantur. Id enim ita accipiendum est, vt iuri non aduersetur, æquitati nõ repugnet, & neminem iniustè lædat, ius suum nemini auferat, vt rationi fit consentaneum. Sic erit igitur accipiendum, vt si quantitas pecuniæ meliorationis nomine soluendæ certa sit, illa debeat restitui, nec sufficiat alia satisfactio absque consensu possessoris. Cæterùm, si incerta sit & obscura quantitas, non sit impediendus rei dominus, quò minus rem suam consequatur, si eo nomine satisdare paratus sit. Ita Iurisconsultus docet in d. l. 5. ff. de statu lib. Si principium cum fine responsi coniungatur.

Quamobrem nec illis assentiri possum, qui existimãt prodesse satisdationem eo casu, quo iudicis sententia iubetur dominus meliorationis sumptum restituere, licet non sit liquidus. Etsi enim iussus soluere non liberetur datis fideiussoribus. l. 4. §. Ait prætor. ff. de re iud. id tamẽ accipiendum est cùm certa quantitas pecuniæ soluenda est, non autè incerta & obscura, vt colligi potest ex d. l. 5. ff. de statu lib. nec solus sum in hac sententia contra Castrensem in d. cons. 270. lib. 2. & alios qui eum sequũtur, inter quos Bursatus cons. 184. nu. 57. lib. 2. quia idem ante me docuerunt multi alij, quos refert & sequitur Ripa ad l. 4. §. Ait Prætor, nu. 7. ff. de re iud. qui cùm debitum liquidum non est, condemnatum ad soluendum liberari datis pignoribus vel fideiussoribus docuerunt.

CAPVT XCII.

Sitne feudum vasallo tacitè obligatum, ob meliorationes in eo factas.



Disputari etiam potest, vasallo competere tacitam hypothecam in feudo ob sumptus meliorationis factos, ex ijs, quæ tradit Ripa ad l. Vbi purè. §. vlt. nu. 2. adducta l. Interdũ. Cum l. seq. ff. qui potiores in pig. habean. Rursus non competere ex ijs, quæ docet Aretinus ad l. Si quis rem. ff. de acquir. poss. ff. ad finem, quem refert & sequitur Parisius in annotationibus ad Bar. in l. In

A fundo. ff. de rei vend. Vel distinguẽdũ esse cũ Ludolpho Schradero par. 2. 9. partis princip. sectione 2. nu. 49. inter sumptus qui fiunt pro reficiendo vel conseruando opere iam facto, & eos qui fiunt pro nouo opere extruendo. Priore in casu tacitam hypothecam vasallo competere, posteriori nõ cõpetere. Sed magis est, vt putem, nõ competere tacitam hypothecã vasallo pro huiusmodi sumptibus, nulla distinctione adhibita. Nam tacita hypotheca est quoddam iuris priuilegium, quod à nobis sine legis authoritate statuẽdum, atq; inducendum nõ est. Nulla verò lex adfertur, quæ tacitam vasallo hypothecã tribuat. Nam l. 1. ff. in quib. cau. pig. tacitè cõtrah. loquitur de mutuante in refectionem rei, vt patet ex illis verbis: *Pignus Insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit.* In eandẽ mẽdũ loquitur l. 5. ff. qui potiores in pign. habean. illis verbis: *Veputa: si in rem ipsam conseruandam impensum est, quod sequens credidit.* Fateor pro sumptibus retentionẽ competere, quasi ea res loco pignoris fuerit. l. Si in area. ff. de

B cond. indeb. l. Creditoris. §. vlt. ff. de furtis. Et hoc fortassis aliquos fefellit, vel potius illud, quod de creditoribus pecuniæ in refectionem & conseruationẽ tel cõsumptæ veteres iuris authores tradiderunt: hæc ad vasallum, qui feudum possidens, sumptus fecit, non sunt extendenda. Nec rectè quispiã argumẽtari potest ex eo, quod scribit Cuiacius lib. 19. obseruat. c. 20. Si quis cessante dño vltrò suis sumptibus ædificiũ restituerit, idem priuilegiũ exactionis habere, cũ tacita hypotheca, ex oratione D. Marci & Senatusconsulto post eã secuto, iux. l. Cùm duobus, aliàs est. l. Si fratres. 53. §. Idẽ rŭdit. ff. pro socio. Nam dns feudi nõ potest dici cessare, cùm vasallus feudũ possidet: nec vasallus restitutionis ædificij causã sumptus facere dr, quasi negotium gerens domini, sed suum magis: cùm ipse ius in feudo habeat. Quãquam feudo ad dominum reuerso, iustè ipsi debeantur sumptus meliorationis.

C

CAPVT XCIII.

Meliorationis sumptus qui debet vasallo restitui, feudo ad dominum reuerso, sit ne secundum æstimationem præsentis temporis restituendus, si fortè maior æstimatio esset ædificij ac meliorationis, quàm sumptus à vasallo factus?



Coniungendum est hoc caput cũm cap. 65. hoc eodem libro, quia controuersia hæc cum illius capitis controuersia magnã habet affinitatem, licet an separatim hic tractetur, vel ibi coniunctim tractaretur, non multum interest. Vasallus fecit sumptum in feudũ, eius refusionem dominus, cui apertum est, offert. Sed his oritur ex eo, quòd vasallus exposuit, gratia exempli, centum, melioratio verò nũc ducentis æstimatur. Quæritur

D an quod expensum est sufficiat restituere, an quatenus res pretiosior facta est, id est, præsentis temporis æstimationem, quæ sumptuum quantitatem excedit, dominus vasallo restituere teneatur. Et licet quæstio controuersa sit, & dubia, ne tamen diu lectorem moretur, vltimò eatenus dominum teneri, quatenus expẽsum est, & sic textum accipio in cap. 1. §. Si vasallus. Hic finitur lex. cùm ait: *Precium meliorationis soluatur.* Mouet me primum tex. in l. In fundo. ff. de rei vendic. in illis verbis: *Reddet impensam; vt fundum rec piat, vsq; dumtaxat, quo pretiosior factus est, & si plus fundi pretio accessit solum quod impensum est.*

Secundò, Constantinus Hermanopulus in promptuario iuris lib. 2. tit. 1. Rub. de bonæ fidei possessore, qui sic scribit: *Vnde constituit o cum et qui bona fide possed t, rei melioris & preciosioris facta aliqua impensa refunditur, si quidem modicis sumptibus magnum precij res quidem praedij possessor creuerit & statuerit, vt vineam, oliuetum, & id genus,*

nus, ſolùm quod impenſum eſt reſtitui. Cùm verò quis multa quidem in rem inſumpſerit, ſed non multò eam precioſiorem effecerit rei ſolam æſtimationem præſtari, vtpotè cum ea, quibus rem ornarit & inſtruxerit, quàm pauciſſima ſint, Inſcitiæ etenim ſua adſcribat, qui tantoperè laborarit, vt inconſultò in terram tenuem forſan, & ſterilem quaque ſibi credita tueri non poſſet, tantam pecuniam ac ſumptum conferret.

Tertiò, mouet tex. in l. intra vtile. §. Venditibus. ff. de minoribus, illis verbis: *Niſi ſi maluerit omnes expenſas, quas bona fide emptor feciſſe approbauerit ei præſtare, &c.* & in c. 1. de in integrum reſtitut. illis verbis: *Promidendum eſt tamen ne ſi fortè coloni poſſeſſiones illas expenſis ac labore ſuo reddiderit meliores, ſumptibus, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari*, vbi vides ſumptus reſtituẽdos eſſe, non aliud, præter ſumptus, quod fundo acceſſit.

Quartò, rationem & cauſam perpendo iuſtitiæ commutatiuæ, illa præcipit æqualitatem ſeruandã, ius ſuum vnicuique tribuendum, non plus. At vaſallus fecit ſumptum in rem feudalem, iuſtum ergo vt refundantur, ne dominus feudi locupletetur cum iactura vaſalli. Verũ ſi ex ſumptibus meliorationis plus precij fundo acceſſit temporis proceſſu, hæc res non accidit labore, opera, pecunia vaſalli, ſed temporis varietas hoc tulit, id igitur cedat commodo domini feudi, non vaſalli.

Hanc ſententiã amplexi ſunt Paulus Caſtrenſis conſ. 270. nu. 3. lib. 2. Tiraquellus de retractu conuentionali, §. 7. Gloſ. 1. nu. 8. Felinus in c. Cùm cauſa, nu. 28. de re iudi. Hartmannus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, quæſt. 42. num. 18. Ludolphus Schraderus par. 2. 9. partis princ. ſect. 2. num. 100.

Contrarium reſponderunt Bal. in c. 1. §. Si vaſallus hic finitur lex. Ruinus conſ. 117. lib. 3. Bertrandus conſ. 2. nu. 15. lib. 1. p. 2. Roland. à Valle conſ. 28. & cõſ. 30. lib. 1.

Quorum fundm̃ eſt in l. Domos, de leg. 2. exiſtimarũt enim Papiniani reſpõſo illo probari, æſtimationem præſentis tp̃is eſſe ſpectandam, vt latè diſputat Menoch. de recup. poſſeſſ. remedio 15. nu. 557. Rectè, nam iuſta precia ex præſenti æſtimatione conſtituuntur, non ex præterita. l. 3. §. Diui. ff. de iure fiſci. l. 2. C. de patri. qui filios diſtraxerunt. Sed non rectè illam conſequentiam intulerunt, ſi precium ſumptuum factorum minus ſit quàm meliorationis æſtimatio, ipſam meliorationis æſtimationem præſtandam eſſe. Nam de hac re nullum verbum Papiniani reſponſum habet. Reddam illud vt in Florentino Codice legitur, teſte Antonio Auguſtino lib. 3. emẽdationum Iuris, cap. 1. *Domos hereditarias exuſtas, & hæredis nummis extractas, ex cauſa fideicommiſſi poſt mortem hæredis reſtituendas, viri boni arbitratu ſumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis reſpondi. ætatibus*, id eſt, magnitudine, & amplitudine ædificiorum, vt explicat Cuiacius lib. 6. obſeru. c. 3. vel *ætatibus*, id eſt, quantitate, menſura & magnitudine corporis cuiuſque, nam & meus Codex habet *quantitatibus*, vt explicat idem Cuiacius ad lib. 9. reſpõſorum Papiniani, vel *ætatibus* id eſt, vetuſtate ædium ſenio confectarum. l. Si quando, 15. C. de operibus publ. Fornerius lib. 1. Selectionum, cap. 2.

Certè nullum verbũ ibi legitur, ex quo illa cõſequentia probetur. Quare illa diſtinctio, quam nonnulli attulerunt, inter bonæ fidei poſſeſſorem, & dominũ rei, qualis eſt vaſallus, non mihi vr̃ iuri conſentanea, tum quia vaſallus non eſt rei dominus, ſed ius in rem habere dicitur, quod noſtri vtile dominium appellãt. Deinde, quia non aliam ob cauſam ſumptus meliorationis conſequitur, quàm bonæ fidei poſſeſſor conſequatur; Tertiò, quia nec ſi dominus ſit reuocabiliter, vt vocant, ſicut hæres reſtituere rogatus fideicommiſſario iuuari poteſt Papiniani reſponſo, vt precium meliorationis cõſequatur, ſi maius ſit, quàm ſumptus in rem facti. Neque enim Papinianus hoc dicit. Erit ergo ex Papiniani reſponſo arbitrio boni viri æſtimatio ædificiorum cõſtituenda, vt re-

A ſtituatur id, quod impenſum eſt, ſi minus ſit, ſi verò maius, vt refundatur precium meliorationis, hoc eſt, ipſius ædificij, ſecundum. l. In fundo, ff. de rei vend.

CAPUT XCIV.

Si vaſallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus ſit, an fructus ante ſententiam latam perceptos reſtituere teneatur?

GRauis & non parui momenti controuerſia eſt. Vaſallus crimen cõmiſit, propter quod nõ ipſo iure priuatur feudo, ſed per iudicis ſententiam priuandus eſt. Antequam ſententia proferatur ex feudo ipſe fructus percepit, an lata poſtea ſententia priuationis feudi reſtituere eos teneatur. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſenten-
B tiæ. Vna teneri, nec eos lucrari, ac ſuos facere poſſe. Ita Caſtrenſis ad l. 1. C. de his quibus vt indignis, & eodem in loco Angelus, Alex. & Iaſ. Martinus Laudenſis in c. 1. & ibidem Præpoſitus quib. mod. feudum amittatur in 2. Iacopinus in inueſtitura feudali, in verbo. Dictiq; vaſalli. num. 53. Zaſius par. 10. num. 74. Antonius Burgenſis in c. Ad noſtram, nu. 34. de empt. & vend. Bernardus Diaz. in pract. crim. cap. 123. Couar. de ſponſalib. p. 2. c. 6. §. 8. nu. 7. Ludolphus Schraderus 2. parte 9. partis princ. ſectione 3. num. 34.

Altera nõ teneri, ſed ſuos facere, Ita Corneus ad d. l. 1. C. de his quib. vt indig. Cardinal. in Clem. Conſtitutionem. §. Cæterum, de elect. Fel. in c. De quarta, nu. 33. de præſcript. Curtius ſenior conſ. 60. nu. 30. Brunus cõſ. 41. nu. 49. Peregrinus de iure fiſci lib. 5. tit. 1. nu. 174.

Prioris ſententiæ fundamentũ eſt in l. 1. C. de his quibus vt indignis Impp. Seuerus & Antoninus: *Hæredes, quos necem teſtatoris inultam omiſiſſe conſtiterit, fructus
C integros coguntur reddere, neque enim bonæ fidei poſſeſſores ante controuerſiam illatam videntur fuiſſe, qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt.*

Poſterioris ſententiæ multa huc adferre poſſem argumenta ex Felino loco annotato, quæ refert & refellit Antonius Burgenſis loco proximè citato, ſed non puto me operæ precium facturum, cùm admodum ſint leuia. Illud eſt præcipuum argumentum, ex quo & ipſe adduci patior, vt credam, hanc ſententiam probabiliorem eſſe, Vaſallus antequam per ſententiam iudicis feudo priuetur, iuſtè poſſidet feudum, Ergo facit fructus ſuos. Conſequentia patet, quia eſt in bona fide, & iuſtum etiam habet titulum, l. Bonæ fidei. ff. de acq. rer. dom. l. Qui ſcit. ff. de vſuris. Et licet crimen admiſerit priuatione feudi dignum, tñ titulum non amiſit quem habuit antequam ſententia proferretur, ſed iuſtè feudum retinere potuit.

Reſpondet Antonius Burgenſis, conſequentiam argu-
D menti bonam eſſe, ſed non rectè inferri, titulo poſtea reuocato (ſcilicet per ſententiam priuationis) fructus licet licitè perceptos non reuocari: Nam fructus reuocari titulo reuocato probat. l. Cùm autem. §. pen. ff. de ædil. edicto. l. Cùm quis. ff. de condict. ob cau. l. Imperator. ff. in diem addict.

Sed replicari poteſt, exempla legum allegatarum longè diſſimilia eſſe. Nam quod attinet ad l. Cùm quis, quæ loquitur de donatione cauſa mortis, ideo donatore conualeſcente fructus ſunt reſtituendi, quia donatio cauſa mortis non videtur perfecta, antequam mors donatoris inſequatur. l. Non videtur. ff. de donation. cauſa mortis. Quod verò attinet ad l. Cùm autem. §. penult. loquitur lex illa de venditione facta contra edictum, quæ ita reſoluitur, vt nihil amplius emptor conſequatur, quàm haberet, ſi venditio facta non eſſet, vt ibi dicitur non procul ab initio legis. Et latiùs in l. 1. ff. eod. tit.

Multò minus ad rem facit. l. Imperator, quia accipienda eſt de venditione conditionali, nimirum vt perficiatur venditio; niſi melior conditio adferatur; nam ſi puta

ſit ven-

ſit venditio, quæ ſub cõditione reſoluatur, fructus interea percepti ad emptorem pertineant, vt diſtinguitur in l.2. & ſeq. eiuſdem tituli.

Non igitur rectè leges illæ ad hanc quæſtionem allegantur, nec rectè generalis doctrina ex illis tradita eſt, titulo reuocato, etiam fructus reuocari: Authores enim illarum legũ rectè in exemplis ibi propoſitis ſtatuerunt regulam, fructus reſtituẽdos, verùm generalem, quæ ad omnes caſus trahatur, non tradiderunt.

Alij huc adferunt. l. Videamus. 2. §. 1. ff. de vſuris, qua probatur, *eu qui petit id quod ſuum eſt, vel ſuum fuit, fructus etiam ante ſententiam latam, & litem motam perceptos reſtituere debere* ſunt verba Schraderi. Nõ rectè id applicatur ad quæſtionem noſtram, quia non hic agit dominus feudi ad reſtitutionẽ feudi inſtituta in rem actione, vendicando rem ſuam, veluti à vaſallo non iuſtè detentam, iuſtè enim, & ex confeſſione & voluntate domini vaſallus illam habuit, ſed ad pœnam agit priuationis feudi: Huc pertinet iudicium, culpa ſeu felonia vaſalli, huc ſpectat & à iudice proferenda ſententia, ad ipſam reſpicit priuationem feudi. Non infirmat hæc ſententia titulum in præteritum tempus vaſalli, ſed in futurum; vt ſcilicet vaſallus poſthac feudo ſit priuatus, non vt olim priuatus fuiſſe videatur. Non trahitur retrò ſententia & culpa vaſalli, vt vno verbo dicam, ſed feudum domino aperit in futurum. Cur ergo fructus ante ſententiam iuſtè perceptos reſtituere vaſallum oportere dixerimus? Quòd ſit in mala fide poſt crimen perpetratum, vt in d. l. 1. C. de his quib. vt indig. Nequaquam hoc dicẽdum eſt, quia nemo tenetur pœnã ſubire ac ſuluere, antequã condemnetur, vt dicebat Gloſ. communiter recepta in cap. Fraternitas. 12. q. 2. S. Thomas 2. 2. q. 62. art. 3. Præclarè Reuerendus Pater Gregorius de Valentia orbis & vrbis huius ornamentum, vir incomparabilis Prudentiæ ac ſapientiæ, immortali laude & vita dignus, in commẽtarijs Theologicis Tomo 2. q. 5. de legibus. Punct. 6.

Sed quid ad l. 1. Reſpõdeo, latum eſſe diſcrimen, *nam hæres qui ſciens defuncti vindictam omiſit, & inſuper habuit* (id eſt, neglexit) *fructus omnes reſtituere cogendũ exiſtimari, deceptum autem ignoratione facti, hic bona fidei defenſionem habiturum,* ita Papinianus in l. Hæres. ff. quibus vt indignis. Sic ergo quia ab initio eſt in mala fide poſſeſſor hæreditatis, cùm ſciat ex legibus, vel ſcire debeat, ſe adita non poſſe hæreditatem ante vindicatam defuncti necem. l. 3. §. Non tantùm. ff. ad Syllan. ſe non poſſe hæreditatem obtinere, ſi necem defuncti vindicare neglexerit, idcirco fructus reſtituit. At vaſallus initio malam fidem non habet, nam feudum à domino legitimo modo accepit; nec in principio indignum ſe ob culpam vllam reddidit, nihil enim inſuper habuit: & licet poſtea delictum commiſerit, donec tamen in eum ſentẽtia priuationis lata ſit, non ignorat ſe iuſtè feudum poſſidere, quia ante latam ſententiam non tenetur pœnam ſubire; Quamobrem non eſt in mala fide, & conſequenter non tenetur fructus reſtituere. Eſt igitur diſtinguendum, an quis indignus ſit abſque vlla iudicis ſententia, ſiue executione, & is in mala fide eſſe dicitur, an verò indignus quidem ſit, ſed executio iudicis, ac ſentẽtia expectanda ſit, & is ante ſententiam latam non eſt in mala fide, præclare Couar. in reg. Peccatum, in 2. parte, nu. 6. de regulis iuris, lib. 6.

CAPVT XCV.

Feudo ob vaſalli mortem ad dominum deuoluto, quid ſit de fructibus illius anni ſtatuendum?

E fructibus illius anni quo vaſallus moritur, & feudum domino aperitur, ita iure feudali conſtitutum eſt in §. His conſequenter. tit. Hic finitur lex Corradi; deinde conſuetudines regni incipiunt: *Quod ſi vaſallus decedat ſine hærede maſculo, & contingat feudum ad dominum reuerti, ſic diſtinguitur. Quod ſi ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, ad dominum pertinebunt. Si verò poſt Calendas Martij vſque ad Auguſtum omnes fructus, qui interim percipientur, ad hæredes vaſalli pertineant, ſi verò poſt Auguſtum, omnes fructus anni percipit dominus. Quidam tamen dicunt, quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.*

Tres circa huius loci interpretationem ſunt Doctorum ſententiæ. Prima, ita accipiendum, vt verba ſonãt, ac proinde vaſallo decedente poſt menſem Auguſtum, omnes fructus ad dominum pertinere. Ita Baldus & Iacobus Beluiſius; Petrus de Ferrarijs in forma libelli, quo agitur ad reſtitutionem feudi, in verb. Nec ſuperſtitibus, num. 16.

Non placet hæc interpretatio, quia tũc textus non eſſet rationi cõſentaneus, ſicut Baldus fatetur, quanquam conatur rationem aliquam adferre.

Secunda eſt interpretatio ac ſententia, nullam eſſe rationem habendam huius textus, quia illius diſtinctio iuſta non ſit; ideo ſpectandam eſſe diſtinctionem, circa fructuum diuiſionem, quæ ſeruatur inter hæredes fructuarij & dominum proprietatis, mortuo ipſo fructuario. Ita Albericus ad l. Defuncta. ff. de vſufruct. & alij quos citat & ſequi videtur Couar. lib. 1. variar. reſolut. c. 15. nu. 14. verſ. Præterea non eſt omnino, quibus adde Cuiacium in comment. feud. lib. 4. tit. 30.

Non placet, quia magna eſt authoritas librorum feudalium, vt dictum eſt ſuprà cap. 2. hoc eodem lib. & in propoſito fatetur Ancaranus in conſi. 193.

Tertia eſt ſententia quam & ipſe amplector, fructus diuidendos eſſe eo modo, quo textus dicit, ita tamen, vt quod ait textus, mortuo vaſallo poſt menſem Auguſti omnes fructus anni ad dominũ pertineant, ſic accipiendum ſit, id eſt, omnes fructus anni ſequentis, non autem anni, quo defunctus eſt vaſallus. Hanc ſententiam ſecuti ſunt Andreas Iſernia, Aluarotus, Præpoſitus & Afflictus in commentarijs dicti loci, Zaſius parte 10. num. 109. verſ. Vltimo videndum de fructibus. Hartmannus Piſtorius lib. 1. quæſt. 24. nu. 43. Ludolphus Schraderus parte 2. 9. partis princip. ſect. 3. num. 73. 74. quod ego ſic declaro. Annus, exempli cauſa, inchoari debet initio Septembris, ſi ante Calendas Martij moriatur, fructus illius anni, qui videlicet poſt menſem Martium percipientur vſque ad mẽſem Septembris, ad dominum pertinebunt: ſi poſt Calendas Martij deceſſerit, fructus pertinebunt ad hæredes vaſalli, ſcilicet fructus qui percipiẽtur vſque ad menſem Septembris, ſiue Auguſti incluſiuè. Si verò poſt Auguſtũ moriatur, omnes fructus anni ad dominum pertinebunt, non anni iam præteriti, ſed anni noui inchoati, qui tunc incipit in Septembri, & iterum deſinet in alium ſequentem menſem Septembris, quæ ſupputatio, quam ob cauſam introducta ſit, fateor mè nondum aſſecutum eſſe, quamobrem locus erit. l. Non omnium. ff. de legibus, licet quid Sonsbecius & alij hac de re dixerint, non ignorem. Igitur ſic erit iucunda ratio, vt vaſallo mortuo poſt exactum Auguſti menſem (ſic enim interpretor, licèt aliqui malè poſt Calendas interpretati ſint) fructus vindemiales in Octobri, & ſimiles, qui tardius percipi ſolent, ad hæredes vaſalli meritò pertinebunt, quia ille toto anno vineam coluerat, & expenſas fecerat, fructus autem anni futuri, hoc eſt, nouiter inchoati, ad dominum pertinebunt.

CAPVT

CAPVT XCVI.

Vtrum etiam pensiones, fructus nomine contineantur in specie capitis praecedentis, nimirum d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Corradi, &c.



Ed rursus controuersia est, an illa distinctio circa fructus quæ cótinetur in d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex, &c. Et de qua in præcedenti capite disputatum est, accipienda sit latius, vt etiam pensiones comprehendat. Affirmant Andreas Isernia, Baldus, Aluarotus, & Præpositus in commentarijs dicti loci, Hartmannus Pistorius lib. 1. q. 24. nu. 57. Ludolphus Schraderus 2. parte, 9. partis principalis, sectione 3. nu. 53.

Negant Petrus Ancaranus in consi. 193. & Alex. ad l. Diuortio, nu. 3. ff. sol. matr. quibus me lubens sociũ adscribo. Nam præclarè Brissonius lib. 6. de verb. sign. fructus nomen cùm ad corpus refertur, eos propriè, qui ex re ipsa naturaliter enascuntur fructus complectitur, ac proinde & ab vsuris, & à pẽsionibus, mercedibus, vecturis iumentorum cæterisque obuentionibus separatur. l. Ancillarum. 30. ff. de petitione hæred. l. Vsuræ 34. ff. de Vsuris. l. Cùm seruus. 39. §. Fructus, de legatis primò. l. Cùm de donatione. 11. ff. de donatio. Cùm non natura perueniant, ne ex ipso corpore sint, sed de iure percipiãtur, & ex obligatione. l. Si nauis. 62. ff. de rei vend. l. Vsura. 121. ff. de verb. sign. Cùm igitur text. in d. §. His consequenter, de fructibus loquatur, ex feudo prouenientibus, non videtur pensiones comprehendere, quę non ex corpore proueniunt, sed iure percipiuntur ex obligatione. Et licet pensiones sæpè vicem fructuum obtineãt, id tamen ex iusta quadam interpretatione fit, non ex verbi significatione & natura: Nec vlla ratio est fructus nomẽ latè interpretandi, & ad pensiones producendi in hac qua de agitur disputatione: quandoquidẽ distinctio iuris feudalis, iuri communi satis consentanea non est, consequenter non extendenda. l. Quod verò contra. ff. de legibus, & cùm eius ratio non possit intelligi, consequenter intelligi non potest, an & in pensionibus locum debeat sibi vendicare.

Primum argumentum contrariæ sñiæ est, qñ alicui simpliciter conceduntur omnes fructus ad tempus certum vel incertum, ex aliqua re percipiendi vsusfructus concessus intelligitur. l. Si quis ita. 20. ff. de vsuf. l. Per seruum. 14. §. 1. ff. de vsu & habi. l. Cùm ita 41. ff. de vsufru. leg. sed tex. in d. §. His consequenter, loquitur de omnibus fructibus, vt patet ex illis verbis: *Omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, &c.* Ergo his verbis vsusfructus continetur. Vsusfructus autem proculdubio pensiones continet, sicut & omnem aliam commoditatem. l. Vsufructu legato. l. Item si fundi. ff. de vsufr.

Respondeo, maiorem propositionem tũc veram esse, cùm fructus in annos singulos legantur. Sic loquuntur leges allegatæ: Est enim perinde cùm in annos singulos fructus legãtur, ac si vsusfructus legetur, quod & Accursius notauit in l. Per seruum. 14. §. 1. ff. de vsu & habitat. Nam cùm tex. ibi dicat: *Vsusfructus an fructus legetur, nihil interest:* Accursius ait id verum esse, *cùm dico annuos fructus ad in singulos annos, vt in l. Si quis ita 20. eodẽ tit.*

At in dicto. §. His consequenter, non fit mẽtio fructus annui, siue in singulos annos relicti, sed fructus illius anni tantum, quo vasallus decedit ex feudo prouenientis. Ergo nihil argumentum obstat.

Secundũ est, quia fructus appellatione omnis vtilitas atq; commoditas intelligitur. l. Loci corpus. §. In confessoriam. ff. si seruitus vend. l. Fructus, de reg. iuris, imò & pensiones loco fructuũ naturalium subrogantur. l. Mercedes. 29. ff. de pet. hęred. l. Prædiorum. 36. ff. de vsuris.

Rñdeo, negari non posse quin appellationẽ fructuum etiam pensiones, mercedes, & id genus alia contineantur: A verùm id ex iusta interpretatione accidit, cùm. s. iuris rõ & æquitatis ita postulat: nec fit mẽtio fructuũ, qui ex ipso corpore proueniunt, vt in d. §. His cõsequenter. Nulla aũt iuris ratio, aut æquitatis postulat, vt quod contra iuris rationem receptũ est in fructibus ex feudo, hoc est, ex corpore rei prouenientibus, perducatur ad pẽsiones in casu nostro, quæ non propriè fructus dicuntur.

CAPVT XCVII.

Rursus de fructibus controuersia proponitur, vasallo mortuo & feudo agnatis aperto, sitne eadem adhibenda distinctio?



Xistimo fructuum diuisionẽ, quæ cõtinetur in §. His cõsequẽter. tit. Hic finitur lex, &c. seruandam esse nõ solùm eo casu, quo vasallo vita functo feudum ad dñm reuertitur, B qui casus ibi expressus est, verum ẽt cũ ad agnatos deuolutum est. Et moueor, quia eadem est ratio in vtroque casu, & idẽ seruandum esse indicat tex. in c. 1. An agnatus vel filius, &c. sic enim ait: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus ad quem vniuersa hæreditas pertinet repudiata hæreditate feudum, si paternũ fuerit, retinere poterit: nec de debito hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit; secundum quod suprà diximus, considerabitur.* Tempus quo vasallus decesserit, considerandum est secundum ea quæ habentur in dicto §. His cõsequenter, quia fructus ad hæredes vasalli spectant, vel ad agnatos, secundum illam distinctionem, alioqui frustra tempus mortis vasalli considerabitur, frustra ad illa distinctionem relatio habetur.

Atque ita docuerunt Baldus, Aluarotus, & Afflictus in d. cap. 1. an agnatus, vel filius, Socinus senior in l. Di- C uortio. ff. sol. matrim. Sonsbecius in tract. feud. parte 10. Hartmannus Pistorius lib. 1. q. 24. nu. 50. Ruinus in cõsi. 14. nu. 8. 9. 10. 11. lib. 1.

Contrariam sententiam habuerunt alij, existimantes fructus esse pro rata anni diuidendos inter vasalli hæredes & agnatos, ita Raphael Cuman. in d. l. Diuortio. ff. sol. matr. & ibidem Alex. num. 3. Marinus Frecia de subfeudis lib. 3. differ. 5. circa fi. Albertus Brunus cons. 106. Borgninus Caualcan. de vsufructu nu. 244. VVesembecius consi. 93. nu. 8. 9. & 10. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 2. 9. partis princip. sect. 3. nu. 82.

Fundamentum est, quia ita iure cõmuni constitutum est, vt fructus pro rata temporis diuidãtur eo anno, quo maritus vita functus est inter hęredes & eius vxorẽ. l. Diuortio. ff. sol. matr. quod & in similibus casibus ex doctorum interpretatione receptum est, tanquam æquitati & iustitiæ consentaneum, Ergo idem etiam in fructibus feudi recipiendum est: qñquidem in illis alter expressè libris feudorum constitutũ nõ apparet. Nec. n. distinctio D illa quæ habetur in d. §. His consequẽter, ad hunc casum producẽda est, cùm loquatur de feudo ad dñm deuoluto, non autem ad agnatos. Etenim cùm exorbitet à iure communi, & à ratione iuris restringẽda videtur potius, quàm extendenda. Nec tex. in d. c. 1. an agnatus, &c. illã distinctionem fructuum inter agnatos ac hæredes vasalli introducit, aut locum habere statuit. Sed hoc tantùm vult, ex fructibus feudi debita hæreditaria soluẽda esse. Aliud est autem de fructibus feudi, aliquem teneri vel non teneri ad soluenda debita, aliud verò fructus ex feudo prouenientes percipere, vel non percipere.

Sed hęc argumẽta parũ mouent, quia fateor constitutionẽ illam. §. His cõsequenter, strictè accipiendam esse, nec producendã ad cõsequentias: sed illud vrgeo, eandẽ esse rationẽ, siue feudũ aperiatur dño, siue agnatis. Deinde vrgeo tex. in d. c. 1. An agnatus vel filius, in quo quidẽ tex. non id principaliter agitur, vt declaretur illã diuisionẽ fructuũ locũ habere inter agnatos, & vasalli defuncti hæredes,

hæredes, sed quo modo ex fructibus feudi debita hære ditaria sint soluenda, & ait textus; soluenda esse in fructibus, si quos vasallus reliquit. Vt autem hęc solutio ex fructibus fiat, ait text. considerandum esse tempus, quo vasallus decesserit. Nam fructus vasallo mortuo aliquãdo ad hæredes eius expectabunt, aliquando ad agnatos: quatenus ad agnatos spectabunt, illi tenebuntur ex fructibus debita soluere. Sin autẽ ad hæredes pertinebunt, illi satisfacient creditoribus, non agnati. Quib. omnibus consideratis perspicuum euadit, authores iuris feudalis etiam hoc in casu locum habere voluisse fructuũ diuisionem, quæ continetur in d. §. His consequenter, quia illa diuisio tempus mortis vasalli potissimùm cõsiderat.

CAPVT XCVIII.

Sitne Laudemium domino soluendum pro consensu præstito alienationi feudi?

NOn sunt pauci, neque obscuri nominis authores, qui existimauerint, Laudemiũ domino feudi soluẽdum ob consensum alienationi feudi pręstitum ad exemplum rei emphyteuticæ, pro qua quinquagesimam soluendam esse domino satis cautum est in l. vlt. C. de iure emphy. Videtur enim eadem ratio; & aliàs sæpè argumentari ab emphyteusi ad feudum solemus. Glos. in c. Imperialem, §. Illud, in verb. nisi requisitus, de prohib. feu. alien. per Frider. Andr. Iser. in c. 1. §. Similiter, de capit. Corra. Et afflict. ibid. nu. 14. Hippoly. Rimin. alios citans in cons. 38. nu. 37. lib...

Sed contrarium responderunt alij multi, quos refert & sequi videtur Amadeus à Ponte, in quæst. Laudemialibus, cap. 3. & Hartmannus Pistorius lib. 1. quæstionum iuris, q. 50. nu. 61. & alij à Schradero citati par. 10. sect. 2. num. 49.

Et istis ego assentior. Fundamẽtum est solidum, quia in libris feudorum hac de re cautũ non est: nec videtur id consentaneum menti eorum qui eosdem libros scripserunt. Nam satis accuratè prohibitam esse feudorum alienationem, absq; consensu domini testati sunt, quod autem pro cõsensu & approbatione aliquid domino soluendum sit, nullum verbum fecerunt. Cur igitur nos interpretatione nostra, qui æqui & boni notitiam profitemur noua onera vasallis imponimus, sine legis, sine principis iussu, authoritate, & voluntate.

Quod verò ad emphyteusim attinet, obseruandũ est, olim solitos fuisse dominos exigere hæc quæ laudemia nunc vocamus, sed *ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod vsq; ad præsens tempus perpetrari cognouimus, non amplius eis liceat pro subscriptione sua. &c. nisi quinquagesimam partem precij, vel æstimationis loci, qui ad aliam personam trãsfertur, accipere*, sunt Iustiniani verba in d. l. 3. C. de iure emphy. ex quibus intelligi potest, cõsuetudinem olim fuisse exigendi laudemia, sed ne auaritia dominorũ plus emphyteutæ, quàm par esset, soluere cogerentur, certam quantitatem definitam fuisse. At in alienatione feudorũ non constat eam consuetudinem fuisse aliquid exigendi, ac proinde nulla moderatione opus fuit. Cauendum igitur ne nos illã inducamus, nouęq; legi ansam præbeamus, quæ & in feudis hęc grauamina moderetur, pręsertim verò cùm feudum non prætextu pecuniæ, sed amore domini acquirendum esse dicat text. in cap. 1. de feudo dato in vicem legis commissoriæ.

CAPVT XCIX.

Alienans feudi partem absque consensu domini, an cadat à toto?



COmmunis est & vera doctorum sententia, vasallum qui absque domini consensu feudi partem alienauit, à toto feudo non cadere, sed à parte duntaxat alienata, vt respondit Aret. in cons. 14. nu. 5. & alios citans Curt. iun. de feudis, par. 4. nu. 153. alios citat Rolan. à Valle in cons. 17. nu. 6. 7. lib. 2.

Fundamentum est firmissimum in c. 1. de vasallo, qui contra Constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauit, vbi sic dicitur: *Si vasallus contra cõstitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, si totum, perdat totum, si partem, perdat partem, & ad dominum reuertatur*. Quibus verbis nihil clarius esse potest.

Contrarium tamẽ ex iuris rigore verius esse dicebat Bald. in c. 1. §. Si verò vel in totum, qualiter olim feud. alie. pot. adductus in hanc sententiam ex c. Imperialem, de prohi. feu. alien. per Fridericum, vbi dicitur sic: *Hac edictali & Deo propitio perpetuò valitura lege sancimus, vt nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, vel pro anima iudicare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur*. Et inferius hæc pœna subijcitur: *Pœna authoritate nostra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur*. Quibus verbis textus indicare videtur, siue totum feudum fuerit alienatum, siue pars, feudum amitti, scilicet totum.

Non rectè, quia Fridericus Imperator in ea constitutione non corrigit alias constitutiones, ac præsertim Lotharij, sed eam potius interpretatur, vt non solùm ad futuras, sed etiam ad præteritas alienationes pertineat. Id patet ex illis verbis: *Vnde Imperator Lotharius tantùm in futurum præcauens, ne fieret, legem promulgauit. Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus, & in irritum deducimus.* Cùm itaq; is qui contra Lotharij constitutionem feudi partem alienauit, partem duntaxat amittat, vt in d. c. 1. de vasallo, qui contra const. Loth. &c. nec diuersum à Friderico constitutum sit, ita debemus Friderici constitutionẽ interpretari, vt in hac parte non repugnet interpretationi, quæ adhibetur constitutioni Lotharij, & ideo sic illa verba exaudire, vt pęna amissionis feudi locum habeat, scilicet totius, si totum feudum vasallus alienauerit, vel partis feudi, si partem tantùm alienauerit.

Alij aliter hanc rem explicant, distinctione adhibita, an vasallus partem feudi alienauerit, absque consensu domini, tanquam feudalem: & hoc in casu non amittat totum feudum, sed partem tantùm alienatam, an verò non tanquam feudalem alienauerit, & hoc posteriore casu totum feudum amittat, quia in domini contemptum videtur alienare, ita post Baldum Ioan. Andr. Parisium, & alios respondit Rolandus à Valle, in d. cons. 17. nu. 27. lib. 2.

Sed quid opus est distinctione in re tam apertè decisa iure feudali? tam etiam consona rationi & æquitati, ne pœna sit maior delicto? Si contemptus domini ratio habenda sit ad hunc effectum, decidendum erat, vasallum totum feudum amittere debere, quia sine domini consensu alienando, siue totum, siue partem, dominum contempsit, cap. 1. §. vltimo, in fine, quæ fuerit olim prima causa benef. amitten. Sed non sic durè agendum fuit, quia satis est in eo, in quo quis peccauit, pœnam subire.

CAPVT

CAPVT C.

Possessorij quaestio inter vasallos de feudo, sitne coram ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda.



Communis est vera sententia, inter vasallos ortam litem tam circa proprietatē, quàm circa possessionem feudi, siue vt clarius loquar, siue possessorij causa sit, siue petitorij illam coram domino tractandam, ac ab eo definiendam esse, canonistae sic docent in c. Caeterùm, de iud. Clarus in §. Feudum, q. 90. Zasius par. 11. nu. 22. Curtius iunior par. 7. nu. 21. Ludolphus Schraderus alios citans, par. 10. sect. 1. num. 77. quibus addi potest Duaren. de feudis, cap. 20. num. 7.

Fundamētum est illud satis firmum, quod sumitur ex varijs locis, in quibus apertè deciditur causam esse cognoscendam apud feudi dominum, si de feudo oriatur lis inter vasallos, cap. Imperialem. §. Praeterea si inter. de prohib. feudi alie. per Fridericum, vbi tex. *Praeterea si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.* c. Caeterùm, de iud. c. Verùm, de foro competen. c. Ex transmissa. eod. tit. Et si dicatur haec iuris loca esse accipiēda, cùm vertitur causa petitorij, respōdetur eundem esse iudicem causae possessionis & proprietatis, cap. 1. de causa possess. & propriet. l. Nulli, C. de iudicijs.

Cōtrarium docet Glos. in c. Caeterùm, de iudicijs, Bal. in c. Imperialem. §. Praeterea si inter, nu. 6. de proh. feudi alien. per Frider. Martinus Laudēsis in c. 1. n. 7. apud quem vel quos Ofascus decis. Pedem. 97. no. 9.

Fundamentum est in c. Ex parte, de foro compet. ibi: *Non obstantibus exceptionibus aliis quae in petitorio potius quàm in possessorio, quod Regina contra eundem nobilem intentabat, locum habere videntur.* Erat autem vna inter alias exceptiones, *quod dicta Regina ius suum coram domino feudi prosequi debuisset,* vt in eodem capitulo habetur.

Respondeo, vt rectè monet Duarenus argumentum sumi de specie ad genus, contra iuris veramq; argumentandi rationem. Nam etsi in illa facti specie (quia vidua spoliata *spoliatorem seu detentorem rei coram Ecclesiastico iudice poterat conuenire; cuius interest viduas defensare,* vt ibi dicitur) ordinarius iudex Ecclesiasticus cognoscere potuerit, non tamen generalis regula cōstituenda est in possessorijs causis ordinarium iudicem cognoscere oportere. Nō ignoro vrgeri posse verba illa inferius posita, exceptiones nimirum illas locum habere in petitorio potius quàm in possessorio, sed retinenda sēper est facti species, & circumstantia personarum ad quam respondit summus Pontifex. Et inde argumentum sumi debet, illas exceptiones locum habere in petitorio potius, quàm in possessorio, secundum illam facti speciem, & personae circumstantiam.

CAPVT CI.

Si quaestio sit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad se pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum spectet, vel ad ordinarium iudicem.



Si inter duos qui dixerint se esse vasallos, de feudo fuerit dubitatio, alter alterum ad dominum trahere non potest inuitum, vel eius curiae iudicium. Sic legitur in tit. de inuestitura in maritum facta. §. Illud. & idem ferè habetur in c. 1. de lege Corradi.

Quibus argumentis communis sententia inoecta est, quam & ipse verissimam esse censeo, dominum feudi iudicem non esse in hoc casu, cum lis de fundo agitur inter duos, quorum alter negetur vasallus esse, qui alia seu

A da non obtinet, sed illud, de quo est controuersia, ad se pertinere contendit, altero similiter nullū aliud feudum possidente, vt necesse sit alterum ex ijs dūtaxat feudum obtinere per iudicis sententiam, ac proinde solùm esse vasallum, altero exclusosic cōmuniter doctores censuit, se, Curtius iunior scribit par. 7. nu. 5. Zasius par. 11. nu. 8. Iacopinus in vers. Et dicti vasalli, nu. 1. Decius in c. Caeterùm, de iudicijs, nu. 11. Duarenus de feodis, c. 20. nu. 2. 3. Iacobus Cuiacius de feudis, lib. 2. tit. 15.

Sed contrarium alij docuerunt, oimirum iudicem esse dominum, etiam hoc in casu. Andreas Iern. ad c. Imperialem. §. Praeterea si inter. no. 73. de proh. feudi alien. per Fridericum. Afflictus ibid. num. 1. Panormitanus in c. Caeterùm. num. 13. de iudicijs. Ludolphus Schraderus quosdam alios citans parte 10. sect. 2. num. 8.

B Fundamentum est in c. Imperialem. §. Praeterea si inter, de prohib. feud. alien. per Frider. vbi dicitur: *Si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.* Er in c. Ex transmissa. de foro compet. ibi, *Per dominum fundi causam iubeas terminari.*

Quibus textibus tāquam posterioribus existimatum est, derogatum esse anterioribus legibus, quia posteriores constitutiones derogant prioribus. l. vlt. ff. de cōstit. principum.

Non rectè mea sententia, quia tex. in d. §. Praeterea nō attingit hanc nostram facti speciem, sed aliam diuersam, cùm inter duos vasallos de feudo controuersia est. sic. n. verba expressè sonant. At hic inter duos vasallos nō est controuersia, quia vnos duntaxat vasallus erit. Vterque enim cōtendit se vasallum solum esse, & alterum exclu- dit, quamobrem is qui vincet, solus erit vasallus, is qui vincetur non erit. Verba igitur non conueniunt propositae huic quaestioni. Huc possem adferre vulgata doctorum pronunciata. Non esse correctionem legum inducendam, nisi expressè dicatur. Promptum esse & expe- C diens, leges legibus concordare. Illam praeferendam interpretationem, quae tollit repugnantiam: sed res clara satis, his non eget adminiculis.

CAPVT CII.

Qui sint pares curiae, Controuersia vna.



SI Controuersia sit de feudo inter dominorum & vasallos pares curiae, iudices fore palam est ex c. Imperialem. §. Praeterea si inter, de prohib. feudi alien. per Frider. & in c. 1. de controuersia feudi apud pares termināda. Rursus pares curiae eos esse constat, *qui ab eodem domino feudum tenent,* vt in c. 1. §. Testes. si de feudo inter dom. & vasal. lis oriatur. Quamobrem nulla prorsus oriri controuersia debuerat. Sed ita hominum ingenia comparata sunt, vt nihil tam clarum sit, quod ex ijs dubium non D reddatur, quae postea emergunt. Controuersia igitur orta est, an sit necesse, vt simile feudum ab eodem domino habeant ij, qui pares dicuntur, eiusdemque dignitatis & qualitatis existant, an verò sufficiat eos feudum ab eodem domino habere, licet cum eo feudo, de quo agitur, dignitate & aestimatione conferri nequeat. Veteres multi eandem qualitatem exigunt, vt pares dicantur, quasi hoc verbi naturae insit: Innocētius, Panormitanus, Ioan. Andreas, Baldus, Barbatia, Imola in ca. Caeterùm. de iudicijs. Iacopinus in verbo, dictique vasalli. nu. 10. Alexander in cons. 79. num. 1. lib. 1.

Contra, alij hanc qualitatem necessariam esse non putauerunt, Fel. in c. Caeterùm. no. 11. de iudi. Decius ibid. nu. 13. Curtius iunior de feudis, par. 7. n. 34. Menochius de retinen possess. rem. 3. nu. 438. Franc. Sonsbecius par. 14. nu. 3. quibus assentitur Ludolphus Schraderus p. 10. sect. 7. nu. 40. quibus & ego quoq; assentior. Neq; enim legem video requirētem istam dignitatis aequalitatem, sed contra, ait lex, simpliciter eos pares esse, qui ab eodē domino

domino feuda tenẽt. Cur igitur solliciti ea de re sumus, de qua esse nõ debemus, si verba clara legis seruanda custodiendaq; sunt. Non malè huc adfertur, plus & minus nõ constituere diuersam speciem. l. vlt. ff. de fundo instr.

CAPVT CIII.

Sententia super feudo lata contra vasallum feudi possessorem, an noceat agnatis, qui possessore mortuo ad feudum vocantur.



Video & in hoc articulo in contrarias itũ esse sententias, vtrum lata sententia contra possessorem feudi noceat agnatis, qui post mortem illius ad feudum sunt vocati. Multi enim (& hæc crebrior sententia est) non nocere existimauerunt, nisi fuerint citati, vel litis habuerint scientiam. Alioqui verò etiam non citatis, neque scientibus sententiam obesse voluerunt. Vide Iserniam in c. 1. §. Si vasallus. tit. si de feudo fuerit controuer. inter dom. & agna. vasalli, & Afflictum ibid. nu. 20. Curtium iuniorem par. 7. q. 9. Zasiũ ad l. Sæpe, no. 32. ff. de re iud. Felinum in cap. vlt. nu. 5. de maio. & obed. Decium consil. 445. nu. 29. Alexandrum consil. 86. & 156. lib. 2. Ruinum ad l. Filiusfam. §. Diui. nu. 84. de leg. 1. & Alex. ibid. & ad l. Sæpe, nu. 99. ff. de re iud. & nu. 100. nec non Ripam nu. 60. Socin. iun. consil. 132. num. 93. lib. 2. Crauet. consi. 197. nu. 7. Pinellum alios citantem ad l. 1. in 3. parte, num. 48. C. de bonis mater. Didacum Couarr. pract. quæst. cap. 13. no. 6. Menochium in consi. 301. lib. 6. & in consil. 630. nu. 23. lib. 7.

Ad hanc cõtrouersiam explicandam duas mihi patere vias intelligo. Altera est ex Doctorum placitis & traditionibus, nulla lege munitis. Altera ex iuris authorum fontibus deducitur. Priori autem relicta, non mala illa quidem, sed nõ satis tuta: posteriorem ingredior, nullis ferè expositam periculis, atq; sic statuo: nocere successoribus agnatis sententiam in vasallum possessorem feudi latam. Sceuola: *Ex contractu paterno actum est cum pupilla authore tutore, & condemnata est: postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad substitutum, vel cohæredes peruenerunt. Quæritur, an is ex causa iudicati teneantur. Respondi, dandam inter eos actionem iudicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.* l. 44. ff. de re iudi. Hac lege probatur, sententiam latam contra hæredem nocere substitutis. Non fit mentio citationis, nec scientiæ litis, quam substituti habuerint. Vnum casum excepit Sceuola, cùm tutoris culpa pupilla cõdemnata est: quem casum & nos excipere possumus, nisi culpa possessoris feudi lata sit sententia. Par est ratio: substituti ius habent à testatore, non ab hærede, similiter & agnati ex primo inuestitore, nõ ex vasallo, qui possidet.

Sic & sententia lata contra testamentum, nisi hæredis culpa interuenerit, nocet legatarijs. l. Qui repudiantis. §. vlt. ff. de inoffic. testam. quibus propterea permissum est testamentum defendere, si suspecta sit collusio inter scriptum hæredem, & eum, qui de inofficioso agit, & à sententia quoque appellare. l. si suspecta. ff. eodem tit.

Quid enim in proposita facti specie agnatorum scientia, vel citatione opus est? Vlpianus: *Denunciari autem oportet iis, quos proxima spes successionis contingit; vt puta primo gradu hæredi instituto, non etiam substituto.* l. 1. §. Denunciari. ff. de inspiciendo ventre.

Sed audiamus Iserniam in dicto §. Si vasallus. 2. num. 11. quem cæteri Doctores secuti sunt: *Nota tamen quod cum scientia datur in feudatarium possidentem naturaliter, vel contra dominum possidentem ciuiliter, non obest alteri sententia, contra alterum lata, nisi sciuisset. ff. de re iudicata l. Sæpe.*

Nihil ad rem facit. l. Sæpe. Marcellus ita respondit: *Sæpe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non præiudicare, quod tamen quandam distinctionem habet. Nam*

A *sententia inter alios dicta, aliis quibusdam, etiam scientibus obest, quibusdam verò etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.* Et paulò post: *Sed scientibus sententia, quæ inter alios dicta est obest, cùm quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur. Veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, aut vxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, &c.*

Nullum verbum, exemplum nullum hoc responso continetur, quod pertineat, aut aliquo pacto ad rem nostram accommodari possit.

Alij vrgent hoc argumentum; Res quæ non põt alienari, non potest in iudicium deduci. l. ait Prætor. ff. de iure delib. ibi: *Est enim absurdum, &c.* sed feudum alienare vasallus non potest sine consensu agnatorum. cap. 1. de alien. feudi pater. Ergo nec in iudicium deducere.

Respondeo, maiorem propositionem argumenti ge-
B neraliter sumptam non esse veram. Nam pater qui legitimam administrationem habet bonorum maternorum filij, non potest ea alienare, & tamen actiones suscipere & exercere potest. l. 1. C. de bonis maternis.

Quod verò attinet ad l. Ait Prætor. ff. de iure delib. rectè monuit Pinellus in commentarijs ad l. 1. C. de bonis mater. in 3. parte, nu. 47. illa verba, *Est enim absurdum ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* restringẽda esse ad illam facti speciem. Dicit lex, si pupilli pupillęve nomine postulabitur tempus ad deliberandũ, an expediat eã hæreditatem retinere; & hoc datum sit, bona interim diminui vetabo. Sed quare Prætor impedit diminutionẽ? merito, inquit textus, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberãdum. Deinde subdit: *His verbis non tantùm Prætor alienationem impedit, verùm etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum,* scilicet in ea facti specie, *cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* non generaliter in cęteris causis.

C

CAPVT CIV.

Cùm vasallus ipso iure feudo priuatur ob feloniam, vtrum si moriatur, dominus possit eius hæredi feudum adimere.



Controuersia est, si vasallus committat feloniam, ob quam ipso iure feudò priuatus sit, & antequam dominus conqueratur, ab hac vita decedat, an liceat domino aduersus hæredem eius conqueri, feudumque ei adimere, tanquam ad se deuolutum vendicãdo. Nam aliqui dixerunt non posse, vt videre licet ex Curtio iuniore, pat. 4. nu. 156. sub finem, vbi citat Baldum ad l. vlt. C. de donatio. Alij communiter dixerunt, posse dominum, etiam vasallo defuncto, feudum vendicare. Vi-
D de Clarom §. Feudum. q. 65. Alij denique, quasi opiniones conciliando priorem sententiam locum habere voluerunt, cùm sententia declaratoria requiritur. Posteriorem autem cùm nulla contra vasallum declaratoria requiritur sententia. Constat enim ferè inter omnes, licet pro crimine pęna ipso iure constituta sit, necessariam tamen iudicis sententiam esse, per quam de facto ipso constet, vt latè deducit Iacobus Menochius in consil. 199. num. 168. lib. 1. paucis casibus exceptis, de quibus Andreas Geyll. libro 2. obseruat. 51. & de pace publica. libro 2. cap. 3.

Mihi ad fundamenta respicienti, illud primũ monendum videtur, sententiam cõmuniorem verissimam esse, & iuri consentaneã. Nam cùm vasallus ipso iure dominiũ feudi, vtile scilicet, amittat, illudq; domino applicetur, feudi cõmissi *persecutio, sicut aduersus quemlibet possessorem, sic & aduersus hæredem* competit, verba sunt Vlpiani in l. Cõmissa. ff. de publicanis. Huc accedit Paulus in l. Caius. 22. ff. ad Sylla. illis verbis: *Quæro, an morte Titii extinctũ sit crimen? Paulus respõdit, causam, de qua*

quaeritur, cùm sit pecuniaria, morte ingrati hæredis extinctum non videri. Hæc enim verba hanc in rem nostram optimè quadrant, quia hic de vasalli crimine agitur, cuius causa pecuniaria est, nimirum amissionis feudi, sicut & apud Paulum causa amissionis hereditatis pecuniaria dicitur. Ingratus est hæres, qui mortem defuncti non vindicat. Ingratus etiam vasallus, qui feloniam committit. Huc quoque adferri solet l. 3. §. Quod autem ait Pretor. ff. quod quisque iuris, vbi pena ad hæredem transmittitur, sed non mihi placet id argumentum; nam ideo pena transit ad hæredem in ea facti specie, quia defunctus pro hærede quoque ius iniquum impetrauerat, vt notauit ibidem Accursius; & omnino aliena est à proposito nostro materia illius edicti, suasque rationes haber non conuenientes quæstioni nostræ.

Secundò illud moneo, non videri eam concordiam siue distinctionem iuri consentaneam, vbi sententia requiritur declaratoria, pœnam in hæredes non transire. Nam fundamentum est in l. Eius qui delatorem. 29. ff. de iure fisci, Vlpianus; *Eius qui delatorem corrupit ea conditio est, vt pro victo habeatur, nam in fiscalibus causis id constitutum est. Sed enim hæc pœna magis est, vt aduersus ipsum locum habeat, qui delatorem redemit, cæterum aduersus hæredem eius transire non debet. Nec enim exinde perit causa, ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur, verùm oportet constare prius, & de crimine pronunciare.* Sententia legis hæc est, quia pena delatorem corrumpentis non ipso iure incurritur, sed condemnatione opus est, & præcedere facti probatio debet, idcirco penam ad hæredem non transire.

At nostra disputatio est de crimine, ex quo ipso iure vasallus priuatus feudo intelligitur, vel vt verbis vtar Vlpiani, de tali crimine, quo commisso exinde perit causa vasalli, & ius ipsius perimitur, & condemnatio facta videtur. Nihil enim aliud significat penam ipso iure impositam esse, quàm ipso iure condemnationem factam videri, scilicet ab ipsa lege.

Et licet constare debeat de facto, atque adeo sententia illa declaratoria sit opus, quæ viuente vasallo secuta non est, id tamen solum non impedit, quò minus pena transeat in hæredem, sed cum alijs iunctum impedire

A potest, quæ Vlpianus ibi considerat, cùm videlicet non solùm de facto constare debet, sed etiam condemnatione opus est, quia pena ipso iure imposita non est.

Hæc enim declaratoria sententia requiritur, vt scilicet executio fiat, vt possessionem capiat fiscus bonorum delinquentis, & in proposito nostro, vt dominus possessionem feudi accipere possit. Sed ius ipsum vasalli amissum est, & quæsitum domino, qui proinde declaratoria sententia post vasalli mortem præcedente vendicare feudum potest, tam ab herede vasalli, quàm à quolibet alio possessore. Dominium enim, siue ius vasalli, ex die commissi criminis ad dominum pertinuit, vt argumentatur Vlpianus in d. l. Commissa. de Publicanis.

CAPVT CV.

De feudi diuisione controuersia vna.

B NOnnulli existimarunt, diuisionem feudi fieri non posse, nisi consortes omnes consentiant, nec sufficere vnius prouocationem, Panormitanus in cons. 82. lib. 1. Felynus in c. Quoad consultationem, nu. 91. de constit. Marsilius singulari 9. Fundamentum statuunt in c. 1. §. Præterea ducatus, de prohib. feudi alien. per Frider. vbi textus ita dicit; *Præterea ducatus & comitatus de cætera non diuidantur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur.* Illa verba: *Si consortes voluerint*, isti sic accipiunt, ac si diceretur, si consortes omnes voluerint, atque consenserint, vt diuisio fiat.

Sed contrarium rectè docuerunt Alexander in cons. 7. lib. 5. & alij, quos refert & sequitur Andr. Geyll. lib. 2. obseruat. 155. nu. 9. quia nemo inuitus cogitur manere in communione. l. vlt. C. commun. diui. nec contrarium feudistico iure receptum est. Ergo ius commune seruandum, cap. 1. de feudi cogn.

C Non obstant illa verba: *Si consortes voluerint*, quia ciuiliter exaudienda sunt, hoc est, si omnes consortes voluerint, vel alter alterum ad diuisionem prouocauerit, neque enim inuitus detinendus in communione est.



ANDREÆ

ANDREAE FACHINEI
I.C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER OCTAVVS.

CAPVT PRIMVM.
Defensio l. Inter claras. C. de summa Trinitate, & fide Catholica, aduersus Franciscum Hotomanum Hæreticum.



VRSVS cum Francisco Hotomano mihi cõtrouersia est; non necessaria illa quidem apud eos, qui Catholicam fidem & religionẽ, vt par est, sequuntur, verũ fortasse non inutilis futura studiosis, ac Iurisconsultis, qui hæreticorum sectas (proh dolor) & prauas sentẽtias amplectuntur. Nam ex vno hoc exemplo facilè intelligent, Doctores hæreticos non veritatis amantes esse, sed odio in Romanum Pontificem exacerbatos atque incensos, nihil pẽsi habere, dummodo summũ Pontificem scriptis suis inuadant: quod dum faciunt, suam produnt insaniam: nihil portis inferi aduersus Ecclesiam Christi eiusq; Vicarium præualentibus, sed ad rem venio.

Hotomanus lib. 1. Amicab. respons. c. 1. *Multa esse video*, inquit, *quæ fraudis & imposturæ suspicionem aduersus istas mutuas Iustiniani & Papæ R. Epistolas mouere possint: atque illud imprimis, quod complures eruditi, & fide digni viri iampridem testificati sint, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri: quod nec Alciatus quidem acerrimus Papalis Celsitudinis suffragator, negare est ausus lib. Parergon. 5 cap. 23.*

Numerate mẽdacia. Ait Hotomanus complures eruditos, & fide dignos viros iampridem testificatos esse, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri. Deinde profert Haloandrum sic dicentem: *Quod ad Epistolam inter claras attinet, in recentioribus aliquot manuscriptis codicibus hæc verba in marginem adscripta notaui. Hæc Epistola in aliquibus non habetur, & propterea non Glossatur. Azo.* Deinde profert Antoniũ Contium, qui sic scribit: *Haloander ait hãc Epistolam in quibusdam libris non haberi, &c.* Vbi sunt, quęso, complures alij eruditi & fide digni viri, qui testificati sunt in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri? Vnum profers testem Haloandrum, nec suspicione carẽtem (Nam Antonius Contius Haloandrum citat, & authorem habet) qui non ita testificatur, vt tu asseris: tu A in antiquis Codicibus non inueniri scribis, ille in recentioribus illa verba notauit. Tu indefinitè loqueris, *in antiquis exemplaribus*, ille *in recentioribus aliquot*. Et rursus: *Hæc Epistola in aliquibus non habetur.*

Sed Alciatum audiemus quantum sententiæ tuæ suffragetur. Eius hæc sunt verba loco à te citato: *Sunt qui suspectam habeant Ioannis Pontificis Epistolam, quæ sub titulo de summa Trinitate Iustiniani Codice scripta est, dicuntq; in antiquis Codicibus non inueniri, quod vt arbitror eo faciunt, vt eos adiuuent, qui Pontificis Romani authoritatem deprimunt: quo nomine alios quoque authores deprauatos ab eis reprehendi; vt Othonis Frisingensis Chronica, & Ligurini Poetæ carmina quædam. Ego in antiquis plurimis eam extare scio, nec vlla suspicione cõuelli posse, quod* B *si vnus aut alter Codex non habeat, id scriptorum incuriæ tribuẽdum, qui eam quandoq; omiserunt, quod non multum ad legalis materiæ scientiam pertineret. Non tamen ideo hæsitandum est, quin genuinus germanusq; Ioannis XI. sit fœtus.*

Quot sunt verba, tot sunt tela contra Hotomani sententiam: qui suspectam habent Ioãnis Pontificis Epistolam, ij Alciato suspecti sunt hæreseos, & meritò. Talis est Hotomanus, qui vtitur Alciati testimonio, vt ipsius errores magis innotescant, & hæreses, vt inter deprauatores authorum ad deprimendam summi Pontificis authoritatem, vel Alciati testimonio recenseri debeat.

Alciatus fidẽ facit in antiquis plurimis exemplaribus C extare, quod sufficere debuit ad eam sospicionem eleuandam inde natam, quod in vno vel altero Codice non extet: præsertim cùm Alciatus causam adferat valdè probabilem.

Alciato Iacobus Cuiacius adstipulatur (nescio an eruditus & fide dignus Hotomano fuerit Cuiacius; esse certè debuit) Nam lib. 12. obseruat. c. 26. *Meritò*, inquit *doctissimus Alciatus non tulit eos, qui à titulo de summa Trinitate & fide Catholica conabantur abstrahere Epistolam Ioannis Papæ, siue Archiepiscopi Romani ad Imperatorem Iustinianũ, cui inserta est etiam ab ipso Iustiniano ad eundem scripta fidei professio, &c.* vbi pluribus eandem sententiam tuetur.

Secundum argumentum Hotomani: *Alterum est*, inquit, *quod cum Papa Rom. eiusmodi fraudum & fallaciarum, quæ ad suam potentiam amplificandam valere poterant, iampridem conuictus fuerit, quod vel ex falso & confictio Constantini donationis instrumento, iam in vulgus notum est, atque etiam in vetustissima Carthaginensi synodo ducentis & triginta Episcopis iudicibus falsitatis & imposturæ damnatus: videtur locus esse regulæ iuris ab ipso traditæ, vt semel malus semper sui similis existimetur: semel malus semper præsumatur malus in eodem genere mali: præsertim cum hæc impostura magnoperè ad augendam, & confirmandam ipsius potentiam valere potuerit: cuius rei studiosissimos seculis omnibus Papas R. fuisse, nemo vel mediocriter in illo historiarum genere versatus ignorat*.

Vt hæc impostura & fraus Hotomani deprehendatur, referam primò verba Epistolæ Iustiniani in illa parte, quæ præcipuum honorem summi Pontificis continet; Hæc enim est quæ Hotomano & sui similibus dolorem incussit, & lachrymas excussit. Deinde argumentum confutabo, quod sumitur ex donatione Constantini; & Concilio Carthaginensi; quibus peractis, lectoris prudentiæ reliqua committam.

Verba epistolæ Iustiniani hæc sunt: *Nos reddentes honorem Apostolicæ sedi, & vestræ Sanctitati, quod semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, vt patrem honorantes vestram Beatitudinem, omnia quæ ad Ecclesiarum statum pertinent, festinamus ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis, quoniam semper nobis fuit magnum studium vnitatem vestræ Apostolicæ sedis, & statum sanctarum Dei Ecclesiarum custodire: quæ hactenus obtinet & incommotè permanet, nulla interueniente contrarietate. Ideoq; omnes sacerdotes vniuersi orientalis tractus & subijcere & venire sedi vestræ Sanctitatis properauimus. In præsenti ergo quæ commota sunt, quamuis manifesta & indubitata sint; & secundum Apostolicæ vestræ sedis doctrinam, ab omnibus semper sacerdotibus firme custodita & prædicata, necessarium ducimus, vt ad notitiam vestræ Sanctitatis perueniant. Nec enim patimur quicquam quod ad Ecclesiarum statum pertinet, quamuis manifestum & indubitatum sit, quod mouetur, vt non etiam vestræ innotescat Sanctitati, quæ caput est omnium sanctarum Ecclesiarum. Per omnia enim (vt dictum est) properamus honorem & authoritatem crescere vestræ sedis, &c.* Hæc sunt verba Iustiniani.

Quod secundo loco sum pollicitus, sic exequor. Audi Hotomane, audiant omnes hæretici testimonia, quæ summus Pontifex habet verbis Iustiniani consentanea, & inde iudicent an impostura, dolus, fraus necessaria fuerint ad asserẽdam hanc authoritatem, ex testimonio Iustiniani, de quo agitur, Matth. 16. *Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam; & tibi dabo claues regni cælorum, & quodcunque ligaueris super terram, erit ligatum & in cælis, & quodcunque solueris super terram, erit solutum & in cælis*. Rursus Ioannis 21. *Simon Ioannis, pasce oues meas*. Pontifex autem Romanus successor est Petri, in hoc vniuersali Ecclesiæ regimine, in potestate clauium, in officio pascẽdi oues, hoc est, totam Ecclesiam gubernandi. Non credis? Audi testes omni exceptione maiores. S. Athanasius in epistola ad Felicem Papam: *Ob id vos Prædecessoresq; vestros Apostolicos videlicet Præsules in summitatis arce constituit, omniumq; Ecclesiarum curam habere præcepit, vt nobis succurratis, &c.* Hieronymus in epist. ad Damasum Pontificem Romanum: *Quanquam tua me terreat magnitudo, inuitat tamen humanitas, à pastore præsidium ouis peto, cum successore piscatoris & discipulo crucis loquor; Ego nullum primum nisi Christum sequens Beatitudini tuæ, id est, cathedræ Petri communione consocior. Super illam petram ædificatam Ecclesiam scio: quicunque extra hanc domum agnum comederit, profanus est. Si quis in arca Noe non fuerit*, (vt sunt hæretici) *peribit regnante diluuio, &c.*

A Sed iam argumentis respondendum est, quod tertio loco proposueram. Vrget Hotomanus donationem Constantini, quasi à Romano Pontifice confictam. Deinde Concilium Carthaginense. Quod ad Constantini donationem attinet, duo hac probanda sunt ab hæreticis: Primum, confictam esse donationem illam. Alterum à summo Pontifice confictam esse. Non esse ab aliquo confictam, sed veram esse complures doctissimi viri aduersus Laurentium Vallam disputarunt, præsertim verò Augustinus Eugubinus. Confictam autem à Romanis Pontificibus fuisse nullo testimonio demonstrari potest, nisi hæreticorum, id est, inimicorum Romanæ Ecclesiæ. Porrò de Constantini donatione iudicium hic adscribere placuit nobilissimi annalium Ecclesiasticorum scriptoris, licet recentioris, quem nunc Ecclesia sancta Catholica meritò Cardinalem habet cooptatum. Illustrissimi ac Reuerendissimi D. Cæsaris Baronij, qui in 3. tomo suo, anno Christi CCC. XXIIII. de hac re verba faciens, sic scribit: *Neminem verò amantem, & antiquarum litterarum studiosum negaturum, primum omnium Christianorum Imperatorum, eundemque maximè plurimum* (Constantinum) *ac pariter munificentissimum ore quoque Gentilium prædicatum, Christianam religionem, quam auita superstitione relicta; primus ferè omnium Augustorum, quod pro rei nouitate visum est esse portentum, præter sententiam senatus & populi amplexatus est, cunctis quibus valuit officiis coluisse, atque muneribus frequentasse: Ad quæ præstanda cum beneficium impelleret, & æmulatio ex aduerso gloriæ aduersaria religionis vrgeret, atque similiter ea de causa, vt ait Zosimus, hoc tempore infensi sibi, atque palam iam obtrectantis senatus exagitaret; vt non tantum paria* (*quod dictum est superius*) *gentilium sacerdotum concesserit Christianæ religionis Antistibus priuilegia, & maioribus auxerit eos atque Christi templa donariis: sed ipsam potissimum Romanam Ecclesiam, in qua sciebat totius Christianæ religionis vigere principatum, atque cardinem veritatis, eamq; in medio ambulantium, lacessentium, atq; ob attentiusque hostium collocatam in superstitionis odium, & inuidiam amplissimis donasse muneribus, summaq; potentia communisse, atque iuribus stabiliuisse. Quorum aliquibus licet modestia Romanorum Pontificum non sit vsa: non tamen ea ratione negari possunt esse collata: sicut nec quis iure inficias ire poterit tributas esse olim ab Augusto senatui* (*quod Dio testatur*) *Africam, Numidiam, Asiam, Epirum, Græciam, Dalmatiam, Macedoniam, Bithyniam, Pontum, Syrenem, Siciliam, Sardiniam & Hispaniam, Bæticam, licet eisdem posteriores Imperatores pro arbitrio vsi sint. Magnum planè est de collatis illis Romanæ Ecclesiæ à Constantino muneribus argumentum, quod Francorum Christianissimi Principes suis ipsorum diplomatibus ea à Longobardis ablata se Romanæ Ecclesiæ restituere professi sunt. Si enim Romana Ecclesia ante collata à Francorum*

D *Regibus priuilegia* (*quod suo loco pluribus demonstrabitur*) *iam potiebatur rerum dominio: vnde illud sibi nisi iure debitum potuit vendicasse? Cùm certum sit nulla id factum armorum vi, atque violenta grassatione: sustinentibus præsertim, nec minimum quidem reclamantibus, qui illis temporibus regnabant in Oriente Imperatoribus, alioqui in Romanam Ecclesiam parum æquis, quam & ausi fuerunt* (*quod queritur sanctus Gregorius*) *redigere sub tributo.*

Cæterùm iusta possessio, quam, si careret humano, diuino saltem iure, quo subordinata sunt ei rerum dominia, Romana Ecclesia legitimè sibi vendicat, ac posteriores Reges & Imperatores amplissimis priuilegiis ratam habere, eamq; illibatam stabilemq; seruatam voluerunt; à Ioanne Diacono ex deprauato illo à Græcis mutuato donationis edicto, ambigua redditur potius, quam probetur: quod cuiq; rem perspicacius intuenti redditur manifestum, sic enim Græci donant, vt surripiant potiora: de quibus poeticum illud modo sit nobis meritò visu pandum.

Quicquid

Quicquid id est, timeo Danaos & dona ferentes. Non enim eo erga Romanam Ecclesiam studio tenebantur, vt quae eius gloria esse viderent & honoris solicite curarent: cuius excellentiam superbè admodum aemulari, nomen eidem inurere semper potius studuerunt, quam gloriam comparare: est enim huius rei, vt de reliquis taceam, locuples testis Theodorus Balsamon, atque reliqua Schismaticorum colluuies. Quis non credat ab ipsis ex eodem edicto maiestatem Romanae Ecclesiae praedicari, cùm ex eo haec, quae sequuntur, proferant à Constantino verbis illis fuisse statuta? Decernentes statuimus, vt Romana Ecclesia habeat principalem potestatem, & sit caput quatuor sedium, sedis Alexandrinae, Antiochenae, Hierosolymitanae & Constantinopolitanae, & vt semel dicam omnium totius orbis Ecclesiarum. Absit à Romanae Ecclesiae amplitudine & dignitate, vt ab homine huiusmodi sibi vendicet potestatem, & non potius a Christo per Petrum. An non sapius demonstratum est secundo Annalium tomo, Romani Pontificis super omnes vbique Ecclesias earumque praesules fuisse authoritatem, etiam cum ipsa Regina prouinciarum esset subtributo, cùm scilicet tyrannorum persecutionibus Ecclesia vexaretur? Turpe planè est atque admodum indignum acceptum ferre mortali, quod ab ipso Deo & Domino nostro Iesu Christo constat eidem in Petro esse collatum. Hactenus vir aeterna memoria dignissimus.

Quod attinet ad Concilium Carthaginense hoc argumentum ab haereticis allatum, tam disertè refellit Robertus Bellarminus, in Controuersia de Romano Pontifice, lib. 2. cap. 25. vt alia confutatione nostra non sit opus. Adscribam tamen hic verba eiusdem Cardinalis Baronij, tomo 3. in fine, anni Christi CCC.XLVII. quia videntur planè scripta esse pro confutatione huius calumniae Hotomanicae.

At quod nos in maiorem admirationem ac planè stuporem adducit, illud est, quomodo acciderit, vt Zosimus & Bonifacius Romani Pontifices per Legatos a se in Aphricam missos in causa Apiarii presbyteri canones oecumenici Concilij Sardicensis citauerint nomine Nicaenae Synodi. Hinc struunt mendaciorum congeriem haeretici, vt constat ex literis Concilij Africani, ad eundem Bonifacium redditis. Nulla equidem inprimis in iis de dolo malo (Nota Hotomane) *& impostura potest esse suspicio, cùm aequi ponderis essent Canones Concilij Sardicensis atque Niceni; Nam vtrumque Concilium, vt diximus, oecumenicum fuit, & aequè ex hoc atque illo conuincendi necessariò fuissent Africani Episcopi; qui tunc sanè restiterunt, cùm ex illo Nicaeno Concilio citatos canones inter eos, qui extarent, minimè reperierunt. Cum igitur omnis prorsus ratio cesset suspicionis de impostura: alterum de duobus contigisse oportuit; vel sicut plures alios Nicaeni Concilij Canones repertos esse in Sardicensi conuentu (quod superius est demonstratum) & ab ipso Nicaeno Concilio sicut alios multos excidisse, in Romano autem Codice integros obseruatos fuisse: Vel quod in vulgato eodem Codice, qui Romana Ecclesia vsui esset, ab aliquo Canonum collectore, quod sciret nomen Concilij Sardicensis ab Arrianis esse magnoperè infamatum, absque titulo Synodi Sardicensis, eosdem Canones Concilij aequè oecumenici collocatos fuisse dixerimus sub canonibus Nicaenae Synodi; Sicque accidisse, eosdem citari sub nomine Niceni Concilij, quod verisimilius contigisse videtur.* Sic ille.

Tertium argumentum, Hotomanus inquit, *est quòd cùm mendacem vt in prouerbio est, memorem esse oporteat, tamen harum epistolarum architectus in duabus vltimis legibus septima scilicet atque octaua pugnantia scripsisse arguitur, vehementerque inter se diffidentia. Nam cum l. 7. graecè scripta, & anno Christi D.XXXIII. data, nempe Iustiniano solo III. Coss. VII. Kal. April. faciat eum rescripsisse literas, & vt nunc loquimur patentes omnibus cognoscendas ad Patriarcham suum Constantinopolitanum, quibus literis praedicat, se hanc suam fidei confessionem iam antè R. Papae spectandam cognoscendamque misisse: tamen haec nostras l. 8. quae confessionem illam continet, facit easdem illas literas ad P. Romanum datas, legatosque missos anno demum insequente: nempe D.XXXIIII. Iustiniano IIII. Paulino Coss. VII. Kal. Aprilis. Superiore inquam anno scribit se iam misisse legatos ad Papam R. At anno vertente, duodecimo denique post mense, scribit, se tum primum, ac tum demum legationem & confessionem illam mittere,* &c.

Respondeo, negando vera esse quae iste asseuerat. In nullis exemplaribus, & quidem emendatis, illa inueniuntur, quae iste commemorat, vt meritò ipse mendacij redarguatur, dum alios mendaces esse criminatur, cur non citauit verba legis? quia non extabant. Magis ergo auscultandum est Iacobo Cuiacio d. lib. 5. Parerg. cap. 23. ex Basilicis referenti, quomodo res se habuerit his verbis: *Et omnino res ita procedit. Posuit primum in eo titulo Iustinianus fidei suae professionem, quam ediderat statim ipso initio sui imperij, quae est lex 5. Deinde edictum de fide sua, & haereticorum condemnatione propositum omnibus populis fidelibus, vt Ioannes ait in sua epistola, Constantinopolitanis scilicet & Ephesiis, & Caesariensibus, Cyzicenis & Amidenis, & aliis plerisque, quae est l. 6. Tum ad Epiphanium Archiepiscopum Constantinopoleos, specialiter Epistolam eadem de re quae est l. 7. Et octauo atque vltimo loco similem aliam, praeterquam quod latinè in rei summa verborum serie & consequentia parem, ad Ioannem Archiepiscopum Vrbis Romae, quam maluit vna confirmationis & approbationis Ioannis insertam nobis, quàm solam exhibere; & probatur hic ordo euidenter libris Basilicon,* &c.

Haec cùm Hotomanus intelligeret, non diu mansit in prima responsione, sed ita perrexit: *Quam sunt ista quaeso consentanea, aut inter se congruentia? Priore anno edictum promulgare de sua fide & religione, quam & ab illo Patriarcha suo Episcopisque Orientis omnibus, & item ab Ephesiis, Caesariensibus, Cyzicenis Amidenis aliisque populis vniuersis obseruari iubeat, vt ex illius legis inscriptione apparet: anno verò insequente, & duodecim mensibus interiectis, legatos ad Papam R. cum illa eadem confessione mittere, per quos ipsius de illa sua religione sententiam ac iudicium exquirat? vt si ei probetur, tum illam edi atque obseruari iubeat: sin minus eam extinguat; quam tamen, vt dixi, duodecim iam ante mensibus per omnes Orientis Ciuitates, & Ecclesias promulgari ac recipi imperarat? Quid igitur si Romanus Episcopus eam improbasset? nunquid se ipse Iustinianus summa amentia condemnasset, qui eam duodecim ante mensibus per vniuersi Orientis Ecclesias, non modò promulgandam curasset; verùm etiam probari ac recipi imperasset?* &c.

Respondeo, rem ita processisse vti Cuiacius commemorat, & nullam inde repugnantiam oriri, vel absurditatem: quia Iustinianus Imperator optimè nouerat suam fidei professionem conuenire fidei, & professioni ipsius Pontificis Max. & in eum finem ad eum scripsit, petijtque approbationem, vt alijs omnibus innotesceret, ipsius Imperatoris fidei professionem eandem esse cum professione Romani Pontificis, ac proinde ab omnibus eò facilius reciperetur, praesertim quia à quibusdam prauis Monachis malè & Iudaicè secundum Nestorij doctrinam, fuerant aliqua negata. Non credas mihi, sed crede verbis ipsius Epistolae Iustiniani, quae sic habent: *Omnes ergo Sacerdotes sequentes doctrinam Apostolicae sedis vestrae, ita credunt, & confitentur, & praedicant. Vnde properauimus haec ad notitiam deferre vestrae Sanctitatis, per Hypatium & Demetrium beatissimos Episcopos: vt nec vestram Sanctitatem lateant, quae à quibusdam paucis monachis malè & Iudaicè, secundum Nestorij perfidiam, denegata sunt. Petimus ergo vestrum paternum affectum, vt vestris ad nos destinatis literis, & ad sanctissimum Episcopum huius almae vrbis, & Patriarcham vestrum fratrem, quoniam & ipse per eosdem scripsit ad vestram sanctitatem, festinans in omnibus sedem sequi Apostolicam Beatitudinis vestrae, manifestum nobis faciatis, quod omnes qui praedicta rectè confitentur, suscipit vestra*

A *Sanctitatis, & eorum, qui Iudaicè ausi sunt rectam denegare fidē condemnat perfidiam. Plus enim ita & circa vos omnium amor, & vestræ sedis crescet authoritas: & quæ ad vos est vnitas sanctarum Ecclesiarum inturbata seruabitur, quando per vos didicerint omnes beatissimi Episcopi, eorum quæ ad vos relata sunt, synceram vestræ Sanctitatis doctrinam.*

Vides, vt puto, lector, quam ob causam Imperator scripserit ad Romanum Pontificem, cur petierit approbari suam fidem, & quia erat per omnia conformis Romani Pontificis fidei, & doctrinæ, quam semper Apostolicam appellat (ad confusionem sectariorum) vti reuera est, & semper erit, nullum erat periculum, eandem vt reprobaret ac reijceret ipse summus Pontifex: sed eam approbari ac recipi vtilissimum erat, omnibus alijs Episcopis, & Ecclesijs, vt manerent in vnitate fidei Catholicæ, & contraria dogmata repudiarent.

Quartum argumētum Hotomani. *Nam cùm*, inquit, *& Iustinianus & superiores Impp. Patriarchæ suo Constan-* B *tinopolitano, vel maiorem quam alijs omnibus, vel certè parem potentiam atque authoritatem tribuerint; tamen Iustinianus in hac octaua lege, & Latina Epistola fingitur, illum Papæ Romani potestati, & in constituenda religione cognitioni ac iudicio subijcere. Nam vt alia sexcenta testimonia omittamus, neque longius quam ex eodem primo Codicis libro testimonium petamus, extat eiusdem Imperatoris constitutio in l. 24. C. de sacrosan. Eccl. vbi scriptum ita est. Constantinopolitana Ecclesia omnium aliarum est caput. Extat item altera superioris Imperatoris nomine Zenonis constitutio in l. Decernimus 16. eod. tit. cuius hæc verba sunt: Sacrosanctam huius Constantinopolitanæ religiosissimæ Ciuitatis Ecclesiam, & matrem nostræ pietatis & Christianorum orthodoxæ religionis omnium, & eiusdem Regiæ vrbis sanctissimam sedem priuilegia & honores omnes super Episcoporum creationibus, & iure ante alios residendi, & cætera omnia quæ ante nostrum Imperium, vt nobis Imperatoribus habuisse dignoscitur, habere in perpetuum firmiter* C *regiæ vrbis inconcussè censemus & sancimus. Hæc ille. Quibus potest intelligi, quantoperè ab illorum temporum institutis abhorreat, quod hoc loco Iustinianus scripsisse fingitur, velle se Constantinopolitanum Patriarcham Romani Papæ iudicio atque potestati subijcere: præsertim cùm in Nouella 131. dilucidè profiteatur, priuilegium illud quod Papa Rom. sibi per ea tempora vindicabat, vt in Synodis Ecclesiasticis primo loco & ante omnes sederet, suo & superiorum Impp. beneficio illi tributum, & cōcessum fuisse. Sancimus, inquit, Episcopum Romanum priorem omnibus Episcopis & Patriarchis sedere, & post illum Constantinopolitanæ Ciuitatis Archiepiscopum.*

Respondeo quod attinet ad l. 24. C. de sacrosanct. Eccles. illam nō extare in communibus, & etiam correctis optimisq; exemplaribus. Et dato quod extaret, semper excipienda est Ecclesia Romana, quę verè caput est omnium Ecclesiarum, vel ipsomet Iustiniano teste in No- D uella 9. Vt Eccles. Rom. cent. anno gaud. præscrip. vbi sic ait: *Vt legum originem anterior Roma sortita est, ita & summi Pontificatus apicem apud eam esse nemo est qui dubitet.*

Quod verò ad l. Decernimus 16. eiusdem tit. attinet, ille extat quidem, sed non statuit quidquam in præiudicium Ecclesiæ Romanæ, vt ibi etiam Accursius notat; Nam cùm Basiliscus, absente Zenone, ac deinde in Isauriam etiam profugiente Acacio Patriarcha atque Archiepiscopo Cōstantinopolitano complures ademisset prouincias, in quibus antistites constituendi ius antea ei competierat: Zeno expulso Basilisco imperium recepit, & continuò illam legem promulgauit, qua infirmantur ea quæ Basiliscus constituerat, & Acacio cæterisq; Episcopis suæ sedes restituuntur, sicuti explicat optimè Iacobus Cuiacius lib. 3. obseru. cap. 19. Itaque nihil Zeno ibi statuit de Patriarcha Constantinopolitano, in comparatione Episcopi Romani, qui est summus Pōtifex & primum locum obtinet, sed prima sedes restituitur Pa- A triarchæ Constantinopolitano, quoad alios Episcopos. Et vt omnis cesset dubitatio circa Romanū Episcopum & Patriarcham Constātinopolitanum, notum est à Pontifice Romano octo Patriarchas Constantinopolitanos depositos fuisse, quos enumerat Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imper. inter quos vnus fuit Anthimus, quem Agapetus Papa deposuit, & Menam ordinauit, vt Liberatus scripsit in Breuiario cap. 21. Zonaras in vita Iustiniani, imo huius rei testis est Iustinianus ipse in Nouella 42. Cùm hæc ita sint, liquidò apparet, Constantinopolitanum Patriarcham parem non fuisse Romano Pontifici, quia par in parem non habet imperium.

Quod porro subiungit Hotomanus ex Nouella 131. priuilegium, quod Romanus Pontifex obtinet ante omnes sedendi, suo & superiorum Impp. beneficio obtinuisse, mendacium est, Nam fideliter non citauit verba dictæ Nouellæ, quæ sic se habent: *Sacrorum Conciliorum dogmata, sicut sanctas scripturas accipimus, & regulas sicut* B *leges obseruamus, ideoq; sancimus secundum earum definitiones sanctissimum senioris Romæ Papam primum esse omnium sacerdotum.* Omisit Hotomanus illa verba: *Secundum earum definitiones*, quibus apparet ita in Concilijs definitum fuisse, non autem à Iustiniano tributum. Sed nec à Cōcilijs priuilegia hæc donata sunt, verùm ab ipso Deo, vt meritò Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imperatorem dicat: *Ista priuilegia huic sanctæ Ecclesiæ à Christo sunt data, à Synodis non donata, sed celebrata & honorata, &c.*

Quintum argumentum est: *Quod cùm idem Imperator, inquit, fingatur tum in hac Epistola, tum etiam in alia superiori septima græcè scripta, Papæ Rom. scripsisse nullum se pati velle geri negotium ad religionem pertinens, quantumuis notum sit ac dubitatum, de quo non statim ad illum exquirendæ sententiæ sua causa deferatur, vtpote caput existens omnium Dei Ecclesiarum, tamen extant Nouellæ con-* C *stit. eiusdem Imp. quamplurimæ in quibus liberè, ac pro suo iure de rebus minimè ad religionem pertinentibus, sine vlla Papæ Romani mētione decernit, &c.* Hæc Hotomanus, qui posthæc Nouellas constitutiones multas adducit, & alia quæ de rebus Ecclesiasticis Imperator statuit, quæ recensere non est necesse, cùm omnia sint nota.

Respondeo, nullam ex his legibus quas Hotomanus profert, & quæ extant tum in Codice Iustiniano, tum in Nouellis, pertinere ad fidei & religionis prouisionem, de qua ipse Imperator ad summum Pontificem in hac de qua loquimur Epistola scripsit. Quare argumentum nullius est momenti: Quod enim in hac Epistola profitetur, quæ ad statum Ecclesiasticum pertinent, se ad Romanum Pontificem delaturum, accipiendum est de ijs, quæ ad fidem pertinent, & fundamentum Ecclesiæ vnitatis & religionis. Nec tamen ideo dico, potuisse Imperatorem de rebus Ecclesiasticis, puta Clericis & Mona- D chis, Episcopis, & alijs de quibus multa statuit, suo iure decernere, & leges ferre, quia hanc Ecclesiasticam potestatem ad summum Pontificem spectare certum est, sicut habetur in cap. secundo, de maioritate, & obedientia, & in cap. Per venerabilem, qui filij sint legit., & alibi, sed quis poterat Imperatorem impedire, quo minus illa statueret, cùm tam potens esset, & summi Pontifices, itaque Ecclesia continuis ferè persecutionibus exagitaretur, & ope indigeret Imperatoris, nec leges irritas esse constitutas videret?

Postremum argumentum est ex dicendi genere, quo Epistolæ ambæ conscriptæ sunt, quia alienum est ab eo stylo, quo Iustinianus in latinis suis constitutionibus vti consueuit. *Primum omnium*, inquit, *hæc Epistola plena est indecora assentationis, & tali Imperatore indigna, &c.* Nos, inquit, *reddentes honorem Apostolicæ Sedi Romanæ.*

O caput mirabile atra inuidię ac odij nube coopertū, quia tu Ecclesiæ Romanæ cum alijs sectarijs hostis es, putas alios quoq; esse debere. Nec ferre potes honorem sanctæ sedi Apostolicæ deferri, quam omnis antiquitas

veneratа

veneratа est, Imperatores tot auxerunt priuilegijs, tot ac tantis bonorum possessionibus, quot notum omnibus est, amplificarunt atque donarunt. Idne alienum à Iustiniano erat, qui alibi eam vocat *patriam legum, fontem sacerdotij venerandam sedem summi Apostoli Petri?* Vt in Nouella 9. Vt Ecclesi. Romana centum annor. præscrip. gaud. & in Nouella 131. de Ecclesi. tit. *Sanctam Apostolicam sedem appellat.*

Ex eodem genere, inquit, *illud est, semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, honorare vt patrem vestram Beatitudinem.* Sed hoc nullius planè momenti est, vnà cũ alijs, quæ iste adducit ex verbis Epistolarum, quibus Imperator est vsus. Vnde enim didicit hanc argumentandi rationem. Illa verba non sunt in alijs Iustiniani legibus & constitutionibus, aut eis similia; Ergo Epistola conficta est, nec Iustinianus author illius est? Nam, quot sunt verba in aliqua lege, vel constitutione, quæ in alijs non habentur? Si complures Epistolas Iustiniani, in eius Codice haberemus ad Romanum Pōtificem scriptas, in quibus nunquam illud orationis genus vsurparetur, sed longè diuersum nonnihil haberet coloris H. calumnia, sed nullæ sunt aliæ similes Epistolæ: quare nec possumus illam, quam is allegat, styli diuersitatem intelligere. Comparatio enim fit in rebus similibus eiusdem generis; nec vnum & idem dicendi genus in omnibus rebus exigendum est.

Sed quoniam Alciatum sæpe Hotom. in hac disputatione laudauit, propter Cōstantini donationem, præstat intelligere, quid Alciatus de Romano Pōtifice senserit, deq; eius authoritate & potestate, quid ex alijs vetustissimis, grauissimis authoribus, testimonijs, monumentis scriptum reliquerit, vt studiosi sciant, & alij, quorum interest, quæ inter Alciatum, quem fatetur Hotom. virum doctissimum fuisse, & ipsum Hotom. differentia sit, imò inter Catholicum scriptorem & hominem hæreticum. Prolixa quidem Alciati annotatio est, sed iucunda, vera, præclara.

Alciatus ad l. Inter claras. C. de summa Trinit. & fide Cathol. *Fuit olim magna controuersia an Pontifex Romanus principatum Ecclesiarum de iure diuino haberet. Quod si haberet, an ad eum potius qui Romæ, quàm qui Constantinopoli esset, quæ noua Roma est, pertineret: Et Iustinianus hic ad Romanum rem trahit, quod & aliquo post tempore Phocas quoque Imperator constituit, Constantinopolitanoq; prætulit. Nunquid verò id humanis sanctionibus potius quam iure diuino probetur, nodus esset haud sanè facilis, nisi veteres & sancti illi primitiuæ Ecclesiæ antistites nobis præiuissent, & iuris diuini id esse demonstrassent. Cùm enim dixisset Christus dominus noster Petro:* Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam; *apparet per hæc verba ei vniuersalis Ecclesiæ administrationem promissam. Quod autem ab eo promissum est, fatuum esset opinari non & fuisse seruatum: consensuq; prudentium proditur, tunc verè traditam, cum post resurrectionem dixit:* Pasce oues meas.

Vt enim caput fidei ipse Christus est, qui gratiam quotidie in Ecclesiam suam inuisibiliter infundit, ita & loco sui Petrum eiusq; successores in terris reliquit, qui ea, quibus Ecclesia indiget, visibiliter ipsi conficerent: sic ab his Sacramenta exhibentur, populi in fide instruuntur, Episcopi constituuntur, Concio fidelium legibus, exemplis, monitionibus regitur, mali ab eis nationibus & pœnis corriguntur: quæ si Christus ipse sibi reseruasset, iam fidei merita perderentur, certiq; eius rei essemus, quam nostra salutis interest, ut potius ex fide credamus. Sic in Euangelio rogasse se asserit Christus ne deficiat fides Petri: sic constituit, ne portæ inferi aduersus petram, in qua fundatur Ecclesia, præualeant: sic ei mandatur, ut confirmet fratres suos: sic ipse tanquam os & caput Apostolorum, Domino nostro respondere sic semper in fide ardentiorem se præstat: sic a generalitate aliorum honoris gratia eximitur: cùm dicitur inquit, discipulis & Petro: sic pro eo censùs soluitur; quæ omnia sancti

A *Antistites, cum optime animaduertissent, pro exploratissimo habuerunt, primatum Ecclesiæ Petro, eiusq; successoribus datum: Sed quid profuit tot Concilijs, id sanctissimos Patres statuisse, tot legibus Imperatores cauisse, Ecclesiæ Doctores tam Græcos quam Latinos docuisse, si adhuc reperiuntur, qui etiam editis voluminibus id denegare ausint, nosq; acephalos faciant? vt libeat exclamare, quod vulgò dicitur. Nil intra est oleũ, nil extrà est in nuce duri. Quid enim vnquam tam apertum fuit, tam dilucidum, vt dicendo inuerti nō possit? si singulis horum rationibus respondere operæpretium ducerem, & studiosos multa lectione inuoluerem, & nihil proficerem: qui enim hæc attētant, cancro illo & hydra Platonica pertinaciores sunt, Pontificumq; monitis minimè resipiscentes, nouas quotidie & scandalo plenas conclusiones cogitant, & in publicum*

B *proferunt, vna in re solùm intenti, vt contradictiones cunctis orthodoxis adducant, vt vbiq; concordiam extinguãt, nusquam pietatem adiuuent:* (Pingit suis coloribus hæreticos) *quorum sententiæ, si veræ essent, veteres omnes, sanctosq; Theologos abrogare oporteret, quorũcunq; Principum regna subuertere, qui à Pontifice Romano primum instituti sunt, & imprimis Cæsar ipse exauthorãdus, cùm ex decreto Gregorij V. constituti Electores cum designandi ius nullum adepti fuerint: deturbandus Rex Francorũ, cùm à Childerico in Pipinum transferre dominationem sanctione sua Zacharias nequiuerit: deijciendi Siciliæ Reges, qui à sede Apostolica sub fidelitatis iuramẽto regnum possident: Antistites omnes, qui hactenus fuerunt, & pij & religiosi ceu inuasores, & pseudoepiscopi explodendi, cùm a Romano Pontifice instituti fuerint. Sed bene habet, noluit Christus fidem Petri deficere: tot columnis, tot tibi-*

C *cinibus ea fulta est, vt labefactari aliquorũ syllogismis nequeat. Extant antiquorum interpretum commentarij, quibus omnes hæreticorum sententiæ cõfutantur: & vt Anacleti, Pelagij, Innocentij, Nicolai, Leonis decretales Epistolas omittamus, principatum Ecclesiæ celeberrimus quisq; veterũ Petro ipsi datum consentit & ex Græcis Ioan. Chrysostomus hom. 55. in Matthæum, nunc Petrum totius Ecclesiæ pastorem constitutum, nunc eius pastorem & caput, nunc vniuerso orbi præpositum asserit, & homil. vltima in Ioannem, Iacobum quidem Hierosolymorum accepisse, Petro verò totius orbis curam demandatam affirmat. Theophilus Principem Apostolorum, ex eo facta Luc. 22. scripsit, cùm illi mandat, vt fratres confirmet. Rursus Ioan. cap. vlt. idcirco ei à Christo dictum, sequere me, quoniam cunctorum fidelium prælaturam ei concesserat. Cyrillus Alexandrinus libro Thesaurorum nos hortatur, vt maneamus*

D *in Ecclesia Petri, & in capite nostro, nempe Apostolico Throno Romanorum Pōtificum. Maximus Epistola quadam Orientalibus populis suadet, vt verã fidem approbantes, in Ecclesiam Romanorũ tanquam in solem, respiciant, & ex ipsa lumen Catholicæ & Apostolicæ fidei recipiant.*

Ignatius Constantinopolitanus potestatẽ Apostolorum principi Petro datam, non in eius persona circumscriptam, sed successoribus quoque senioris Romæ Pontificibus trãsmissam author est. Ex Latinis Cyprianus super vno Petro fundatam Ecclesiam tradit, idq; à Christo institutum, vt vnitas eius ostenderetur. Idem lib. 4. Epistolarum ad Pupianum, super Petro ædificatam fuisse Ecclesiam apertissimè fatetur. Ambrosius nunc eum Ecclesiæ petram appellat; nunc fidei firmamẽtum: idcircoq; petram esse, quoniam primus in nationibus fidei fundamentũ posuerit. Idem sermone 11. Hanc, inquit, solam Ecclesiæ nauem ascẽdit Dominus, in qua Petrus Magister est cõstitutus, Hieronymus

in Mat-

A *in Matthæum, Petri nomen illi rectè à Christo datum, quoniam per metaphoram super eum ædificaturus erat Ecclesiam suam. Idem ad Damasum: Ego, inquit, Beatitudini tuæ, id est, Cathedræ Petri communione consocior, & super illam petram ædificatam Ecclesiam scio.*

Augustinus ad Paulinum Epist. 106. Innocentij literas commendat, quibus ad sedis suæ notitiam pertinere testabatur, quicquid vbiq; à Cōcilijs in fide statuatur, cuius iudicio, vel stent vel cadant, quæ tractata fuerint. Rursus in libro aduersus Epistolam Donati, in Petro asserit tanquam in petra fundatam Ecclesiā. Gregorius cùm varijs in locis, tum maximè Epistola ad Mauritium Imperatorem, eandem sententiam adductis Euangeliorum canonibus clarissimè defendit: & post eum Bernardus eo sermone, quem in ipsius Apostoli vigilia habuit, diffusiusq; ad Eugenium Pa
B *pā lib. 11. de Consideratione: Age, inquit, indagemus quis sis, quam geras pro tempore personā in Ecclesia Dei. Quis es? Sacerdos magnus, summus Pontifex, tu Princeps Episcoporum, tu hæres Apostolorum, tu primatu Abel, gubernatu Noe, Patriarchatu Abraham, ordine Melchisedech, dignitate Aaron, authoritate Moyses, iudicatu Samuel, potestate Petrus, vnitione Christus: tu es cui claues traditæ, & oues creditæ sunt: Habent alij sibi assignatos greges, singuli singulos, tibi vniuersi crediti: Socrates Episcopus ī historia Cassiodori, cùm in varijs locis principatum Romæ sedi tribuit, tum & lib. 4. cap. 9. vbi Ecclesiasticis regulis mandari asserit, ne præter Romani Pontificis sententiam Concilium celebretur. Rursus lib. 9. cap. 13. regulam prolatam author est, vt Constantinopolitanus Episcopus haberet honoris priuilegia post Pontificem Romanum, ysq; consensum suum præstitisse Imperatorem Theodosium: quod*
C *& Constantinopolitano Concilio cautum reperitur, in quo hæc ad verbum legere est: Constātinopolitanus Episcopus habeat honoris primatum post Romanum, propterea quod vrbs ipsa sit iunior Roma. Sed & Amianus Marcellinus historiæ lib. 15. author est, Constantium Cæsarem sententiam, qua Athanasium damnabat, petijsse à Liberio Romano Pontifice pro authoritate, qua potiores sunt æternæ vrbis Episcopi confirmari: quod minimè obtinere potuit. Sed quid ego hac in re verba vlterius faciam? Et contra vetus prouerbium rem actam rursus agam? Pluribus enim Concilijs, & nouissimè Constantiensi res hæc omnis decisa est, quod & Iustinianus Imperator hac constitutione approbauit, vt ridicula sit ea hæreticorum conclusio, qua id introductum ex frigidissimis decretis solùm à CCC. annis citra asseuerant. Sed certè nobis videntur isti, non tam credere,*
D *quæ asserunt, quàm id agere, vt inuidiam aduersus Pontificem, & præsules colligant, & contra Christianorum dogmatum synceritatem Principibus populi sui maledicant, cùm tamen Christus quoque ipse Pontificibus & Sacerdotibus libentissimè detulerit, quod annotauit Cyprianus. Paulus quoq; in Actis Apostolorum cap. 24. Nesciebam, inquit, fratres, quia Princeps est.* Hactenus Alciatus. Plurima alia possem adferre testimonia, pro Romano Pontifice, verùm supersedeo, quia non hæc disse tui, vt summi Pontificis summā authoritatem assererem, quod alij doctissimi Theologi satis luculenter fecerunt, sed vt l. Inter claras, à morsibus Hotomani vindicarē, quod nemo hactenus fecit, quem sciam. Post hæc scripta & impressa legi tandem disputationem ferè aduersus Hotomanum apud Illustris. & Reuerendiss. D. Cardinalem Baronium VII. Annalium Ecclesiast. Tomo, qui longe doctiùs & accuratiùs omnia exequitur. Tu illum consulito.

A

CAPVT II.

Defensio Extrauag. Regimini. de empt. & vendit. aduersus disputationem Francisci Hotomani Hæretici, lib. 2. obseruat. cap. 15.

ANnuos census iustè & legitimè emi ac vendi posse, seruata tamen iuris forma, nemo est qui nesciat. Ita enim communi sententia Doctorum vtriusq; iuris receptum est, & res nimis iam inculcata est, transijtq; in rem iudicatam, vt verbis vtar Tiraquelli de retractu consanguineorum. §. 1. Glos. 6. num. 15. Ita multis ac varijs summorum Pontificum constitutionibus sancitum est & Imperij etiam Romani ordinationibus, vt tradit Andreas Gevll. lib. 2. obseru. 7. Nemo igitur hoc in dubium iam reuocat, excepto Francisco Hotomano, nō vt
B Iurisconsultos, & Theologos damnaret, aut Cæsarum Constitutiones, sed vt Romanum Pontificem, quem hæreticus homo odio prosequitur, reprehēderet, cuius reprehensionis facilis est reprehensio. Is lib. 2. obseru. cap. nonnulla profert argumenta aduersus Extrauag. Regimini, de empt. & vendit. quæ breuiter putaui referēda, atque refellenda, vt imposturæ ipsius detegantur.

Primùm, inquit, *emptio ex eorum numero est, quæ solo consensu contrahuntur. Hanc autem conuentionem re contrahi, & antequam numerata pecunia sit, nullam obligationem concipi, nemo, vt opinor, vel mediocriter in libris nostris versatus addubitabit. Deinde in emptione, & venditione vltrò citroq; obligatio nascitur: ac propterea bonæ fidei iudicium ex eo contractu constituitur: At in hoc negotio, & is solus, cui fundus traditur, & restrictè ex iis tantum, quæ lingua nuncupata sunt, adstringitur. Præterea in emptione contrahenda res quanti est, in solidum æstimatur,*
C *hic autem non fundus, sed eius tantùm annuus prouentus æstimatur. Restat igitur vt consideremus, an hæc conuentio mutui nomine contineatur, quod dici omnino non potest. Nam in mutuo certa obligatio nascitur de reddenda quandoque pecunia. Hic autem acceptor pecuniæ non obligatur. Cum igitur hanc conuentionem inter contractuum genera non reperiamus, & constet eam naturam habere aliarum omnium conuentionum dissimillimam, videamus ne quid in ea monstri subsit. Et profectò ita est, vt tres occultissimas fraudes, quasi viperas, aut uulpeculas sub huiusce conuentionis specie latere animaduertam: quarum prima hæc est, quod in ea solus fundi prouentus æstimatur, atque emitur: fundus autem gratis, ac sine ullo precio callidè ac subdolè aufertur. Cum enim de illa Decima, Duodecima & Decimaquinta disseritur, nequaquam fundi precium exquiritur: sed eius tantummodò prouentus cum decima, aut duodecima sortis parte comparatur: ut quia, verbi gratia; duodecima sortis pars rectè & legitimè pro usura*
D *constituitur, quippe quæ bessi legitimo propemodum respondeat: propterea recta usuræ ratio iudicetur, si pro pecunia numerata, tantundem in fructibus soluatur: hoc est, fructus qui duodecimæ respondeant. Quod quàm iniquum & indignum sit, nemo non uidet. Non enim ex prouentu tantùm & frugibus, sed etiam multis alijs ex causis fundi æstimantur, uelut salubritate, amœnitate, opportunitate, aut circumluuione fluminis, uicinitate oppidi. l. Competis. 16 ff. quod ui aut clam. l. sicut fundus. de leg. 2. Et ea de re pulcherrima Epistola extat C. Plinij lib. Epistolar. 111 cuius initium est: Adsumo te. Ex quo intelligi uolumus quam longè hoc genus contractus à uenditione cum pacto redimendi facta dissideat, in qua uerum, æquum, & solidum rerum precium æstimatur.*

His verbis tria cōtinentur mēdacia. Primū in illis verbis: *Quod in ea solus fundi prouētus æstimatur atq; emitur, fundus autē gratis ac sine ullo precio callidè & subdolè aufertur.* Falsum est, fundum auferri dño, hoc est, vēditori census. Nā sic se res habet in hoc cēsu, qui à Scholasticis vocatur

vocatur constitutiuus. Venditur enim, precio conuento iusto scilicet, annuus reditus certi fundi, cuius dominium venditor retinet, & se obligat, & fundum quoque ad annuum censum persoluendum, itaque fundus non aufertur: sicuti in censu reseruatiuo, cum scilicet fundi dominium in alium transfertur à domino, reseruato sibi annuo censu, iuxta notata in cap. Constitutus. de relig. domibus; sed iste non intellexit vim & naturam horum contractuum, vel atra nubes odij in Romanum Pontificem oculorum aciem obtenebrauit eius, vt & aliorum hæreticorum.

Alterum mendacium inest verbis illis: *Cum enim de illa decima, &c. Nam decima duodecima, &c.* nō comparatur, vt ipse putat, cum decima & duodecima sortis parte, quasi vsura constituatur palliata, vt nostri loquuntur, sed habetur ratio rei, super qua annui census obligatio constituitur, & ipse census annus emitur ac venditur, ita vt precium iustum sit. Verbi gratia, centū aureis census annuus venditur super fundo, venditor ex eo contractu promittit annuā quinque, quia ex illo fundo annuatim percipit idē venditor tantundē vtilitatis, quanta est pensio soluenda statis temporibus: *Nam si res non est talis: dominus rei non habet reuera tantam rei prouenientis vtilitatem: Ergo vere non habet id quod vendit. Et consequenter si qui fingeret se emere tantam, cum tamen res vera non emeret, sed palliaret sic vsuram, qua censuario mutuaret summam soluendam cum vsurario incremento post paulatim variis temporibus.* Verba sunt R. P. Gregorij de Valentia, viri summi, ac Theologorū huius ætatis præcipui in 3. Tomo Comment. Theol. dispu. 5. q. 22. punct. 2. vbi alios citat, & puncto 5. de iustitia precij censuum, latius disputat, sed hæc non intellexit Hotomanus.

Tertium mendacium est, cùm ait in venditione cum pacto redimendi facta, *verum, æquum, & solitum rerum precium æstimari.* Falsum est, quia æstimatur res habita ratione oneris reuendendi, vt ratio ipsa dictat, Nullus dissentit. itaque res minoris æstimatur, quàm si purè & simpliciter vendatur absque pacto reuendēdi. Est enim hoc pactū onus, Hotomane, quod si perpendisses, nō dixisses solito pretio æstimari.

Pergit Hotomanus: *Sed nunc alteram fraudem*, inquit, *quæ sub hac fucata emptione agitur, detegamus. Neque enim solum fundi corpus non emitur, sed ne ipsius quidem prouentus: quod paulum attendenti non difficile erit intelligere. Nam emptio & venditio, vt ex parte venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitumque precium; quod ab emptore verè (& vt loquuntur) naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, exquirit. l. 1. ff. de contrah. empt. l. penul. C. de rer. permut. At in hac conuentione nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur: quæ emptori detrahatur. Imo tantum abest, vt illi aliquid decedat, vt contra potius accedat; vtpote cum ipsius pecunia ex fundi fructibus sine vllo impendio suo amplificetur.*

Hominis delirantis verba esse videntur: *Nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur*, imò cōstituitur, quia emptor venditori pecuniæ certam quantitatem numerat verè, naturaliter, & realiter, illaque ab emptore abest, & transfertur in venditorem. Nemo id ignorat, imò paulò superiùs idem dixit Hotomanus, dum dixit, antequam numerata pecunia sit, nullam contrahi obligationem. Ex fructibus autem pecunia ab emptore soluta non amplificatur, sed emptor annuum censum accipit, donec redimatur census. Sicut is qui cum pacto reuendendi emit, fructus percipit rei emptæ, donec redimatur. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendi. sed res est clara nimis: pudet diutiùs immorari.

Tertia fraus ex eo deprehenditur, inquit, *quod hoc genus conuentionis nullius alterius rei quàm exercendæ fænerandæque pecuniæ causa institutum est: quemadmodum vel ex illa decima & duodecima ratione intelligi potest, de qua Pontifices in illo extrauaganti decreto scribunt, &c.*

O sanctum pectus; timet labem vsuræ. Bonarum mentium est timere peccatū, vbi non est. Horret Hotomanus

A nomen decimæ, duodecimæ, quasi sonet in fœnus illicitum, rem non inspicit, non perpendit contractus substātiam, pacta, periculum sortis amittendæ, nullā actionem competere emptori ad repetendū pecuniam, sicut creditori qui mutuauit, & alias differentias, quæ ab omnibus hactenus cōsideratæ sunt inter mutuum, fœneratitium, & emptionem, & venditionē censuum. Prohibent summi Pontifices, nec non Imperatores ac Principes vsuras turpes, easdem omnes boni detestantur. Approbant tamen census. Hotomano sunt vsuratij & fœneratitij scilicet; *Hic candor in solo est, reliqua omnia vmbra feruntur.* O impudentiā, sed quid mirum? hæretici non obediunt Ecclesiæ, contemnunt Orthodoxos Patres, suas opiniones præferunt omnibus Concilijs, ac receptis ab Ecclesia interpretationibus. Sed bene res habet, quia portæ inferi non præualebūt aduersus eam, vt alias dixi ex verbis Domini nostri Iesu Christi.

B

CAPVT III.

An fiscus, Principes, Ciuitates & Ecclesia Romana centum annorum præscriptione gaudeant.

NOta est l. vlt. C. de sacrosan. Eccl. in qua Imperator Iustinianus centum annorū præscriptionē cōcedit Ecclesijs, Ciuitatibus, redemptioni captiuorum & cæteris pijs locis in rebus venditis, vel donatis, vel legatis, vel per fideicōmissum relictis, nec non ēt in hæreditate relicta. Sed cōtrouersia est, an idem præscriptionis ius fisco ēt competat. Item Principibus, an ēt Ciuitatibus inspecto iure nouissimo ex nouellis Iustiniani constitutionibus, & denique, an ēt Romanæ Ecclesię competat consideratis omnibus Iustiniani constitutionibus. Nam iure Canonico certum est competere,
C & indubitatum. Quatuor hæc sunt controuersiæ dignæ, quæ accuratè à nobis tractētur atque discutiantur, tum quia non exiguam iuris cognitionem secum adferunt, tum quia magnus in praxi forensi earum vsus est.

Fiscum priuilegio gaudere cētenariæ præscriptionis, authores sunt Accursius in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. in verb. centum annorum, in 4. solutione argumenti allati ex l. In omnibus. ff. de diuersis & temp. præscr. Bart. ibidem, Baldus, Salicetus, Iason, Marcus Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 6. tit. 8. nu. 2. Fundamentum est, quia d. l. vlt. dicit; *Vt inter publicum ius & priuata commoda cōpetens sit discrimen, &c.* sed ius fisci publicū est, non autem priuatū. Ergo illa lex ad fiscum quoque pertinet.

Huc accedat Nouella 160. vbi Imperator dicit, oportere *se ex æquo Ciuitatum & rerum fisci curæ studere.* Ergo priuilegium, in ea lege tributum Ciuitatibus, interpretatione extendi debet ad fiscum.

D Præsertim quia fiscus maiora habet, quàm Ciuitates priuilegia. Nam ędilitiæ actiones, quæ in venditionibus fiscalibus cessant, si quę Respub. quid vendiderit, locum habēt. l. 1. §. Illud. ff. de ędilit. edi. Rem Ciuitatis sub hasta venditam, licitantique addictam, non licet adiectione precij postea emptori auferre, nisi particulari priuilegio id Reipub. concedatur. At fiscus vendens habet adiectionis tempora, intra quę quilibet potest aucto precio rem emptori euincere. l. Lucius. 21. in fine. ff. ad Municip. l. 1. C. de rei vēd. reb. Ciuit. l. pen. C. de omni agro deserto. l. 4. C. de iure hastæ fiscalis.

Rursus fiscus ius habet in rebus debitorum. l. Aufertur. 46. §. Fiscus. ff. de iure fisci, & tacitam hypothecam, l. 1. & 6. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacitè contrah. Ciuitates autem non habent, nisi quæ singulariter id à Principe impetrauerint, vel pacto quæsierint. l. Simile. 10. ff. ad Municip. l. 2. C. de iure reip.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, doctrinam Pauli Castrensis secutus in d. l. vlt. num. 7. atque ita contendo, priuilegium centenariæ præscri-

præscriptionis ea lege tributum, ad fiscum nequaquam pertinere.

Mouet me imprimis, qood in d.l.vlt. Iustinianus tribuit illod ius ac ptiuilegium Ecclesijs, locis pijs, Ciuitaribus, & captiuis, fisco autem nou tribuit.

Deinde, quia iam cautũ est specialiter de præscriptionibus aduersus fiscũ constituris in l. In omnibus. 20. ff. de diuer. & tempo. præscripe. in l. 1. §. Diuus, & §. Præscript. ff. de iure fisci, in l. 1. C. de quadtiẽnij præsctip. in l. Iampridẽ. C. comm. de vsucap. in l. Cõpetit. C. de præscrip. 30. vel 40. anno. in §. Res fisci. instit. de vsucap.

Terriò, quia textus in l. Omnes. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. apertè statuit, 40. annis omnes actiones remoueri, nullumq́ue ius publicum vel priuatum post lapsum annorum 40. moueri posse.

Respondent Doct. excipiendos esse casus, quibus centenaria opus est præscriptioue, qui continentur in d.l. vlt. Respondeo, in illa lege nihil tali contineri.

B Nec obstant verba illa d.l.vlt. *Vt enter ius publicum & priuata commoda, &c.* quia illis verbis ratio legis cõtinetur, generalis illa quidẽ, sed postea lex sequitur specialis de Ecclesijs, Ciuitatibus, pijs locis, & redẽptione captiuorum, nullum verbum de fisco. Quamobrem illa ratio generalis restringi debet, & aptari ad ea, quę in lege constituuntur, nõ ad alia diuersa ac separata, quæ alijs legibus iam rectè suut constituta; *Quoniam dum nihil omnino super istis innouatum sit, antiquam seruamus figuram,* vt alibi Imperator dixit, Nouella. de administran. officia in sacris appella.

Nec obstat d. Nouell. 160. Non enim bona cõsequentia est, quia Imperator ibi circa vsuras eandem curã habet fisci & Ciuitatum, idcirco quicquid in Ciuitatibus constitutum est, ad fiscum quoq; pertinere. Quia ex vno singulari casu regula constitui non debet.

C Quæ respousio valet ad vltimum etiam argumẽtum. Nam non si in aliquibus potior causa fisci est, quàm Ciuitatum; idcirco in omnibus potiorẽ esse oportet, quædã enim sunt causæ, quæ mouere possunt ad aliquid de ciuitatibus statuendum, quæ uon habẽt locum in fisco. Proinde non plus à nobis fauendum fisco est, quàm Cæsares authores legum fauere voluerint.

Quod attinet ad Principes, communior sententia est, eis competere idem ius præscriptionis cẽtenariæ in casibus de quibus fit mẽtio in d.l.vlt. C. de sacrosanct. Eccl. Vide Alexan. iu conf. 24. lib. 5. Socinum iun. in cons. 65. nu. 4. lib. 1. Crauettam de antiq. tempor. in 4. par. §. Absolutus. nu. 36. 37. Felinum in c. Ad audientiam. no. 22. de Præscrip. Couar. in reg. Malę fidei possessor. in 2. parte, §. 2. nu. 9. de reg. iur. lib. 6. Marcum Antonium Peregrinum de iure fisci lib. 6. tit. 8.

D Fundamẽtum est primò, quia illud priuilegium competit fisco, sed hoc iure non probatur, vt proximè dixi. Deinde, quia Principes non sunt minoribus fauoribus prosequendi, quàm Ciuitates: Sed hoc argumẽtum parui põderis videtur, quia nõ est bona collectio. Visum est enim Iustiniano Ciuitatibus id tribuere, & alijs in ea lege expressis, non autem sibi ipsi, quare uobis nou licet id ad alios porrigere.

Tertiò in authoritate Gloss. in §. Vt autem lex. in vers. Nec multum. in Auth. de non alien. reb. Eccl. quæ Gloss. hoc dicit, authoritate illius textus, in illis verb. *Cum nec multum differant ab alterutro Sacerdotium, & Imperium, & res sacra à communibus & publicis, quando omnis sanctissimis Ecclesiis abundantia & status ex Imperialibus munificentiis perpetuò præbeatur.* Si ergo Ecclesiæ ad ius concessum est, videtur etiam Principi concedendum.

Sed responderi potest, comparationem illam Ecclesię & Imperij in eum finem allatam esse, vt appareat Principi permutare licere res suas cũ rebus Ecclesiæ, vtilitate publica id exigẽte, & pragmatica forma præcedẽte. Nõ est igit' absoluta, & generalis cõparatio Ecclesiæ ac Imperij, alioqui dicẽdum foret, quicquid de Ecclesijs constitutum est, id etiam ad Imperatores & Principes pertinere: cùm tamen multæ sint differentiæ, vt notum est. Non licet verba legis ita captare, & ex eorũ vt quiduis inferre atque instituere, quod legibus constitutũ nõ est, facileque constitui, si legum author voluisset, potuisset.

Alij dixerunt, etiã extra casus expressos in d.l.vlt. C. de sacrosanct. Eccles. exceptionem istam centenarię prę scriptionis Principibus competere, sed nullo fundamento; quamobtem eos refellunt Peregrinus & Couar. locis proximè citatis.

Alij dixerunt Principis res præscribi posse spacio 40. annorũ, in casibus d.l.vlt. C. de sacrosanct. Eccl. qoia centum aunorum præscriptio, quæ ibi cõstitura fuit, sublata est Nouella Iustiniana 111. Hæc constit. innouat cõstitutionem, &c. & reducta ad 40. annos. Vide Boerium decis. 264. nu. 22.

D. Tiberius Decianus I cõs. 124. nu. 44. lib. 3. post alios ab eo citatos, dixit, Principibus obstare præscriptionem 40. annorum, quoties possessor titulum habuit ab ipsis.

Ego verò sic statuo. Si de rebus feudalibus sit quęstio, nullam principibus ad directum feudi domioiũ auferendum, temporis præscriptionem obstare, ex cõstitutione Friderici in c. Imperialẽ. de proh. feud. alien. per Frider. quod præclarè Zasius defendit in conf. 15. li. 2. & nos superiùs disputauimos in libro præcedente.

Si agatur ad tributorũ præstatione præscribenda, nullius quoque temporis longissimi præscriptionem sufficere. l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. annor.

Si de mero vel mixto Imperio, Iurisdictione, vel regalibus agatur, quid iuris dicam infrà hoc eodem lib.

Si de alijs rebus agatur, existimo præscriptionẽ longi temporis locum nõ habere, quia sic est constitutũ in l. 2. & 3. C. Ne dominicæ rei vel templor. vẽd. &c. lõgissimi autem temporis locũ habere, iuxta l. Sicut & l. Omoes. C. de Præscrip. longiss. tẽpo. 30. vel 40. annor. si bona fides adsit iuxta canonicas sanctiooes, c. vlt. de Præscript.

Hæc mihi videbantur in hac qnæstione controuersa, ex iuris fontibus adferri liquidò potuisse.

Sequitur vt de Ciuitatũ iore videamus. *Quæritur an* Ciuitatibus, nouissimis cõstiutionibus cõsideratis, *obijci* præscriptio 30. vel 40. annorum possit, *an verò* cẽtum annorum duntaxat, vt in d.l.vlt. *C. de sacrosanct. Eccl.* Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ, Vna, centum annorum præscriptionem requiri secundum tenorẽ d.l.vlt. Ita olim docuerunt Pileus & Ioãnes, antiqui Glossatores, Castrensis, nu. 8. Bart. nu. 8. Iason nu. 21. in Auth: Quas actiones. C. eod. titu. Couar. alios citans ad Reg. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. par. 2. §. 2. nu. 9. Iacob. Cuiac. lib. 5. obseru. c. 5.

Fundamentum est, quia in Nouella cõstitutione 111. Hæc cõstitutio innouat constit. &c. in qua Imperator illam centũ annorum præscriptionem correxit, & ad annos quadraginta reduxit, nulla Ciuitatum mẽtio habetur, sed Ecclesiarum duntaxat & aliorum piorum locorum. Quod ergo nou corrigitur, cur stare prohibetur? l. Præcipimus. io fine. C. de Appellat.

Altera est seotentia, sublatam esse dictam præscriptionem cẽtum annorum, & ideo 30. anuorum præscriptionem Ciuitatibus obstare iuxta l. Omnes. & l. Sicut. C. de Præscript. 30. vel 40. annor. sic existimarunt olim Placentinus & vltramontaoi doctores, teste Bartolo, Petrus Cynus, Salicetus, & Fulgosius iu d. Auth. Quas actiones & io eandem sententiam propendere videtur etiam Baldus, Boerius decis. 264. nu. 22.

Fũdamẽtũ est, quia est eadem, imò maior ratio in Ciuitatibus, quæ in Ecclesijs: cũ igitur Ecclesijs, quibus pscriptio centũ annorũ concessa fuit principaliter, adẽpta fuerit ex Nouella 111. absurdũ videtur existimare Ciuitatibus adhoc saluam esse: Eandem esse rationẽ in Ciuitatibus, patet ex eo quod in d. Nouella, ideo sublata dicitur centum annorũ præscriptio. *Quoniam per tantum seculi magis, quàm temporis spatiũ, nec documẽtis integritas*

nec

nec alijs fides, nec ætas valet teſtibus ſuffragari. Hæc ratio æquè militat in ciuitatibus, vt in eccleſiis.

Hanc poſteriorem ſententiam ego longè probabiliorem eſſe iudico, atq; ſic cenſeo, plus dictũ & minus ſcriptũ in dicta Nouel. 111. eamq; omnino fuiſſe Iuſtiniani mentem, vt illud quod de præſcriptione centum annor. conſtituerat in d. l. vlt. C. de ſacroſ. Eccl. immutaret, atq; corrigeret, ſubſtituendo loco centenariæ quadragenariam præſcriptionem, nullam feciſſe ciuitatum mentionem, quia non putauerit eſſe neceſſariam, cum eccleſiis, quibus præcipuè cõſultum voluit, priuilegiũ ademiſſet. Addo ex verbis d. Nouellæ, congrua adhibita interpretatione palam fieri etiam ciuitatibus, ſublatum hoc priuilegium videri: Sic enim ait Imperator: *Et iubemus in negocijs, quibus antehac triginta annorum remouebat exceptio nunc venerabilibus Eccleſiis, Monaſterijs, Xenodochijs, &c. 40. annorum protelatio conferatur, ſalua ſcilicet circa alias perſonas & cauſas, virtute quam ſemper tricennalis ſibi præſcriptio vendicabat, quoniam hanc decem annorum adiectionem ſolis, vt dictum eſt, religioſis locis, eorumq; iuri & contractibus indulgemus.* Et paulo pòſt; *In illis namq; vt dictum eſt, negocijs religioſos contractus memorate 40. annorum priuilegio volumus perfrui, in quibus eis centum annorum prærogatiuam conſtitutio noſtra contulerat.* Si ſolis eccleſiis & religioſis locis vult Iuſtinianus competere priuilegium 40. anno. præſcriptionis. Ergo id ciuitatibus competere nõ poteſt. Ergo multò minus ciuitatib. competet priuilegium centum ann. præſcriptionis. Abſurdum eſt autem, exiſtimare minus eſſe conſultum Eccleſiis, cui plus conſultum voluit Imperator. Abſurdum eſt proteſtari decem annorum adiectionem factam præſcriptioni 30. annorum, ob fauorem Eccleſiarum & locorum religioſorum tantummodo, ſi ciuitatibus frui ad huc liceat præſcriptione centum annorum.

Quibus tollitur contrariæ ſententiæ fundamentum, ſatis. n. perſpicuum euadit omnib. rectè cõſideratis ea Nouella 111. ciuitatib. quoq; ademptam fuiſſe centum ann. præſcriptionem; licet illud mouerit dubitationem, controuerſiamq; pepererit, quod non ita expreſſim de ciuitatibus, vti de Eccleſiis, ea conſtitutione cantum à Iuſtiniano fuerit. Hęc de ciuitatibus.

Reſtat de Romanæ Eccleſiæ priuilegio, vt breuiter diſſeramus. Et quidem inter omnes cõſtat, à Iuſtiniano Eccleſiæ Romanæ datum eſſe priuilegium centenariæ præſcriptionis, Nouella conſtitutione 9. tit. Vt Eccleſia Romana centum annorum gaudeat præſcriptione, ſed controuerſia eſt, an hoc priuilegium alia poſteriori Nouella fuerit ſublatum. Nam ſublatum videri reſponderunt Hugolinus & Accurſius in Auth. Quas actiones; Salicetus ibidem nu. 1. Pinellus in Auth. Niſi tricennal. C. de bonis maternis, num. 57. Iacobus Cuiacius libro 5. obſeruat. cap. 5.

Sed ſublatum non videri reſponderunt, alij ferè omnes in d. Authen. quas actiones. Bartolus. Bald. Caſtren. Iaſon & alij, nec non Accurſ. in rubr. Nouellæ 111. Hæc conſtitutio innouat conſtitutionem, &c.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia Nouella 111. generaliter loquitur de Eccleſijs, eiſque nulla diſtinctione adhibita, priuilegium aufert cẽtenarię præſcriptionis. Ergo Romana etiam Eccleſia eadem conſtitutione continetur.

Non obſtat, ſi dicatur ſpecialiter tributum fuiſſe Romanæ Eccleſiæ priuilegium dicta Nouella 9. ac proinde alia conſtitutione ſpeciali tolli debuiſſe. Nam dicta Nouella 9. concedit priuilegium non Romanæ Eccleſię ſolùm, verùm alijs quoq; Eccleſijs, vt patet ex illis verbis: *Vt ex hac in vniuerſas Eccleſias catholicas, quæ ad Oceanũ vſq; poſitæ ſunt, ſaluberrima legis vigor extendatur.*

Secundò, quia ratio quæ mouit Iuſtinianum ad reuocandum priuilegium centenariæ præſcriptionis, & quæ in dicta Nouella 111. prolixè exprimitur, locum habet etiam in Romana Eccleſia.

A Tertiò, in Nouella 131. § Pro temporalibus, vbi dicit Imperator: *Pro temporalibus autem præſcriptionibus decem, viginti, & triginta annorum ſacroſanctis Eccleſijs & alijs vniuerſis venerabilib. locis ſolum præſcriptionem 40. annorum opponi præcipimus, &c.*

Non obſtat, ſi dicatur Imperatorem ibi non loqui de Romana Eccleſia. Nam principio Nouellæ fit mentio Romani Pontificis.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd ſpeciale priuilegium Romanæ Eccleſiæ conceſſum dicta Nouella 9. abrogatum non fuerit dicta Nouella 111.

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur, non ſolùm quia iure canonico recepta eſt. c. Ad audientiam. de Præſcript. & alibi, cui par eſt viros graues ac prudentes ſummam fidẽ adhibere & acquieſcere: Verùm etiam quia longè firmiori nititur ratione, quã contraria ſententia.

Etenim ſic ſtatuo; nec Iuſtiniani Nouellam 111. trahi B poſſe ad Romanam Eccleſiam & Nouellam 9. ſpeciale priuilegium Romanæ Eccleſiæ continere, non autem generale omnium Eccleſiarum: quæ duo ſic veriſſima eſſe oſtendo.

Imperator in dicta Nouella 111. reuocat priuilegiũ centenariæ præſcriptionis, quod Eccleſijs & alijs venerabilibus ac religioſis locis conceſſerat: ſic enim expreſsè verba ſonant dictæ Nouellæ, At Eccleſijs & venerabilibus locis centenarię præſcriptionis priuilegium non dedit in d. Nouella 9. Nulla ibi fit mentio Eccleſiarum, *venerabilium locorum, xenodochiorum*, & ſimilium; Ergo d. Nouella 111. trahi non poteſt ad Nouellam 9. ſed ad l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl. vbi Iuſtinianus conceſſit priuilegium cẽtenariæ præſcriptionis generatim. *Eccleſiis & venerabilibus ac religioſis locis, Xenodochijs, &c.* Sicuti ex verbis d. l. vlt. perſpicuum eſt. Et hoc eſt, quod Iuſtinianus in d. Nouella 111. ait in illis negocijs perfrui debere 40. annorum præſcriptione religioſis contractus, C *in quibus eis centum annorum prærogatiuam cõſtitutio ſua contulerat.* De contractibus autem nulla fit mentio in d. Nouella 9. ſed in d. l. vlt. nimirum de venditione, &c.

Quod autem Nouella 9. ſingulare contineat priuilegium Romanæ Eccleſiæ, probatur primũ ex verbis Rubricæ, quæ ſecundum iam veterem quàm nouam tranſlationem ſic habent: *Vt Eccleſia Romana centũ annorum præſcriptione gaudeat.* Deinde ex illis verbis Nouellæ quæ initio ponuntur: *Vt legum originem anterior Roma ſortita eſt, &c. neceſſarium duximus patriam legum, fontem ſacerdotij ſpeciali numinis noſtri lege illuſtrari.*

Non obſtant illa verba ſequentia; *Vt ex hac in vniuerſas Eccleſias Catholicas, quæ vſq; ad Oceanum poſitæ ſunt, ſaluberrima legis vigor extendatur.* Nam quæ poſtea ſequuntur, hæc declarant in hunc modum: *Quod igitur noſtra æternitas ad omnipotentis Dei honorem venerandæ ſedi ſummi Apoſtoli Petri dedicauit, hoc habeant omnes* D *terræ, omnes Inſulæ totius Occidentis, quæ vſque ad ipſos Oceani receſſus extenduntur, noſtri Imperij prouidentiam per hoc in æternum reminiſcentes. Huiuſmodi autem legis prærogatiuam, ſicut ſupra dictum eſt, non ſolùm in Occidentalibus partibus Romanæ Eccleſiæ condonamus, ſed etiam in Orientalibus partibus, in quibus Eccleſiaſticæ vrbis Romæ poſſeſſiones ſunt, vel poſtea fuerint.*

Quibus verbis ſuperiora declarantur, vt ſenſus ſit, priuilegium iſtud pertinere ad Romanam Eccleſiam, quoad oẽs res, poſſeſſiones, Eccleſiaſq; eaſdem ſubiectas, vt rectè exponit Gloſ. in rub. dictæ Nouellæ 111. Ergo priuilegium extẽditur ad omnes alias Eccleſias, tam Orientis quàm Occidentis Romanæ Eccleſiæ ſubiectas.

Ad primum argumentum contrariæ ſentẽtiæ reſpondeo, Nouella 111. priuilegium ſpeciale Romanæ Eccleſiæ non auferri, quod eſt in dicta Nouella 9. ſed illud generale quod omnibus Eccleſijs, & venerabilibus locis, & cauſis in quibuſdam negocijs fuerat collatum à Iuſtiniano in d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Ad

Ad secūdū rñdeo, dato qđ sit eadē ratio, non licet tamen nobis priores corrigere, & hoc est, quod ex hoc loco adferri solet. Correctionem legis non esse inducendā ex rationis identitate, sic enim loquuntur doctores.

Ad tertium argū ex Nouella 131. §. Pro ipalibus, rñdeo, Iustinianum loqui de cæteris Ecclesijs, & pijs ac venerabilibus & religiosis locis, sicut loquitur in d. Nouella 111. nō autem de Romana Ecclesia, cui speciale priuilegium dederat Nouella 9. Nec ad propositum faciūt verba dictę Nouellę 131. in principio, in quibus Romani Pontificis fit mentio: nā illis verbis hoc duntaxat declarat, Papam Romanū primum esse omnium sacerdotum, secundum definitionem quatuor Conciliorum Niceni, &c. quod nihil ad rem istam pertinet. Rectè igitur Irnerius in d. Auth. Quas actiones dixit: *Solam Romanam Ecclesiam centum annorum præscriptione gaudere.*

CAPVT IV.

Vtrum dos filiæ vnius ex socijs omnium bonorum, soluenda sit ex bonis communibus, an verò diuisionis tempore imputanda in partem patris?



Otem datā filiæ alterius ex socijs oīum bonorū, imputandā esse tpe diuisionis in portionem patris sui multi existimarunt apud Antonium Gabrielium lib. 3. commu. conclus. tit. de iure dotiū concl. 2. & apud Paulū Granucium lib. 3. Theoremat. 1. multi itē negatūt, sed ex cōibus bonis solutā videri cēsuerunt Natta cons. 91. lib. 1. Rolād. à Valle cons. 91. lib. 1. Thobias Nonius cōs. 64. Menoch. de arbitr. iud. casu 127. nu. 3. & istis magis est vt cōsentiam, authorit. l. Si societatem vniuersorum. §. pro socio, in illis verbis: *Si societatem vniuersarum fortunarum ita coierint, vt quidquid erogaretur, vel acquireretur communis lucri atque impendij esset, ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt vtrinsque imputanda.* Idem igitur & in dote statuendū est, quæ proculdubio in honorem filię erogatur. Idem probatur in l. Ex parte. §. Filius. ff. fam. hercis.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in l. Si Socius pro filia. ff. pro socio. ibi. *Quæsitum est an si pro socio ageret, dotis quantitatem percipere deberet, si forte conuenisset inter socios, vt de communi dos constitueretur.*

Respondeo, nec ibi de socijs omnium bonorum quæstionem esse, nec rectè colligi, quia dos ex cōmuni propter pactum deducitur, ideo pacto cessante non esse deducendam, obstaret enim natura societatis omnium bonorum, in qua expensæ omnes societatis imputātur, nisi ob delictum fiant. l. Si fratres. & l. Socium vniuersa. & l. Quod autem, cum l. seq. eod. tit.

CAPVT V.

Possessio quotuplex sit, & an sit facti vel iuris?



Cholastica quæstio est inter doctores ad l. 1. ff. de acq. possess. an possessio sit vna vel multiplex, & an iuris sit vel facti: de qua quid sentiam breuiter edisseram.

Prima fuit opinio Placentini & Azonis, quos aliqui ex recentioribus secuti sunt, vnam tātum esse possessionem, & plures quę adferuntur possessionum species, nō eius substātiam, sed qualitatem respicere? Veluti si quis dixerit, hominum alios esse doctos, alios indoctos, alios nobiles, ignobiles alios, hęc diuisio non ad substantiam pertinet, sed ad accidentia, ac proinde non constituit diuersas species. Fundamentum est in l. 3. §. Genera. ff. de acq. posses. vbi dicitur: *Vnum esse genus possessionis, & species infinitas, veluti pro donato, pro hærede, &c.*

Secunda fuit opinio Ioannis, quæ & suos habuit sequaces, duplicem esse possessionem, vnā naturalem, alteram ciuilem. Probatur hæc sententia ex l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hærede, ibi. *Vt possessio non solū ciuilis, sed etiam*

A *naturalis intelligatur.* Et in l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi armata, ibi *Siue naturaliter siue ciuiliter possideat.* Ex l. Nemo. C. de acq. poss. ibi. *Possessionis esse duplicem rationem, aliam quæ iure consistit. aliam quæ corpore.*

Tertia est sententia Bartoli in l. 1. nu. 8. ff. de acq. poss. triplicem esse possessionē, naturalem, ciuilem, & corporalē. De naturali loquitur l. Naturaliter. ff. de acq. poss. De ciuili & simul etiam de naturali text. in l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hærede. De corporali tex. in l. Si id quod. 25. §. vlt. ff. de acq. possess.

Alij dixerunt possessionem aliā esse naturalem, aliam Ciuilem, aliam naturalem simul & ciuilem, aliam corporalem, aliā ciuilissimā, vt videre licet ex Iasone, & alijs recentioribus in d. l. 1. de acq. posses.

Sed mihi magis placet ea sententia, quæ duas species possessionis statuit naturalem & ciuilem. Probatur enim satis clarè ex legib. allegatis, & ex alijs multis quæ pas-
B sim occurrunt: quamobrem quod ad priorem sententiam attinet, obseruandum est, quod Iurisconsultus dicit in l. 3. §. Genera. ff. de acq. possess. vnum esse genus possessionis, non eò pertinere, vt hæc diuisio possessionis in ciuilem & naturalē negetur, quæ legibus apertè demonstratur, sed hunc sensum habet, vnum esse genus possessionis, & species infinitas, respectu causarum, ex quibus possessio acquiritur de quibus textus loquitur cùm ait: *Tot esse genera possessionum, quot sunt causæ acquirendæ eius, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, &c.*

Porrò corporalis possessio, cuius mentionem faciunt Bartolus, & ante eum Iurisconsulti, sæpè non distinguitur à naturali, vt fatetur ipse Bartolus in d. l. nu. 10. ff. de acq. posses. Denique, quæ dicūtur de possessione ciuilissima, iure nostro recepta non sunt, sed verbum à nostris confictum est ad designandam eam possessionem, quæ in hæredem vigore statuti continuatur.

C Sed & cōtrouersia est quid sit naturalis & ciuilis possessio. Nam Bart. in d. l. 1. nu. 8. ff. de acq. possess. dicit possessionem ciuilem ius esse insistendi rei non prohibitæ possideri aptū, producere ciuiles effectus respectu veri dominij, puta vsucapionis & pręscriptionis. Naturalem autem possessionem esse ius insistendi rei non prohibitę possideri aptum, producere ciuiles effectus respectu alicuius iuris à dominio separati, & respectu naturaliū accessionum. Exemplum inquit Bartolus: *Vsufructuarius possidet naturaliter. l. Naturaliter. ff. de acquir. posses. habetne effectum ciuilem? Certè sic; quia præscribit ius vsusfructus. l. vlt. C. de Præscript. longi tempo. in fine. Item respectu naturalium accessionum, quia fructuarius facit fructus suos.* Hactenus ille.

Sed vt mihi videtur, potius Bartolus explicat effectus vtriusq; possessionis, quàm naturam earum; quamobrem eius doctrina non satis sufficiens videtur.

D Franciscus Conanus li. 3. cōmentariorum iuris, c. 10. nu. 5. existimat, naturalem & ciuilem possessionē in hoc differre, quod ciuilis iusta sit, naturalis autē contra iuris regulas: adfert l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arm. vbi fit mētio naturalis possessionis, quam vxor habet rei à marito donatæ. Donatio enim inter virum & vxorem non valet. l. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem.

Sed huic sententiæ aduersari videtur l. Nemo. C. de acq. posses. vbi dicitur, vtranque possessionem legitimā esse, verum tamen non aduersatur, vt inferiùs dicam.

Franciscus Duarenus in Cōmentarijs de acq. poss. ita hāc rē explicat. Naturaliter dicitur possidere is, qui corpore incumbit rei, eo animo, vt vel suo, vel alieno nomine possideat. Ciuiliter verò qui cùm rei non insistat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac possidere intelligitur.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obseruat. cap. 33. hanc rē tractans, sic ait; Species possessionis duæ proponuntur, alia quæ iure consistit, id est, iure ciuili, alia quę corpore, illa ciuilis dicitur, & ita definitur detentio, quę constat iure

& ani-

& animo domini, puta detentatore credente se esse dominum, & detinente rem ex causa, qua dominium quæri solet, quæ autem possessio corpore consistit, naturalis dicitur, & est detentio rei citra ius affectionemque domini, non tamen citra aliquod ius affectionemque, nam vtraque legitima dicitur.

Obseruaui ego triplicem ob causam naturalem & ciuilem possessionem appellari. Primò, respectu personæ. Secundò, respectu causæ. Tertiò, respectu modi possidendi. Respectu personæ; puta serui. l. Stipulatio ista, §. Hæc quoque. ff. de verb. obl. l. Quod seruus. ff. de acq. possess. si liber homo, esset ciuiliter possideret in illis casibus.

Respectu causæ; nam si causa iure approbata sit, ciuilis dicitur possessio, si non sit approbata, naturalis. l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arma. l. Si eum qui. 22. ff. de alie na. inter vir. & vxorem.

Non obstat lex, Nemo. C. de acq. poss. vbi vtraq; possessio appellatur legitima. Nam ideo dicitur legitima, B quia legibus ac interdictis possessorijs vtraque possessio defenditur d. l. 1. §. Deijcitur.

Respectu modi possidendi, nam qui corpore insistit possessioni, dicitur naturaliter possidere: qui animo possessionem retinet, ciuiliter. l. Et habet. t 5. §. Cùm quis. ff. de precario.

Sed rursus controuertitur, an possessio sit iuris vel facti. Prima est opinio, possessionem postquam acquisita est, iuris esse, dum autem acquiritur, & quantum ad modum quo acquiritur, facti esse, ita Bartolus ad l. 1. nu. 6. ff. de acq. possess. Iason alios citat ibidem, nu. 32. Couar. ad reg. Possessor malæ fidei. de reg. iuris, lib. 6. in 2. partis initio, num. 3.

Fundamentum est primò in l. Nemo. C. de acq. possess. ibi: *In possessionis, &c.* Secundò, in l. Non ideo minus. C. de liberali causa, ibi: *Possessionis ius, &c.* Tertiò, in l. Pe regrè. ff. de acq. possess. ibi: *Ius possessionis, &c.* Quartò, ex l. Possessio. 49. ff. eod. vbi textus dicit possessionem *plurimum ex iure mutuari*. Et quoniam aliæ sunt leges, qui- C bus dicitur possessionem facti esse, puta. l. 1. §. Adipiscimur. ff. eod. titul. & in §. Si vir vxori accipiendæ sunt de possessione nondum acquisita, vel de modo quo illa acquiritur.

Secunda est opinio Ludouici Romani in d. l. 1. ff. de acq. possess. Possessionem facti esse. Fundamentum est in d. l. 1. §. Adipiscimur. & §. Si vir vxori. & in l. Possessionē. 29. ff. eod. titu. in l. Denique. ff. Ex quib. cau. maio. in l. In bello. §. Factæ. ff. de Capti. in l. 1. §. Scæuola. ff. Si is qui testam. lib. esse iussus fuerit.

Tertia est sententia Franc. Aretini in d. l. 1. Possessionem esse partim iuris, partim facti. Fundamentum est in d. l. Possessio. 49. in d. l. Denique. sed adstipulatur magis. l. Nemo. C. de acquir. possess.

Postrema est sententia Alciati in libello de quinque pedum præscriptione, nu. t 13. & Iacobi Cuiacij in paratitlis ad tit. de acq. possess. Possessionem naturalem facti D esse, & plurimum ex facto participare. Ciuilem autem iuris esse, & plurimum ex iure mutuari: atque ita conciliandas esse leges, quæ modò iuris, modò facti possessionem dicunt.

Ego quod attinet ad primam sententiam, existimo eam non satis legibus esse consentaneam. Cùm enim dicitur possessionem iuris vel facti esse, non intelligitur possessio nondū acquisita, vel modus eam acquirendi, sed possessio ipsa iam constituta & acquisita.

Secundæ autem sententiæ haud grauatæ assentirer, si non obstarent aliæ leges, quibus probatur possessionem iuris esse.

Tertiam verò sententiam idcirco nō amplector, quoniam nō declarat, quam ob causam possessio plurimum ex iure, & cur plurimum facti mutuetur, atq; adeò mixtam naturam nanciscatur.

Postrema denique sententia probabilior videtur, sed eam sic explico. In possessione duo sunt consideranda. Primum detentio ipsa, siue insistentia corporalis, quod videlicet rem quis de facto teneat, ac possideat; Et hoc nomine dico illam facti esse. Alterum iusta causa possidendi, persona ad possidendum idonea, & ius ipsum possidendi, quod legibus defenditur atq; probatur, & eatenus iuris esse possessionem puto, sed de his hactenus.

CAPVT VI.

Possitne cumulari petitorium & possessorium in eodem iudicio, & de vera interpretatione. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. possess.



Elebris & sæpe agitata quæstio est, possitne petitorium & possessoriū cumulari (vtar enim solitis vocabulis) in eodem iudicio, in qua tres sunt doctorum sententiæ. Prima fuit olim Ioannis & Azonis, non posse cumulari, sed prius de possessione, deinde de proprietate cognoscendum. l. Ordinarij. C. de rei vend. l. 5. C. de interd. l. vlt. C. quorum bonor.

Secunda fuit filia Martini antiqui Glossatoris, concurrere simul posse petitorium & possessorium, excepto tū possessorio retinendæ. Fundamentum est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. & in c. Pastoralis. de causa possess. & propriet. Ideo autem excipitur possessorium retinendæ, quia contineret repugnantiam. Nam is qui rem vēdicat, fatetur aduersarium possidere. l. Officium. ff. de rei vend. Interdicto autem retinendæ, se possidere asserit. l. 1. ff. vti possid. Hæc aūt sunt inuicem repugnantia: Consequenter iure non permissa. l. t. C. de furtis.

Tertia fuit sententia Petri, omne possessorium cōcurrere posse cum petitorio, & nihil concursum hunc impedire, excepto ordine iudicij, quia nihil commune habet possessio cum proprietate, l. Naturaliter. §. Nihil cōmune. ff. de acq. possess. vbi propterea concursus permittitur. Et hoc est, quod dicitur causam possessionis & proprietatis apud vnum & eundem iudicē cognoscendam; l. Nulli. C. de iudicijs.

Hanc sententiā Petri Bartolus reprehendit in d. § Nihil commune. nu. 18. Primò, quia actiones inuicem contrariæ non possunt simul cumulari. l. 1. C. de furt. sed actiones istæ sunt contrariæ, rei vendicario & interdictum *vti possideris*, nam illa præsupponit aduersariū possidere, hoc autem actorem possessorem requirit.

Secundò, quia non possunt actiones concurrere, quoties vna electa, altera tollitur. l. vlt. C. de Codicil. sed electa actione in rem, tollitur interdictum retinendæ, quia iam actor fassus est aduersarium possidere.

Tertiò, nam concursus actionum prohibetur, quoties absolutoria lata in vna actione parit exceptionem rei iudicatæ in altera. l. Fundum. l. Fōdi. ff. de excep. sed actiones istæ sunt huiusmodi: nam aliquando accidit, vt absolutoria lata in petitorio pariat exceptionē rei iudicatæ in possessorio, vt notat in l. 2. §. Interdū. ff. de interdict.

Quartò, nam quoties per secūdam actionem apparet actorē rem habere, quod petit in prima, cōcursus actionum non admittitur. §. vlt. in Instit. de perpetuis & tēp. act. sed in quæstione nostra hoc apparet. Nam in secunda actione, puta in interdicto retinendæ actor dicit se possidere, sed istud est, quod petebat in prima actione. Petebat enim se dominum declarari, & per officium iudicis sibi rem restitui.

Quintò, quia concursus actionū non admittitur, quando actiones diuersæ tendunt ad eundem finem. l. Nemo ex his. §. Quoties. de reg. iuris, sed in proposito id accidit. Nam actor, vtraq; actione hoc cōtendit, vt rē obtineat.

Sextò, nam quoties ordo iudicij hoc postulat, vt vna actio post aliam intētetur, & de vna prius cognoscatur, cumulatio non admittitur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vend. sed ordo iudicij postulat, vt prius de possessione quā de proprietate cognoscatur, vt patet ex di-

ctis legibus, igitur cumulatio possessorij & petitorij non admittitur.

Ad l. Naturaliter, §. Nihil commune, ff. de acq. posses. respondet Bartolus, & alij post eum, illum textum accipiendum esse, vt procedat cùm actor renunciauit petitorio.

Vel intelligendum, quando actor jam succubuit in petitorio,

Vel quando actor est petitorium cœptum possessionem rei acquisiuit.

Vel quando actor ciuiliter possidebat, aduersarius autem naturaliter, hoc est, corpore rem detinebat.

Iacobus Cuiacius lib. 7. obser. cap. 38. illud respõsum interpretatur, vt locum habeat, quando nõ constat actorem possidere; *Existimo*, inquit, *& de retinenda possessione per interdictum vti possidetis, simul agi posse & vendicatione, si modò non constet actorem possidere. Et enim quem possidere constat, vendicatio non datur. Sub incerto igitur, id est, si non conuenit, ex duobus vter possideat, simul agi potest vti possidetis, & in rem speciali actione. Ergo et si egero vendicatione, ac si non possiderem, cur non meo iure melius cognito, licebit mihi tantisper dilato illo iudicio mutare formulam, & vti possidetis experiri? quæ est sententia. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. posses.* Hactenus Cuiacius.

Antonius Goueanus lib. 1. variarum, cap. 3. tractans eundem locum, sic ait; *Qui in possessione turbabatur ignarus iuris ac fori, rei vendicatione agere cœpit, quæ possessori minimè conueniens erat. Resipuit tandem & interdictum vti possideris à Prætore postulauit, quæsitum est, audiendusne à Prætore esset. Mouebat, quod possessione videbatur rē vendicando renunciasse, cùm rei vendicatione non agat is, qui possidet. Officium namque iudicis in hac actione est inspicere an reus possideat, quemadmodum idem Vlpianus scribit in l. Officium, ff. de rei vend. Qui ergo cum interdicto vti possidetis retinendæ possessionis causa comparato vti posset, maluit rei agere vendicatione, quæ ad proprietatem pertinet, possessionem repudiasse, atque amisisse videbatur. Liquidi namq; iuris est, animo solo amitti possessionem, quemadmodum idem scribit Vlpianus hoc eodem titulo in l. Si quis. §. Differentia. & Paulus in l. Possideri, §. In amittenda. Non ergo in retinenda possessione adiuuandum à Prætore. quis existimasset eum, qui possessionem amisisse videbatur, sed Vlpianus adiuuandum respondit. Nam neque eiusdem rei duas eum actiones postulare. cùm rei vendicatio ad proprietatem, interdictum vti possidetis ad possessionem conseruandam pertineat, neque videri renunciasse possessioni, qui cœpit agere rei vendicatione: nec enim possessionem miserum voluisse, sed non satis vidisse. quia id facere ratione posset. Aequum autem non esse eo, qui in actione edenda aberrauit, aliam à Prætore denegari.*

Hæc sunt quæ alij docuere. Ego sic statuo, Petri sententiam ceteris esse probabiliorem. Nam de possessorio retinendæ, de quo maior disputatio est, quod concurrere possit cum petitorio, docet Vlpianus in d. l. Naturaliter. §. Nihil commune. *Nihil commune habet proprietas cum possessione, & ideo non denegatur ei interdictum vti possidetis, qui cœpit rem uendicare. Non enim uidetur possessioni renunciasse, qui rem uendicaret.* De possessorio recuperandæ testimonium est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. De interdicto adipiscendæ textũ non habeo, sed videtur idem respondendum eadem ratione; quia scilicet nihil commune habet proprietas cum possessione.

Non obstat l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vẽd. & similes, quibus dr̃, prius esse cognoscendam causam possessionis, q̃ proprietatis. Nã sic accipiendæ sunt, cùm vterq; ex litigatoribus contendit se possidere. Vlpianus in l. 1. ff. vti possidetis; *Quoties ergo inter litigatores est proprietatis controuersia, aut conuenit, uter possessor sit, uter petitor, aut non conuenit, si conuenit, absolutum est, & ille possessoris cõmodo, quem conuenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, ad hoc interdictum remittendum erit, &c.*

Ad argumẽta Bartoli sic respondeo: Ad primum, nullam esse repugnantiam, quia is qui agit rei vendicatione, non præsupponit necessariò aduersarium possidere. Sufficit enim vt rem detineat quoquo modo l. Officium in fine, ff. de rei vend. quamobrem nihil prohibet, actorem ipsum rem possidere, scilicet ciuiliter, & aduersarium detinere corpore, sicut dicitur in l. Clam possidere, §. Qui ad nundinas. ff. de acq. posses. eum retinere possessionem, qui ad nundinas abijt, quæ tamen ab alio fuerat occupata. Ergo nulla est repugnantia; & sic accipiendum est Vlpiani responsum in d. §. Nihil commune, non quia incertũ esset, an actor possideret, vt dicebat Cuiacius, non quia aberrauerit in actione edenda, vt dicebat Goueanus, sed quia aduersarius rem tenebat, occupabat corpore, de facto egisse rei vendicatione, & nihilominus interdicto vti possidetis, experiri potuisse, quia scilicet actor rem ciuiliter possideret, iustè, legitimè, licet ab aduersario possessio de facto occuparetur, atque adeò ipse actor in sua possessione turbaretur. Etenim duo possunt insolidum possidere, vnus ciuiliter, alius naturaliter, eandem rem, ex Cassij, Sabini, Papiniani, & Vlpiani sententia. l. 3. Ex contrario. ff. de acquir. posses. l. 3. ff. vti possidetis. l. Et habet, 15. §. 1. ff. de precario, quam solam huius soluendæ quæstionis rationem esse ait Hotomanus, quem post hæc scripta legi quæstionum illustrium cap. 29. non procul à fine.

Ad secundum argumentorum respondeo, negando huiusmodi esse actiones istas, vt vna electa, altera tollatur: nam contrarium docet text. in d. §. Nihil commune. Ad rationem jam responsum est.

Ad tertium, nego absolutoriam latam in vna istarum actionum, parere exceptionem rei iudicatæ in altera. Nam cùm possessio & proprietas differant, non potest esse locus exceptioni rei iudicatæ. l. Cùm quæritur, cum ll. seq. ff. de except. rei iud.

Ad quartum similiter nego, actorem ex vna actione consequi posse, quod ex altera petit: quia vna ad proprietatem pertinet, altera ad possessionem, & hæc nihil commune habent.

Ad quintũ, nego idem vtraq; actione peti, quia aliud est res, aliud possessio. l. penul. ff. vti possid. & d. §. Nihil commune.

Ad vltimum argumentum ex ordine iudicij, quia scilicet prius cognoscenda sit causa possessionis, &c. iam responsum est superiùs.

Ne dixeris tamen post conclusionem in causa factam in petitorio posse possessorium intẽtari, quia repugnat tex. in cap. Pastoralis. de causa posses. & propriet.

CAPVT VII.

Possitne Princeps rescripto suo causam possessionis et proprietatis simul cognoscendam mandare?



SEd rursus controuertitur. Possitne Princeps mandare rescribendo, vt de possessorio simul, ac de petitorio cognoscatur. Negat Thomas Grammaticus consi. 84. Cui adstipulatur. l. vlt. C. Si cõtra ius vel vtil. pub. &c. & l. Rescripta. C. de Precibus, & aliæ leges, quibus rescripta contra ius non valere constitutum est. Videntur autem eiusmodi rescripta contra ius, quia iure constitutum est, vt prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vendic.

Contrarium respondent Alexander in consi. 54. lib. 5. Crauetta in consi. pro Genero. nu. 239. & multi alij, quos refert Antonius Tesaurus decis. Pedem. 15. Rationem adferunt istam, quia Principis rescriptum iure subsistit, quoties nõ aufertur alicui ius suũ, sed tẽporalis quædam exceptio.

A exceptio, l. Quoties. C. de precib. Imp. off. Hoc rescripto autem ius nõ aufertur, sed illa temporalis exceptio, vt videlicet prius de possessione, quam de proprietate cognoscatur.

Hanc posteriorem sententiam duobus concurrentibus amplector. Primũ, si is qui petit simul causam possessionis & proprietatis cognosci probationes habeat in promptu. Secundum, si pauper sit vel mediocris fortunæ, alter verò aduersarius sit potens, rixosus & diues. Nam si prius causa possessionis cognoscatur, periculum est ne vnquam proprietatis causa expediatur, ne possit ei possessio auferri, ne cœpta lis nunquam finem, vt dici solet, habeat. Atq; huc pertinere videtur, quod ex Symmacho Cuiacius adfert lib. 2. obser. 35. Istis cessantibus non arbitror à iuris regula recedendum. Non obstat. l. Quoties. C. de precib. Imp. off. Licet enim dilatoria exceptio remitti possit; puta si debitori exceptio competit, ne intra quinquennium petatur, sicut eam legem verè explicant Cuiacius libro 2. obseru. cap. 10. & ante B eum Accursius ibidem in secũda expositione; id tamen à Principe fieri non oportet, nisi iusta subsit causa. Iusta causa erit, si concurrant facti circumstantiæ, de quibus suprà dixi, aut similis aliqua sit ratio, quæ id suadeat.

CAPVT VIII.

Si de vi illata sit quæstio, & obijciatur eum qui sibi vim factam dicit, non possedisse, an prius de vi, vel de possessione cognoscendum?

TRactat hanc quæstionem D. Menochius de recuperand. posses. Remedio 1. nu. 354. & multa disputat contra Nicolaum Boerium decis. 283. Ego ex iuris fontibus hanc rem sic expedio. Tria sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Nam de vi prius, quàm de possessione cognoscẽdum esse Martianus respondisse videC tur in l. 5. ff. ad leg. Iul. de vi pub. Callistratus cõtra prius de possessione, quàm de violentia. l. Si de vi. ff. de iudicijs. Imperator Seuerus: *Prius de possessione pronunciare,* inquit, *& ita crimen violentiæ excutere Præses Prouinciæ debuit, quod cum non fecerit, iustè ab eo prouocatum est.* l. 1. C. de appella.

Iacobus Cuiacius lib. 5. obseru. c. 15. *Existimo,* inquit, *ita quondam decreuisse Imperatorem Antoninum,* vt scilicet prius de violentia quàm de possessione cognosceretur, *idq; tãtummodo à Martiano & Callistrato in legibus allatis referri, nihil verò ab ipsis Iurisconsultis ea de re disputari vel concludi. Posteriores autem constitutiones sequendas, quibus mandatur prius de possessione, quàm de violentia cognoscendum. l. 1. C. de appell.*

Ego sic sentio: Prius de possessione cognoscendum. l. 1. C. de appell. quia intelligi non potest, vtrum violẽtia D facta sit possessori, nisi cognoscatur, an sit possessor necne. Huc spectat l. Si quis ad se fundum. C. ad legem Iul. de vi pub. dum ait: *Ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus, & in ea requiri, quid ad quem peruenerit possidentem, vt ei, quem constiterit expulsum, amissa possessionis iura reparentur.*

Ad contrarias leges placet Accursij responsio in l. 1. C. de appella. *Possessionis* verbo apud Martianum proprietatẽ significari, & ideo hoc Martianũ velle. Prius cognoscẽdum de vi, quàm de proprietate rei, quod & verba eiusdem Martiani indicant: *Si de vi,* inquit, *& possessione vel dominio quæratur, ante cognoscendum de vi, quàm de proprietate rei, D. Pius rescripsit.* Eodem modo locutus est Callistratus in d. l. Si de vi. Porrò verbo *Possessionis* interdum proprietatem significari, testis est Iurisconsultus in l. Interdum. 78. ff. de verb. signif.

CAPVT IX.

Agens interdicto recuperandæ possessionis, quid probare debeat?



DVæ sunt contrariæ Doctorũ sententiæ. Vna, eaque magis communis, sufficere, vt duo actor probet, quæ vocari solent extrema, videlicet suam antiquiorem possessionem, & iuniorem rei cõuenti. Ita docent, Abbas, Panormitan. & cæteri Canonistæ cõmuniter in c. Olim. in 3. de restit. spol. Couar. ad reg. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. in 2. par. §. 1. nu. 4. Menochius adductis latissimè authoritatibus Doctorum de recup. posses. Remedio 15. quæst. 31. & post eum Maschardus de Probationib. vol. 3. concl. 1321.

Fundamentum est primò in d. c. Olim. 3. de restit. spoliat. in illis verbis: *Nec fuerit aliquo modo probatum quod eo tempore, quo sententiam ipse protulerit, possessionem in ipsis iuris parochialis haberet, vel prius etiam habuisset.* His enim verbis summus Pontifex, qui de hoc iudicio recuperãdæ possessionis ibi loquitur, indicare videtur, actorem obtinere non potuisse, quia non probauerat antiquiorem possessionem, & consequenter obtinere potuisse restitutionem, si eam probasset.

Secundò in cap. Suborta. de sent. & re iud. in illis verbis: *Constitit eundem Episcopum, quasi possessionem obedientiæ in eodem monasterio habuisse, ipsum restituendum decreuimus, &c.*

Tertiò, in c. licet causam. de Probation. in illis verbis: *Ex præmissis igitur euidenter apparet, quod Ecclesia per testes, &c. ostendit, quod à 60. annis & vltrà, loca supradicta possedit, per quod patet, quod si commune Fauentinorum à 50. annis citra, aliqua seruitia perceperit, illa proculdubio sine iusto titulo percepit, cùm duo simul eandem rem & eodem modo possidere non possunt.* Ex hoc loco argumentum sumitur probata antiquiore possessione, iuniorem præsumendam esse vitiosam & iniustam, quia summus Pontifex ita videtur argumentari.

Quartò, nam is qui semel possedit, præsumitur possessionem suam continuasse, quia possessio solo animo retinetur. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acquir. posses. Animi aũt & voluntatis mutatio non præsumitur. l. Eũ qui. ff. de proba. Ergo alterius possessio recentior ac iunior, præsumitur esse vitiosa & iniusta & cõsequẽter possessor antiquior spoliatus fuisse præsumitur.

Altera est sententia, actorem probare oportere se deiectum fuisse, siue spoliatum sua possessione, quod proinde valet ac si diceretur, probandam esse possessionẽ & deiectionem, Ita docet Glos. in c. Cùm ad sedem. de restit. spol. Curtius senior in cons. 71. & multi alij quos cõmemorant Menochius & Maschardus locis annotatis.

Fundamentum est primò in l. 1. §. Interdictum. ff. de vi & vi arm. vbi textus ita dicit: *Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cùm deiiceretur, possidebat.*

Secundò in cap. Consultationibus. de off. deleg. vbi S. Pontifex causam commisit possessionis redintegrandæ, & quoniam Ecclesia, quæ dicebat se fuisse spoliatam sua possessione, parata erat ad probandam suam possessionem & deiectionem, quæsitum fuit, an iudex delegatus deberet eam restituere, quia pars aduersa erat absens non per contumaciam, sed studiorum, vel peregrinationis causa, ex quo responso argumẽtum sumitur, in hoc iudicio recuperandæ possessionis, probanda hæc duo nimirum possessionem & deiectionem. Verba textus ad rem pertinentia hæc sunt: *Quamuis,* inquit, *paratus sit coram iudice delegato testibus idoneis possessionem & deiectionem suam probare.*

Tertiò, nam delictum nõ præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Graue autem est delictum, aliquem de sua possessione deijcere. Ergo non est præsumendum. Ergo

A actor probationes adferre debet, nimirum ſuę poſſeſſionis, & deiectionis.

Hanc posteriorem ſententiam & ipſe ſequor, & addo hoc argumentum. In pari cauſa potior eſt conditio poſſidẽtis, l. In pari, de reg. iur. ſed par eſt cauſa actoris & poſſeſſoris, niſi probetur deiectio & poſſeſſio. Nã etſi actor probet antiquiorem poſſeſſionem, nihil tamen plus probat, quàm reus qui tunc poſſidet; Non obſtat, ſi dicatur, poſſeſſionem rei iuniorem, præſumi clandeſtinam, iniuſtam & vitioſam, reſpectu poſſeſſionis actoris quæ antiquior eſt. Nam id negatur, & ratio eſt, quia delictum nõ præſumitur, conſequenter pręſumendum eſt potius, poſſeſſionem ad reum perueniſſe, ex cauſa iuſta, quàm iniuſta; Nec reus ſuæ poſſeſſionis titulum cogitur exhibere, l. Cogi. C. de petit. hæred.

Ad primum argumentum contrarię ſententię reſpondeo, S. Põtificem in d. c. Olim, non hoc velle, quod in argumento aſſeritur, actori ſufficere, vt probet antiquio- B rem poſſeſſionem, ſed hoc dicit, actorẽ in ea ſpecie obtinere non poſſe, quia non probauit, ſe vnquam poſſediſſe. Ex quo res erat clara valde & manifeſta, vtrum autẽ ſuffeciſſet actori, antiquiorem poſſeſſionem demonſtrare, hoc S. Pontifex ibi non decidit.

Ad ſecundum ex c. Suborta, de ſent. & re iud. reſpondeo, ibi latam fuiſſe ſententiam ſecũdum actorem, quia probauerat ſe poſſediſſe eo tempore, quo deiectus fuerat, & conſequenter probauerat deiectionem & probationem, ſic enim illa verba obſcura ex alijs locis clarioribus accipienda ſunt.

Ad tertium ex c. Licet cauſam. de Probat. reſpondeo, nullo modo ex illo textu probari, quod aſſeritur, nimirũ probata antiquiori poſſeſſione iuniorem præſumì clandeſtinam & vitioſam. Hoc non dicit ibi S. Pontifex, ſed ſententia eius hæc eſt. Cùm eſſet controuerſia inter Eccleſiam Rauennæ & Cõmunitatem Fauentiæ, circa poſſeſſionem cuiuſdam Iuriſdictionis, & Eccleſia poſſeſſio- C nem 60. annorum probaret iuſtam ex cauſis iuſtis acquiſitam, Communitas autem & ipſa poſſeſſionẽ probaret eodem tempore, ſed abſque titulo iuſto; Quia duo in ſolidum vnam & eandem rem poſſidere non poſſunt, & poſſeſſio Eccleſiæ iuſta erat, pronunciauit S. Pontifex contra Communitatem, eamque condemnauit, ne Eccleſiam in poſſeſſione dictæ Iuriſdictionis amplius moleſtaret. Erat enim ibi lis ex interdicto, vti poſſidetis. Ex quo euidenter patet illud ſummi Pontificis reſponſum, nec ad rem noſtram pertinere, & nullo modo probare propoſitionem illã, quia antiquior poſſeſſio, de qua ibi fit mentio, iuſta erat, & iuſtis ex cauſa acquiſita. Poſſeſſio autem alterius nullam iuſtam cauſam habebat.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, qui ſemel poſſedit, præſumitur continuaſſe ſuam poſſeſſionem in dubio, Sed in propoſita facti ſpecie apparet alium poſſidere, qui etiam non eſt præſumendus alterum ſpoliaſſe D ac deieciſſe ſua poſſeſſione, quia id iniuſtum eſt, & ideo nec præſumendum, ſed probandum.

CAPVT X.

Vtrum agenti interdicto recuperandæ poſſeſſionis obſtet dominij exceptio?



DVo ſunt hac de re apud omnes certa exploratáque, & totidem dubia & controuerſa. Imprimis certum eſt, dominij exceptionem obijci ſpoliato non poſſe ab eo, qui poſſeſſionem violenter inuaſit ante iudicialẽ ſententiam. Nam dominium inuaſor amittit. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. Secundò conſtat inter omnes dominij exceptionem obſtare agenti, ſi conſentiat, vt ſuper ea cognoſcatur, c. 1. de reſtit. ſpoliator.

Dubium autem & cõtrouerſum eſt primò, vtrum ſpoliator, quem doctores ſictũ appellant: (is eſt qui abſentis A poſſeſſionem inuaſit) exceptionem dominij obijcere poſſit? Secundò, quid ſi notorium ſit (vtor enim libẽter doctorum verbis) ſpoliatum prædonẽ eſſe, ſpoliatorem dominum eſſe, an exceptio hæc agenti obſtet, quo minus reſtituendus ſit?

Quod attinet ad primũ duæ ſunt contrarię doctorum ſniæ, vna, opponi poſſe actori exceptionem dominij, ſi opponens paratus ſit eam incontinenti probare, ita Bartolus in l. Si de vi. ff. de iud. & alij, vt per Menochium de recup. poſſeſ. remedio 1. q. 21. verſ. Limitatur primo.

Fundamentum eſt, quatenus mihi diligẽter inquirenti intelligere licuit in Glo. ad l. vlt. C. vnde vi. in verbo ignorantia, quæ Glo. hoc ipſum docet, ſumpto argumẽto, ex l. ſi is à quo. ff. vt in poſſeſ. legator. vbi textus dicit, ſi is qui ſe legatarium vel fideicommiſſarium prætẽdit, ab hærede petat de legato præſtando ſatiſdationem, hæredem ei obijcere poſſe, legatũ non deberi, ac de hoc B ipſo, ſi incontinenti id probari poſſit, cognoſcendum eſſe prius, quàm de ſatiſdatione.

Sed neminem fore puto, qui nõ animaduertat, quàm iſthæc diſſimilia ſint, quàm aliena ab hac diſputatione, de interdicto recuperãdæ poſſeſſionis. Quare facilè adducor ad opinandum hanc ſententiam, tam infirmo nixam fundamento, non admodum probabilem videri.

Altera eſt ſententia, dominij exceptionem iſto in caſu non rectè opponi. Ita Auguſtinus Berous in c. 1. nu. 31. de reſtit. ſpol. & alij multi apud Menochium, loco *proximè* citato, qui idem planè ſentiunt, quod ego.

Probatur hæc ſententia. Nam in l. vlt. C. vnde vi. conſtitutum eſt eiuſmodi inuaſores poſſeſſionum, abſentiũ, *vt prædones intelligi & generali Iuriſdictione teneri, quæ reſtituenda poſſeſſione contra eiuſmodi perſonas veteribus declarata ſunt legibus.*

Sed veteribus legibus declaratum eſt, *bonæ fidei poſſeſſori* (qui ſcilicet ſpoliatus eſt) *primum celeri reformatio*- C *ne*, hoc eſt, reſtitutione poſſeſſionis, *ſuccurri oportere, & tunc originis & proprietatis cauſam agitari*. l. Si coloni. C. de Agricolis & cenſitis lib. 11.

Quod ad alteram controuerſiam attinet, ſi notorium ſit & manifeſtum, ſpoliatum nullam habuiſſe iuſtã poſſidendi cauſam, atque adeò prædonem eſſe, & ſpoliator hæc illi obijciat, & ſe dñm eſſe contendat, ac paratum id incontinenti probare, nõ debere actorem reſtitui, atque adeò obſtare ei hanc exceptionem docuerunt Antonius Butrius in c. Cùm Eccleſia. de cauſa poſſeſ. & propriet. Couarruuias ad Rub. de Sponſalib. in 2. par. c. 7. §. 5. nu. 10. & multi alij, quos refert & ſequitur Menochius de recup. poſſeſ. Remedio primo, q. 11. num. 113.

Fundamentum eſt primò in c. Literas. de reſtit. ſpolia. vbi vxor à viro ſuo deceſſerat, quia dicebat matrimoniũ ob conſanguinitatem contrahi non potuiſſe: Vir autem petebat vxorem ſibi prius reſtitui, & poſtea cognoſcendum de cauſa conſanguinitatis. Vxor offerebat ſe in- D continenti probaturam cõſanguinitatem. Reſpondit S. Pontifex vxorem reſtituendam non eſſe.

Secundò, in c. Significaſti, de diuortijs, vbi quidã vxorem ſuam dimiſerat propter adulteriũ, quæ cum peteret ſe ad matrimonium reſtitui. Reſpondit S. Pontifex reſtituendam non eſſe, ſi adulterium notorium fuiſſet.

Tertiò, in l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. *Qui à me*, inquit textus, *vi poſſidebat, ſi ab alio vi deijciatur, habet interdictum*, quibus verbis à contrario ſenſu indicari videtur, eum, qui à me vi poſſidet, ſi à me vi deijciatur, interdictum non habere, quo ſcilicet reſtituatur, quia ego exceptione dominij oppoſita eum repello.

Quartò, in l. Bona fides. ff. depoſiti, in illis verbis: *Quia non eſt ex bona fide, rem ſuam dominum prædoni reſtituere compelli.*

Quintò, in c. Cùm dilectus. de cauſa poſſeſ. & proprie. vbi dr. cauſam ꝓprietatis præualere & præferẽdã eſſe.

Sextò in quadam vulgari aſſertione, licere vnicuiq; ſibi ius dicere aduerſus notorium prædonem, vt tradit

Decius

Decios ad l.Qui iurisdictioni,nu.12.ff.de iurisd.om.iud. arg.c.Præposuit.de appella. quod argumentum Menochius adfert loco annotato.

Contrariam sentẽtiam amplexi fuere Panormitanus, & Augustinus Berous nu.70.in c.In literis, de rest.spol. qui affirmant eiusmodi prædonem restituẽdum esse.Primùm ex l.Si quis in tantam. C.Vnde vi.

Secundò,ex l.4.§.Si dominus.ff.de Vsucap.ait text.*Si dominus fundi possessorem vi deiecerit*, Cassius ait,*non videri in potestatem eius redisse, quoniam interdicto vnde vi restituturus sit possessionẽ*.Quibus verbis indicatur,etiam dominum spoliatorem interdicto conueniri posse.

Tertiò,ex l.Cùm fundum.ff.de vi & vi arm.illius verbis: *Quæsitum est an emptori succurri debeat ; si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset, dixi non esse iuuandum,quia mandatum illicitum susceperit*.

Quartò,ex c.In literis,de restit.spolia. ibi. *Quia prædo etiam secundum iuris rigorem est restituendus*.

Postremò,ex c.Porrò de diuor.vbi S.Pontifex respõdit, vxorẽ à viro dimissam absq; Ecclesiæ iudicio, propter affinitatem notoriam restituendam esse.

Tertia est opinio distinguens inter causas beneficiales & prophanas. Si agatur de beneficio Ecclesiastico prædonem spoliatũ restituendum non esse, ex c. Ad decimas. de rest.spol.lib.6. & c.Qm.&c.Constitutus.de filijs presbyterorũ. Si verò de re prophana agatur,secus: quia prædo secundum iuris rigorem restituẽdus est d.c. In literis.de restit.spoliat. Ita Io.Imolensis in d.c.in literis. Oldradus in cons.1. & multi alij quos commemorat Menochius d.remedio primo. de recup.poss.no.131.

Hæc sunt quæ alij de hac celeberrima iuris quæstione in medium attulerunt. Nunc quid ipse sentiam paucis delatabo.

Mihi videtur iuri magis consona eorum sentẽtia, qui affirmant,spoliatum esse restituendum,non obstantibus illis exceptionibus, nulla distinctione adhibita inter res Ecclesiasticas & prophanas.

Mouet me tex.in d.c.In literis.de restit.spol.vbi disertè S.Pontifex respondit,etiam prædonem restituendum esse & loquitur de beneficio Ecclesiastico.

Respondent contrariæ sñiæ authores S.Pontificem non loqui de prædone notorio. Item nõ approbare illũ iuris rigorem, secundum quem prædo dr̃ esse restituendus,sed mẽtionem illius rigoris facere,vt appareat tantò magis eum qui prædo non est,restituendum esse.

Sed neutra responsio mihi satisfacit. Non prior quia S.Pontifex præsupponit aliquem esse prædonem,& cõsequenter constare eum esse prædonem,& dicit esse restituendum. Et in eo fundamentum ponit suæ decisionis,consequenter probare videtur,& sequi dictum rigorem tanquàm iustum:hæc sunt verba tex. *Super illa quæstione, videlicet cùm quis dicit se de possessione violenter eiectum: & aduersarius dicit,eum non fuisse canonicè institutum: respondemus prius de violenta eiectione, quàm de canonica institutione agi debere: quia prædo etiam est, secundum rigorem iuris restituendus*.

Deinde mouet me tex.in d.l.Si quis in tantam.in d.l. 4.§.Si dominus.in d.l.Cùm fundum.

Respondent contrariæ sententiæ authores, dictas leges non loqui de prædone notorio. Sed nihil valet hæc responsio,quia satis est illas leges hoc velle, vt spoliatus restituatur,etiam aduersus dominum rei,nam hoc præsupponunt,constare eum dñm esse.Notorium autem id esse vel non esse,non pertinet ad substantiam rei,sed ad probationem,ideo immutare non debet iuris regulas.

Ad argumenta contrariæ sententiæ sic respondeo.Ad primum ex c.Literas.de restit.spolia.respondeo,contrarium potius probari ex illo textu.Nam licet cõsanguinitas notoria esset,& incontinẽti probaretur, rñdit tamen summus Pontifex restituendam esse vxorem. Veruntamen propter periculum peccati, iuramentum præstari voluit de abstinendo à coniunctione carnali. *Sola quoad*

A *commixtionem*,inquit S.Pontifex,*est restitutio differenda.*

Ad secundum argumentum ex cap.Significasti.de diuortijs, respondet Io.Corasius lib.2. Miscellaneorum, ideo vxorem in ea facti specie dimissam,restitutam non fuisse, quia vir ipsius potuit iure eam dimittere,propter adulterium.Cõstat enim ex sacris literis vxorem dimitti posse propter adulterium.

Non rectè, quia vxor ibi non propter adulterium dimissa fuit,sed ob aliam suspicionem falsam;& propterea maritus fuit excommunicatus, quia scilicet iniustè dimisisset eam. Cæterùm, vxor sic iniustè dimissa adulteriũ commiserat, & cùm peteret se restitui, S.Pontifex pronunciauit,non esse restituendam.quod sñiæ nostræ ideo non obstat, quia vxor illa non petebat imprimis se restitui, sed fatebatur adulterium se commisisse, illud excusando,quia scilicet vir suus ei occasionẽ dedisset,ob iniustam dimissionem. Hanc excusationẽ S.Pontifex non approbauit: & ideo cùm adulterium esset notorium,re-

B spondit,non esse restituendam: quæ circumstantiæ non sunt in quæstione nostra. Reddam verba S.Pontificis ad clariorem huius rei fidem faciendam. *Significasti: quod quidam vxore sua sine iudicio Ecclesiæ dimissa,pro eo quod suggestum sibi fuerat,ipsam incestum cum quodam consanguineo suo commisisse, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adstrictus: verùm mulier non continuit; sed sobolem de alio viro suscepit; nec minus postulat viro restitui, asserens se ab ipso iniustè dimissam. & eundẽ sibi materiam adulterandi dedisse. Consult. T.T.R. quod si notorium est, mulierem ipsam adulterium commisisse, ad eam recipiendam præfatus vir cogi non debet. nisi constaret ipsum cum alia adulterium commisisse.* Hactenus S.Pontifex.

Ad tertium argumẽtum ex l.1. §.Qui à me. ff.de vi & vi arm. rñdeo, nihil obstare: nam hæc est sñia dictæ legis. Eum qui dominũ spoliauit sua possessione,si ab alio fuerit spoliatus,restituendum esse. Ex quo non rectè col-

C ligitur, si à domino spoliatus fuerit, restituendum non esse:nisi dominus incontinenti spoliatus suum spoliatorem spoliaret: licet enim id incontinenti,quasi quis vim vi repellat,seque potius defendere videatur,non autem ex interuallo.l.3. §.Eum igitur. ff.de vi & vi arm.

Ad quartum ex l.Bona fides. ff.de pos. respondeo, id quod dicitur, locum sibi vendicare, quando rei dominus absque omni vitio & violentia rem suam consequitur. Prædo enim ibi ignoranter apud dominum rem deposuit: nostra disputatio est,quando dominus violenter possessionem inuasit.

Ad quintũ ex c. Cùm dilectus. de causa posses.& propriet. respondeo, causam quidem dominij præualere in iudicio proprietatis & possessionis: sed nil hoc ad rem nostram pertinet,quia loquimur de spoliato restituẽdo, priusquam de proprietate cognoscatur.

Ad sextum argumẽtum,nego verum esse quod in argumento adfertur,licere sibi ius dicere cõtra notorium

D prædonem, nisi incontinenti id fiat, vt dictum est. l.3. §.Eum igitur. ff.de vi & vi arm.Nec Decius allegatus id constanter affirmat,aut vllo modo probat. Quid mirũ? repugnat iuris regula. Nemini licet sibi ius dicere. cui inhærendum,donec de exceptione doceatur.

Ad c.Ad decimas.de restit.spol.lib.6.respõdeo,id speciali quadam ratione ibi constitutum esse,quia possessores spoliati erant canonici, qui decimas occupauerãt in aliena parochia.Nam cum id iure non liceat,c.1.de Prescript.lib.6.restitui non debuerunt, ne hæc res in exemplum traheretur,& iura canonica eluderentur,quæ possideri tales decimas prohibent in aliena parochia.

Ad c.Cõstitutus,& c.qm̃ de filijs presbyteror. respondeo, ad rem nostram non pertinere, vt cuilibet intuenti facile est intelligere, nam tex.in d.c.Quoniã.de spoliato nullum verbum facit,sed hoc vult,vt si quis beneficium habeat in Ecclesia, in qua pater antea habuerit, expelli debeat,& ab eo remoueri. Textus aũt in c.Constitutus. de spoliato quidẽ loquitur, sed hoc tm̃ dicit, spoliatum

beneficio Ecclesiastico restituendum esse, si constet patrem suum ad tempus aliquod administrasse, non autem in perpetuum ei concessum fuisse. Et licet à contrario sensu rectè colligatur, restituendum non esse, si beneficium in perpetuum patri concessum fuisset, id tamen nihil mouet: quia meritò restituendus non esset; ne fieret contra canones, quibus prohibetur, filium beneficium habere in ea Ecclesia, in qua pater habuit.

CAPVT XI.

Spoliato agenti contra spoliatorem interdicto recuperandæ, an obijci possit exceptio alterius spoliationis ab ipso factæ?



I spoliato agenti ad recuperandam possessionem exceptio objiciatur à spoliatore, qui antea ipsum spoliauerit, ita iure ciuili distinguitur, vt siquidem actor qui se spoliatū sua possessione dicit, incontinenti à reo coëuento spoliatus fuisset, id est, statim atq; ipse reus coëuentus spoliatus esset ab actore ipsum actorē spoliasset, idonea sit ac sufficiens exceptio ad actoris restitutionem impediendam, secus si ex interuallo tpis. Ita n. constitutū est, vt ei qui spoliatus est, liceat incontinenti spoliare suum spoliatorem, ex interuallo tpis nō liceat. Et hoc est quod vulgo dicitur, vltimum spolium purgandum esse. l. 3. §. Eum igitur. Qui possessionem. l. Cùm fundum. ff. de vi & vi armat. l. Si quis ad se fundum. C. ad l. Iul. de vi pub.

Cæterùm, iure canonico inspecto, nō tam res clara atque explorata esse videtur. Nam S. Pont. Gregorius IX. in cap. vlt. de ord. cogn. indistinctè respondit exceptione spoliationis à spoliatore opposita, spoliatum agētem ad restitutionem repelli. vt patet ex illis verbis: *Quanquam ab agendo spoliatione ab eis opposita repellatur.*

Respondetur Panormitanus & alij in d. c. vlt. & Alexander in cōs. 94. lib. 5. S. Pontificem loqui de exceptione spoliationis alterius rei. Exempli causa, tu me deiecisti castro, ego te deieci fundo: Agis ad restitutionem fundi, ego te ista exceptione repello, quod castro me spoliaueris. Antequam mihi castrum restituas, non rectè agis, non iustè petis tibi fundum restitui.

Verùm Iacobus Menoch. de recup. possess. remedio 1. q. 34. non procul à fine reprehendit hanc sententiam, dicens tex. in d. c. vlt. de ordin. cognit. duas partes continere, in prima S. Pontificem loqui de reconuentione, & hoc velle; spoliatum agentem ad restitutionē possessionis reconueniri non posse, nisi super spoliatione: Et in hac parte interpretationem illam optimè conuenire, vt scilicet textus loquatur de reconuentione super spoliatione alterius rei, & hæc fit Pontificis Maximi sententia. Titius castro spoliatus fuit à Caio, petit sibi castrum restitui, poterit Caius eum recōuenire ob spoliationem alterius rei, qua ipse spoliatus à Titio fuerat.

In secunda verò parte ait, Gregorium exceptione loqui, atq; istud velle, Spoliatum agentem repelli ab agendo posse, exceptione spoliationis opposita: & ideo in hac parte illam interpretationem idoneam non videri, qua dicebatur exceptionem spoliationis accipiēdam esse, scilicet alterius rei, quia exceptio debet esse super eodem, non autem super re diuersa. Nam si actio super vna re sit instituta, & exceptio super alia diuersa opponatur, nihil obstabit, quia se inuicem non contingunt.

Ego cōem sufam verissimam esse puto, si rectè intelligatur, reique nōnihil obscuræ lucem aliquam conabor adferre. Hæc sunt verba Gregorij in d. cap. vlt. de ordin. cogo. *Super spoliatione conuentus, aduersus restitutionē petentem, non est, nisi super quæstione spoliationis, si eum recōueniat, audiendus. Cum restitutionis petitio in hoc priuilegiata nascatur, vt ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere. Quanquam ab agendo, spoliatione ab eis in modum exceptionis opposita repellatur.*

A Sciendum igitur est Ecclesiasticis constitutionibus ita olim cautū fuisse, vt si Clericus ab aliquo bonis suis spoliatus esset, non posset in iudicio conueniri, neque ciuili actione, neq; criminali accusatione, antequam ad suam possessionem restitutus esset, ne Clerici pauperes & nudi in iudicijs contendere deberent, & malis hominibus occasio præberetur eos exuendi suis bonis, deinde accusandi, vel cōueniendi, vt propterea nec se defendere possent, nec res suas recuperare: *Oportet*, inquit Stephanus Papa, *vt primum nos tam de inuasis ciuitatibus & monasterijs, quam de reliquis generalibus rebus redintegrari faciatis, quia nec nudi cōtendere, nec inermes nos inimicis debemus opponere.* c. Oportet. 3. q. 2. & c. Cùm Ecclesia. eadem causa & quæst. ibi: *Aliquid non debet à quocunq; ante redintegrationem omnium suarum rerum obijci.* Idem in alijs capitulis multis dicitur eadem causa & quæst. & in capitulis causæ. 3. q. 1.

B Quia verò Clerici hac constitutione siue priuilegio nonnunquam abutebantur, nam conuenti quacunque actione, dicebant se non teneri actori vel accusatori respondere, nisi prius bona sua eis restituerentur, quibus spoliati erant, cū id falsum esset: idcirco Innocētius IV. in c. 1. de restit. spoliat. lib. 6. statuit, primò, vt non liceret Clericis ciuili actione cōuentis hac exceptione vti, prætequam aduersus spoliatorem. Secundò, vt tam ciuili actione cōuenti, quā de crimine accusati, si spoliationis exceptionem opponerent, tenerētur eam probare intra spatium quindecim dierū. Tertiò, vt si de crimine esset accusati, ita demùm eis exceptio ista spoliationis prodesset, si esset spoliatio omniū bonorum, vel maioris partis.

De hoc igitur veteri Clericorum priuilegio loquitur S. Pōtifex Gregorius in d. c. vlt. de ord. cogn. vt patet ex illis verbis: *Cum restitutionis petitio in hoc priuilegiata nascatur, vt ipsam intentans, non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere.* Et ideo subdit textus, exceptione opposita à spoliatore conuento, spoliationis factæ à

C spoliato agente, ipsum spoliatum agentē repelli ab agendo. Exempli gratia hac est S. Pontificis sententia. Si, verbi gratia, Titius spoliatus castro agat contra Sempronium spoliatorem, & petat castrum sibi restitui, poterit Sempronius actorem ab agēdo repellere, opposita illi hac exceptione, videlicet se prius ab ipso Titio actore spoliatum fuisse suis bonis, & hoc ex antiquo priuilegio ac iure in fauorem Clericorum constituto, vt nulla actione conueniri possent priusquam restitui essent ad bona, quibus spoliati fuissent, ne nudi ac suis bonis exuti contendere deberent: Nam si nulla actione conueniri poterant ante restitutionem bonorum eis factam, sequitur eos neque actione illa ex interdicto, Vnde vi, siue excuperādæ possessionis, conueniri potuisse.

Ex quibus, ni fallor, tria fiunt perspicua. Primum, Gregorij responsum in d. c. vlt. de ord. cogn. iuri ciuili non aduersari: sed ad rem potius diuersam iure ciuili antea

D non constitutam pertinere. Secundum, communem interpretationem superiùs relatam, sic intellectam verissimam esse. Tertium, illud responsum S. Pontificis de Clericorum spoliationibus accipiendum esse.

CAPVT XII.

An contra tertium possessorem, qui bonam fidem ac iustum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ possessionis.



On poto recuperādæ possessionis interdicto remedioue aliquo posse conueniri eū possessorē, qui bonam fidē, ac iustum titulum habet, siue spectemus iuris ciuilis, ex quo potissimū fonte manarunt interdicta, siue iuris Canonici, quo illa approbata & declarata sūt, constitutiones ac præcepta. Paulus: *Cum a te vi deiectus sum, si quis eat dem possessionem ceperit, nō possum cum alio quam*

quam tecum interdicto experiri.l.7.ff.de vi & vi arm. Ergo multò minus interdicto quis experiri poterit cũ eo, qui bona fide & iuſto titulo rem poſſidere cœperit.

Huc accedit iuris ratio euidens. Nam interdicta ſunt perſonales actiones: *Licet in rem videãtur cõcepta, vi tamen ipſa, perſonalia ſunt*, inquit text. in l.1 ff. de interd. Actio autem perſonalis non ſequitur fundum, hoc eſt, poſſeſſorem rei, l.1.§.Si hæres.ff.ad Trebell.

Quod ſi ius canonicum ſpectemus, occurrit ſtatim Innocentij III. conſtitutio, ſic dicens: *Sæpe contingit, quod ſpoliatus per ſpoliatorem in alium re tranſlata (dum aduerſus poſſeſſorem non ſubuenitur per reſtitutionis beneficium ſpoliato) commodo poſſeſſionis amiſſo, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Vnde non obſtante iuris ciuilis rigore, ſancimus, vt ſi quis de cætero ſcienter rem talem receperit, cùm ſpoliatori quaſi ſuccedat in vitium (eò quòd non multum interſit, quoad periculum animæ iniuſtè detinere, ac inuadere alienum) contra poſſeſſorem huiuſmodi ſpoliato per reſtitutionis beneficium ſuccurratur*.c.18.de reſtit.ſpoliat.

Spoliato igitur Innocẽtius ſuccurrit aduerſus poſſeſſorem, qui ſpoliatori ſcienter quaſi ſuccedit in vitium, qui ſciens prudensque eam rẽ à ſpoliatore recepit, quia iniuſta detinere alienum, & non procul ab inuaſore & ſpoliato ipſo diſtat.

Ergo qui bonam fidem & iuſtum titulum habet, non tenetur hac Innocẽtij conſtitutione, nec vlla alia. Nam ſi alia extaret, quæ bonæ fidei poſſeſſoris etiam comprehendere, non fuiſſet opus conſtitutione illa contra malæ fidei ſucceſſores. Si bonæ fidei poſſeſſores reſtituere tenerentur, multò magis malæ fidei.

Sed ratio peccati & periculum animæ non erat in bonæ fidei ſucceſſoribus, ideo nec recedendum fuit à iuris ciuilis rigore.

Atque ita mihi videtur rectè ſenſiſſe Menochius de recup.poſſeſſ.remedio 15.q.13.

Contrarium docuerunt Innocen. Hoſtienſis, Panormitanus, cæterique Canoniſtæ in d.c.Sæpe, de reſtit.ſpol. quos Legiſtæ etiam ſecuti ſunt Iaſon, Ripa, Socinus, & alij plurimi ad l.Rem quæ nobis.ff.de acq.poſſeſſ.

Fundamentum eſt primò in c.Epiſcopi.3.q.1. in illis verbis: Ab æmulis & quibuſcunque detineantur.

Secundò, in c.Redintegranda, eadem cauſa, & quæſt. vbi S. Pontifex nulla diſtinctione adhibita mandat Epiſcopos eiectos & ſpoliatos reſtitui.

Tertiò, quia ſpoliatus, etiam prædo reſtituẽdus in c. In literis, de reſtit.ſpoliat. etiam aduerſus ipſum dominum rei.l.Si quis in tantam.C. Vnde vi l.Si coloni C.de Agricolis & Cenſitis.lib.10. Ergo multò magis aduerſus alios.

Quartò, nam probata antiquiori poſſeſſione, iunior præſumitur vitioſa & iniuſta, c.Licet cauſam, de probat. Ergo iunior poſſeſſio, quam habet ſingularis ſucceſſor reus conuentus præſumitur iniuſta.

Sed ad hæc argumentum reſpondere eſt difficile. Ad primum, verba illa, A quibuſcũque detineantur, nõ eſſe accipienda de iuſtis poſſeſſoribus, qui nec ſpoliarũt, nec ſcienter à ſpoliatore acceperunt. Sed omnes cuiuſcunque gradus, dignitatis, conditionis poſſeſſores & detentores ſignificare.

Ad ſecundum, illud generale reſponſum S.Pontificis non eſſe trahendum ad iſtos qui bona fide iuſto titulo res acceperunt. Iſti enim interdictis compelli non poſſunt ad reſtitutionem.

Ad tertium reſpondeo, interdicto conueniri poſſe dominum qui ſpoliauit, meritiſſimo iure, quia non ſibi ius dicere debuit, ſed per iudicẽ expoſcere, at noſter hic ſingularis ſucceſſor nullum delictum admiſit. Non eiecit quenquam, nõ ſibi ius dixit, non eſt prædo, quia bona fide rem accepit, putans dominum fuiſſe qui tradidit.

Ad quartum, nego illam propoſitionem probata antiquiori poſſeſſione iuniorem præſumi vitioſam. Non eſt veta, vt docui ſuprà hoc eod.lib.c.9. ſed & nego cõſecutionem illam, nam cùm de poſſeſſore bonæ fidei, & iuſtum titulum habente noſtra diſputatio loquatur: non eſt locus coniecturis, quibus vitioſa ac iniuſta poſſeſſio redarguitur.

Alij diſtinguunt, vtrum ſucceſſor ſingularis titulum conſecutus fuerit ab authore vitioſo, & hunc putant conueniri poſſe, an verò ab authore non vitioſo; & hũc negant conueniri poſſe remedijs poſſeſſorijs ad reſtitutionem rei. Ita Bartolus ad legem. Rem quæ nobis: non procul ab initio.ff.de acq.poſſeſſ. Andreas Geyll. lib.2. obſeru.75.num.11.

Fundamẽtum eſt, quia talis poſſeſſor, qui cauſam habet ab authore vitioſo, nõ poſſet ſe præſcriptione tueri, ſi conueniretur à domino, quia mala fides authoris nocet bonæ fidei ſucceſſori, iuxta Authen. Malæ fidei C. de præſcript.lõgi temp. Ergo nec ſe tueri poterit aduerſus eum qui ſpoliatus eſt, & interdicto agit ad reſtitutionẽ.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam hũc poſſeſſorem poſſe ſe tueri aliqua exceptione. aduerſus eum qui dominus non eſt, illud argumento eſſe poteſt, quòd cùm bonam fidem habeat illi publiciana actio, ſi poſſeſſionem amiſerit, competit.l.Eum qui. §.Prætor ait.ff.de publiciana. Nam cui damus actionẽ, multò magis exceptionem concedere debemus.l.Cui damus, de reg.iur.

CAPVT XIII.

Vtrum agenti remedio recuperandæ poſſeſſionis, exceptio præſcriptionis obijci poßit.



Ontrouerſia eſt inter Doctores, vtrũ exceptio præſcriptionis 30.annorũ, obſtet agẽti interdicto recuperandæ poſſeſſionis, qui ſe ſpoliatum eſſe dicit, cùm poſſeſſor eſt in bona fide, & ſe tuetur eiuſmodi pſcriptione longiſſimi temporis. Nam Gloſ.in c.Sollicitè, de reſt. ſpol. in fine exiſtimauit, præſcriptionẽ non obſtare agenti ex c.Redintegranda.3.q.1. Eandem ſententiam plurimi alij ſecuti ſunt, quos commemorat Cæſar Contardus in commentarijs, l.1.C.Si de moment.poſſeſſ.fuerit appel.limit.2.in verb.ratione mixturæ, §.4.

Fundamentum eſt in d.c.Redintegranda, in illis verbis: *Quacunque conditione temporis, &c.*

Contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſis in cõſi.105. lib.1. quem ſecuti ſunt multi alij à Contardo relati loco annotato, & Menochius de recup. poſſeſſ. Remedio 15. quæſt.33. nec non Franciſcus Sarmientus de reditibus Eccleſiaſticis, par.1.c.4. quos & ipſe ſequor.

Et quoniam omnis difficultas in d.c. Redintegranda conſiſtit; Alioquienim certum eſt, longiſſimi temporis ſpatio omnes actiones extingui l. Sicut.l. Omnes.C.de præſcrip.lõgiſſ.temp.30.vel 40.annor. idcirco breuiter oſtendam non probari priorem ſententiam eo reſpõſu. Eius verba hæc ſunt: *Redintegranda ſunt omnia ſpoliatis & eiectis Epiſcopis, &c. quacunque cõditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quaſcunque iniuſtas cauſas res Eccleſiæ, vel propria, id eſt, ſuas ſubſtantias perdidiſſe noſcuntur.*

His verbis nihil dicitur de longiſſimi temporis præſcriptione. Nõ tollitur ea præſcriptio legibus antiquis, & iure quoque canonico recepta, nec expreſsè neque tacitè. Et nullus ignorat, ad tollendas leges non coniecturas ſufficere, ſed oratione diſerta, & clara opus eſſe. Nõ ſine præfatione & alio apparatu, vt videre licet ex c.vlt. de præſcript. ex c.Sæpe, de reſtitut. ſpol. & ex alijs locis quampluribus, quibus canones iuris ciuilis rigorẽ emẽdant propter animæ periculum, cuius meritò præcipua habenda ratio eſt.

Nil morantur verba illa, *quacunque conditione temporis*, non obſtante. Nam de præſcriptione non ſunt accipienda. Aliud eſt conditio temporis, aliud præſcriptio.

Paulus

A Paulus Caſtrenſis exponit, *quacunque conditione temporis*, hoc eſt, ſiue propter negligentiam, ſiue ob aliã cauſam Epiſcopi fuerint ſpoliati & eiecti. Non rectè, quia aliud eſt conditio temporis, aliud negligentia.

Franciſcus Sarmientus loco annotato ſic exponit illa verba, *nulla conditione temporis* obſtante, ſcilicet præſcriptione decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, vel etiam 30. & 40. annorum, ſi agatur contra ipſos ſpoliatores, qui ſunt in mala fide.

Sed magis eſt, vt putem, illa verba ex ſequentibus declarari, Epiſcopos reſtituendos nulla *temporis conditione obſtante*, hoc eſt, ſiue ſit tempus belli, ſiue pacis, captiuitatis aut violentiæ, aut quodcunque aliud, ſicut verba ſequentia declarant, Hoc enim modo, niſi fallor, conditionem temporum accipimus pro qualitate. Si conditiones agrorum appellamus, id eſt, qualitates, l. 1. §. Denique, ff. de aqua plu. arcen. Conditionem perſonarum, id eſt, qualitatem l. penul. ff. quib. ad libertatem proclamare non licet. B

CAPVT XIV.

Ad l. Vn. C. Vti poſsidetis, quis illorum verborum ſenſus ſit: Satiſdationis vel transferendæ poſſeſſionis, &c.

Dioclet. & Maxim. ita ſcribunt in l. Vn. C. Vti poſſidetis: *Vt poſſidetis fundum, de quo agitur, Dum ab altero nec vi, nec clam, nec precario poſſidetis. Rector prouinciæ vim fieri prohibebit, ac ſatiſdationis, vel transferendæ poſſeſſionis edicti perpetui forma ſeruata, de proprietate cognoſcet.*

Quæritur quis ſit ſenſus illorum verborum, *ſatiſdationis vel transferendæ poſſeſſionis*. Reiectis duabus expoſitionibus Accurſij, quarum altera de vſufructuario, altera de ſatisdatione iudicatũ ſolui, verba illa accipiẽda C eſſe docet. Neque enim ad fructuarium ea lex pertinet, nec ad ſatisdationem iudicatum ſolui.

Bartolus exiſtimauit eũ ſenſum habere, vt qui victus eſt interdicto illo, Vti poſſidetis, cauere debeat ſe nõ amplius moleſtiã exhibiturum poſſeſſori, nec eum impediturũ, quò minus illa re liberè vtatur, donec de iure ſuo docuerit. Eandem ſententiam ſecuti ſunt Duarenus lib. 1. Anniuerſariarum diſputationum, c. 21. & alij quos refert Menoch. de retinenda poſſeſ. remedio 3. q. 95.

Fundamentum eſt in l. penul. ff. de aqua quot. & æſtiua, vbi textus ita dicit: *Si de via, itinere, actu, aquaductu agitur, eiuſmodi cautio præſtanda eſt, quamdiu quis de iure ſuo doceat ſe non impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem.*

Sed in primis nihil dicitur ibi de transferenda poſſeſſione, deinde adhuc duo obſtare videntur huic expoſitioni. Alterũ, quod illa lex penult. loquitur de ſeruitutibus, Diocletianus autem loquitur de fundo. Cùm agitur D de ſeruitutibus, cautio magnoperè ſpectatur, & multũ valet l. Harum. l. Egi. ff. ſi ſeruit. vẽd. l. pe. ff. de ſeruitut. ibi: *Cauendum putat Labeo, quia nulla eiuſmodi iuris vacua traditio eſſet, &c.*

Alterum, quoniam illa verba, *ſatisdationis vel transferendæ poſſeſſionis* accommodari non poſſunt ad eum qui eſt victus in interdicto, Vti poſſidetis. Quomodo enim is qui eo interdicto ſuperatus eſt, ac proinde non poſſidet, hanc pœnam ſubſtinebit, vt ſi nolit ſatiſdare, transferatur ab eo in victorem poſſeſſio? Victor enim poſſidet, Victus non poſſidet. Ergo poſſeſſio ab illo transferri in alterum nequit.

At occurit Duarenus his verbis: *Quod ita accipiendũ eſt, ſi aduerſarium duntaxat inquietauerit, non etiam, ſi ſpoliauerit eum ſua poſſeſſione. Nam ſi deiecerit (quo caſu poteſt aliquando interdictum competere aduerſario, ſcilicet animo retinente eiuſdem poſſeſſionem) curabit iudex in eum* A *qui deiectus eſt poſſeſſionem transferri. Quod cum perfectũ fuerit, de proprietate cognoſcetur.*

Hoc puto Duarenũ velle, illud verbum ſatiſdationis hoc ſignificare, ſatiſdationem eſſe præſtandã, vt ſuprà dictũ eſt. illa autẽ verba, vel trãsferendæ poſſeſſionis, indicare, ſi fortè is qui ſatiſdedit. nõ ſeruet promiſſa, imò moleſtiã exhibeat poſſeſſori, eũq; poſſeſſione deijciat, tunc per iudicẽ poſſeſſionẽ ab eo trãsferri ĩ eũ qui deiectus eſt.

Sed certè parũ probabilis hæc expoſitio eſt, Primò, quia ſi hoc vellet Imperator, nõ ita diceret, ſed alijs verbis vteretur, quibus demõſtraret effectũ eiuſmodi cautionis hunc eſſe, vt ſi poſſeſſor deijciatur ei poſſeſſio reſtituatur. Deinde, quia Imperator dicit, ſatiſdationẽ eſſe præſtandam, vel poſſeſſionem transferendam ex forma edicti perpetui. Ergo ſi non ſatiſdatio præſtetur, trãsferretur poſſeſſio: illa dictio, *Vel*, hoc ĩdicare vr, vt alterutrũ fieri oporteat. Tertiò, quia eodẽ tpe eodẽq; contextu hæc fieri debẽt, nimirũ ſatiſdatio pſtãda eſt, vel poſſeſſio B trãsferẽda. Nõ aũt diuerſo tpe, nimirũ ſic vt pſtãda ſit ſatiſdatio, deinde, ſi contingat poſſeſſionẽ auferri, ea trãsferenda ſit, & auferẽda deijcienti, ac reſtituẽda deiecto.

Ego ſic ſentio, eã expoſitionẽ verã eſſe, quæ docet, illa verba accipiẽda eſſe de ſatiſdatione, quã poſſeſſor pſtare debet de re cõſeruãda illæſa, donec cauſa proprietatis cognita fuerit: *Vel poſſeſſionis trãsferendæ*, quia ſi poſſeſſor ſatisdare nolit, trãsfert ab eo ĩ aduerſariũ poſſeſſio. De hac ſatiſdatione fit mẽtio ĩ l. 5. ff. de peti. hered. in l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edi. in l. Ex liberto. §. Eum qui. ff. de quæſtion. & apud Paulũ lib. 1. ſentẽtiarũ. tit. 11.

Nihil habet incõmodi hæc expoſitio, verbis legis & rationi cõſentanea eſt, nihil deniq; ei obſtare video: retinẽda igitur eſt. Authores habet Eguinarium Baronẽ li. 6. Manual. tit. 17. Cuiac. in li. 1. ſentẽtiarũ Pauli tit. 11. Robertũ Aurelianũ li. 3. ſent. iuris, c. 21. Baldũ in cõmẽt. d. l. vn. C. vti poſſidetis. Menochiũ loco ſuperius annotato.

Porrò non aſſentior Roberto Aureliano dicenti, ſatiſdetur poſſeſſionem in ſequeſtrum transferendam eſſe. argum. l. Si fideiuſſor. §. vlt. ff. qui ſatiſd. cog. & aliarũ legum, quæ de hac re non loquuntur. Magis aſſentior Paulo lib. 1. ſentent. tit. 11. ſic dicenti: Si ſatiſdatio non detur, hæreditas in petitorem transfertur, & Iuriſcõſulto in d. l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edicto, Poſſeſſio transfertur, aduerſario ſatis offerente, &c.

CAPVT XV.

De duplici poſſeſſorio retinendæ ſummario & ſummariſſimo; & quis ſit iudex competens in cauſa poſſeſſorij rei Eccleſiaſticæ.

Communis Doctorũ ſchola ſtatuit duplex interdictũ retinẽdæ poſſeſſionis. Alterũ ordinarium, quod & plenariũ dicitur. Alterum ſummariũ, vel potius ſummariſſimũ. Plenarium ſiue ordinarium vocãt, quan- D do plena cauſæ cognitio adhibetur, iudiciorum ſolẽnia obſeruantur, pleneq; diſcutitur ac examinatur, vtrum actor poſſideat rẽ, de qua agitur, nõ vi, non clàm, nõ precario ab aduerſario ſuo, vt colligitur ex l. 1. ff. vti poſſidetis. Summarium vel ſummariſſimum illud dicitur, in quo ſummatim iudex cognoſcit, vter ex litigatoribus poſſideat tẽpore litis motæ ad eũ finem, vt ille tanquã poſſeſſor conſtituatur, & alter ſit petitor, ita vt alteri ius ſuum ſaluum ſit tam circa petitorũ, quàm circa plenarium poſseſsorium: Et huic ſummariſſimo tunc locus eſse ſolet, cùm vterque ex litigatoribus ita contendit ſe poſſidere, vt nec libellum offerre velit, & periculum ſit ne veniatur ad arma. Iudex enim re ſummatim cognita, ſine præiudicio partiũ, declarat interim alterum ex litigatoribus poſseſsorem eſse, donec plenè de poſſeſſione cognoſcatur. Hiſpani vocant iudicis decretum, ſiue interlocutionem iſtam, *Interim*. Galli nouam prouiſionem.

nem Germani prouisionale decretũ. Vide Couar. pract. quæst. c. 17. Menochium de retinenda possess. remedio vlt. non procul ab initio. Andr. Geyll. lib. 1. obser. 7.

Verùm Franciscus Sarmientus lib. 2. select. c. 15. hanc distinctionem à Doctoribus confictam esse conqueritur, nulla iuris authoritate.

Et verum scribit Sarmientus, si verba tãtùm spectes, Sunt enim à Doctoribus inuenta: sed si rem intueamur, hæc distinctio iuris rationi magnoperè conuenire videtur. Nam Vlpianus in d. l. 1. ff. vti possidetis, sic scribit; *Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.* Rectè, sed quid si periculum sit donec cognoscitur vter possideat, ne rixæ, tumulus, cædes oriantur, nonnè iudex prudenter fecerit re summatim cognita confestim alterum ex litigatoribus possessorem declarare interim, donec plenius res cognoscatur? *Cur enim, inquit Iulianus, ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest iurisdictione sua componere?* l. Si vsusfruct. §. Sed si inter duos aliàs incipit l. Æquissimum. ff. de Vsufruct.

Moneo studiosos pro eo quo in eorum vtilitatem feror desiderio, vt de vocabulis à doctoribus confictis, si modò res intelligatur, nec à iuris rationibus aliena sit, non sint adeò solliciti, vt hoc nomine veteres doctores abijciant. Præclarè enim eruditissimus Muretus ad Epistolam Senecæ 58. *Idem accidit*, inquit, *iis qui possibile & impossibile dicere, saltem in disputationibus philosophicis reformidant: Cùm Plato, Aristoteles, Epicurus, Zeno, in lingua infinitis partibus copiosiore innumerabilia tamen vocabula fingere necesse habuerint. Equidem vt de meo sensu liberè atque ingenuè fatear, multa puto ab istis delicatis in S. Thoma, in Ioan. Scoto, alijsq. eiusmodi eruditissimis hominibus irrideri, quæ & necessaria sunt, & talia, vt si quis ea vetustis illis temporibus protulisset, magnam ei gratiam omnes philosophiæ studiosi habituri fuisse videantur. Nos dum teneris auribus videri volumus, tenera nobis ac putrida esse ingenia, neq. vera ac solida eruditionis capacia ostendimus.* Sic ille.

Venio ad alteram controuersiam, de possessorio rei Ecclesiasticæ, quis sit iudex competens. Tres sunt doctorum sententiæ. Prima iudicem laicum esse competẽtem, qui scilicet ordinarius est loci iudex, vt nunc loquimur, in quo res est posita, de qua agitur. Ita Guido Papæ decis. 1. decis. 71. & decis. 85. Alciatus responso 24. num. 1. Aodr. Geyll. lib. 1. obseru. 37. nu. 5. & multi alij quos refert Menochius, de retinẽda posses. remedio 3. quæst. 52. & de recuperan. remedio 15. quæst. 18.

Altera, iudicem Ecclesiasticum scilicet ordinarium loci competentem esse. Ita Ant. Butrius in c. vlt. de iud. Augustinus Berous ad tub. de iudicijs, num. 55. Couar. pract. quæst. cap. 35. nu. 1. vers. Secunda conclusio.

Tertia est sententia, si lis vertatur inter clericos, Ecclesiasticum esse iudicem competentem, si verò inter clericumqui actor sit, & laicũ, tunc iudicem laicum esse competentem. Ita Menochius docet locis proximè citatis.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primùm, quia possessio, quæ in iudicium deducitur, non videtur esse res spiritalis, sed potius profana ac temporalis, & potius in facto, quàm in iure consistere. Ergo nihil prohibet, quò minus iudex laicus de ea cognoscere possit.

Secundum est ex c. 7. Qui filij sint legitimi in illis verbis: *Non attendentes quod ad Regem pertinet, non ad Ecclesiam de talibus possessionibus iudicare, &c.*

Tertium ex c. Petimus 11. quæst. 1. *Petimus*, inquit tex. *vt dignemini dare fiduciam, qua necessitate ipsa cogente liberum nobis sit, rectorem Prouinciæ secundum statuta gloriosissimorum Principum aduersus illum adire, qui plebem quam inuaserat, vsque hodie communitus secundum quod statutum fuerat, relinquere contemnit.* Quibus verbis S. Pontifex indicare vr, prouinciæ rectorẽ adeundũ esse in causa possessionis rei Ecclesiasticę, quã aliquis inuaserit.

A Quartum est ex c. vlt. de iud. vbi magistratus Florentinus causam possessionis cognouit tanquam iudex quæ vertebatur inter Abbatem & Monachos S. Mariæ, & Communitatem cuiusdam castri, & tamen S. Pontifex ibi non improbat illud iudicium, imo potius cõfirmat, quod non est verisimile facturum fuisse, si iudex non fuisset competens.

Alterius autem sententiæ, quæ Ecclesiasticũ iudicem constituit huius controuersiæ possessoriæ fundamẽtum est in Clem. 1. de causa posses. & propric. & in Clem. 1. de sequestr. posses. & fructuum; quibus in locis habetur, tam possessorium, quàm petitorium causæ Ecclesiasticæ tractandum esse apud Sedem Apostolicam, & in c. 2. de iud. vbi dicitur, negotia Ecclesiastica tractãda esse apud Ecclesiasticos iudices.

Tertia denique sententia eo nititur argumento, quòd cùm laicus conuenitur interdicto possessorio; tunc clericus est actor, ergo sequi debet forum rei, c. Si clericus.
B c. Cùm sit generale, de foro compet. Cùm verò inter clericos iudicium agitur, ideo non potest secularis iudex cognoscere, quia nullam in clericos iurisdictionem habet, c. 1. & 2. de foro compet. Etsi enim de rebus agatur non de personis, necesse tamen est, vt iudex possit litigatores compellere ad comparendum in iudicio, clerici autem compelli nequeunt à laicis iudicibus.

Hæc sunt quæ alij attulerant. Ego sic statuo, sic inter clericos res agatur, vel clericus à laico conueniatur, ad eundum esse iudicem Ecclesiasticum: is. n. solus in clericos habet iurisdictionem, & eos citare, coercere, ac iudicare potest, vt rectè admonuit Menochius. Si verò laicus conueniatur à clerico, puto & iudicẽ Ecclesiasticũ competentem ac idoneũ esse, & etiam iudicem laicum; si clericus eum apud iudicem laicum conuenire voluerit; si rẽ certum sit, & laicus non neget rem, de qualis est, ad Ecclesiam pertinere: si verò id neget, & suam esse cõ-
C tendat, idoneum esse laicum dũtaxat iudicem existimo. Quod primò dixi, probo ex c. Cùm sit generale. de foro competenti, vbi textus ita dicit: *Verùm quia seculares iudices in exhibenda iustitia personis Ecclesiasticis, sæpe in iudicio sunt remissi, in fauorẽ Ecclesiæ est introductũ, vt malefactores suos, qui sacrilegi sunt censendi, venerabilium locorum rectores possint, sub quo maluerint iudice conuenire.*

Igitur si laicus rem Ecclesiasticam occupauerit, iniustè detinuerit, vim fecerit, spoliauerit Ecclesiã, poterit conueniri interdictis possessorijs, tum apud Ecclesiasticos, quàm seculares iudices, ex illo generali priuilegio, quod Ecclesijs cõcessum est. Nihil enim prohibet, quin & hoc in casu, quo de possessorio interdicto agitur, locũ sibi vendicare possit.

Alterum, quod dixi, probo ex cap. Si clericus. de foro competen. vbi S. Pontifex ita scribit: *Si clericus laicum de rebus suis, vel Ecclesiæ impedierit: & laicus res ipsas non*
D *Ecclesiæ esse, aut clerici, sed proprias asseueret: debet laicus de rigore iuris ad forensem iudicem trahi, cùm actor forum rei sequi debeat:* Eadem ratio est cùm laicus asseuerat possessionem ad se pertinere.

Ad primũ argũ prioris sñiæ rñdeo, possessionis causam, temporalem quidem esse, sed quia cum persona Ecclesiastica agendum est, illa non debet trahi ad iudicem forensem, sed ad Ecclesiasticũ, qui in clericos imperium habeat. Iurisdictio enim necessaria est, hoc est, potestas iuris dicendi. Illa verò sine modica coercitione nulla est. l. 2. ff. de iurisd. om. iud. Talem coercitionem in clericos non habent laici, sed Ecclesiastici iudices.

Ad secundum respondeo, cap. 7. qui filij sint legit. loqui de rebus temporalibus & possessionibus laicorum, non autem clericorum.

Ad tertium respondeo, in allegato capitulo hoc tantùm contineri, personas Ecclesiasticas subsidiũ ac opem implorare posse magistratus secularis, pro defensione ac recuperatione rerũ suarum (brachium seculare vulgò dicitur) quod nihil facit ad propositum nostrum.

Ad

Ad vltimum respódeo, in d.c.vlt. iudicium agitatum A fuisse inter Ecclesiasticos & seculares, & idcirco iudicem secularem cognoscere potuisse, hoc enim & nos quoq; dicimus, scilicet quãdo Ecclesiasticæ personæ seculares ad iudicium trahunt, quia actor forum rei sequitur. Licet in fauorem Ecclesiæ constitutum sit, vt & Ecclesiastici iudices cognoscant, vt dictum est supra ex d.c. Cùm sit, de foro competenti. Et tantum de hac quæstione.

CAPVT XVI.

Quod sit probanda in interdicto vti possidetis possessio, non per vnum duntaxat testem. Et quid iuris, si vterque ex litigatoribus probauerit se possidere.



Irrepsit vulgaris quędam opinio, possessionem probari posse vnico teste, quia modici præiudicij est, ex traditis per Bartolum B ad l.1.C. quorum bonor. de qua confutanda non tam laborandum videtur, quã metuendum, ne illam sequamur, ob multitudinẽ authorũ. Non est modici pręiudicij possessio, imò magnum commodum adfert. §. Commodum, inst. de interdict. Nec testimonio vnius credendũ est, *etiamsi praeclaro curiæ honore præfulgeat* l.8.C. de Testib. Præclarè S. Pontifex in c. Licet, de testib. *Licet quaedam sint causa, quæ plures quàm duos exigant testes, nulla tamen est causa, quæ vnius testimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Authorum multitudini alios authores obijcio, qui negant vnius testimonium sufficere ad probãdam possessionem. Afflict. decis. 364. nu.5. Pontanus de spolio li.2. nu.100. Andr. Geyll. lib.1. obser.7. Mascardus alios citans de Probationib. vol.3. concl.1189. Nõ ingredior illam disputationem, quam latè prosequitur ibi Mascardus, an plena requirat probatio, vel semiplena i iudicijs possessorijs. Frustrà.n. hac de re disputari cõtẽdo, cũ ni- C hil iure definitum constitutumq; sit, & iudices arbitrio id committatur. Callistratus, *Qua argumenta ad quẽ modum probanda cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis, cuiusque rei veritas deprehenditur. Aliàs numerus testium, aliàs dignitas & authoritas, aliàs veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non vtique ad vnam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui, te existimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi, opineris.* l.3.§...ff. de Testibus.

Maior difficultas est, quid statuẽdum cũ vterque ex litigatoribus possessionem probat. Respondent Doctores multi, eum esse potiorẽ, qui ex iusta causa se possidere demonstrauerit, Menoch. de retinen. remed.2.q.87. vers. Tertius est casus.

Sed obstat l.3.ff. vti possidetis. Vlpianus. *Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedat tractemus: Si quis proponeret possessionem iustã & iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, si à me possides superior sum interdicto, si verò non à me, neuter nostrum vincet.* Sẽtẽtia Vlpiani hæc est, si duo possideãt, alter ex iusta causa, alter ex iniusta, neutrũ fore superiorẽ ac victorem, nisi alter ab altero vi aut clã possideat. D

Verùm Vlpiano obstare videtur, quod ait, duos in solidum possidere, & id non potest fieri. l. Si vt certo. ff. Si duobus. ff. commod. l.3.§. Ex contrario. ff. de acq. possess. l. Duo insolidum, 19. ff. de Precatio.

Iacobus Cuiacius lib.9. obseru.c.32. existimat, Vlpianum id dixisse non ex sua, sed Sabini & Trebatij sententia, qui existimabãt duos insolidũ possidere posse, quosque refert ac refellit Paulus in d.l.3.§. Ex cõtratio. ff. de acq. possess. & ad hoc confirmandum perpendit illa Vlpiani verba in d.l.3.ff. vti possidetis, *si quis proponeret possessionem iustam & iniustam, &c. In ea lege,* inquit Cuiacius, *hac verba magnoperè expendi velim, si quis proponeret, & Sabini & Trebatij sententia scilicet, quibus neque Proculiani, neque nos credimus.*

Sed nil respõdet Cuiacius ad priorem difficultatem, & certè nullam video respõsionem, nam si proponatur fieri posse, vt duo insolidũ possideãt, vel possessionẽ probent, rectè dicit Vlpianus, neutrum vincere posse, licet alter iustã, alter verò iniustam possessionẽ probaret, nisi ab altero vi aut clam possideret: *Quoniam in summa possessionis nõ multũ interest, iustè quis an iniustè possideat,* vt inquit Paulus in l.3.§. Ex contrario. ff. de acquir. possess.

Quod Vlpiani respõsum, si rectè fuisset cõsideratum, & simul quod alij Iurisconsulti responderũt, duos in solidum possidere non posse, vt in l.3. Ex contrario. ff. de acquir. possess. & in alijs legibus superiùs annotatis, non ita solliciti fuissẽt de illa facti specie, qua proponeretur, in iudicio isto possessorio vtrinsque ex litigatoribus probationes circa possessionem æquales esse p omnia, quid à iudice pronunciandum esset. Alij enim dixerunt pronunciandũ, Vti possidetis ita possideatis. Alij diuisione facta in æquales partes controuersiam ditimendam, ad exemplum l. Et hoc Tyberius Cęsar. ff. de hæred. instit. Alij possessionem apud sequestrum collocãdam, ne partes veniunt ad arma: Alij sorte rem dirimendam, argu. l. vlt. C. comm. de leg. Alij pronunciandum à iudice, de causa non liquere, arg. l. Idem Pomponius 14.§. vlt. ff. de recep. arb. Alij reum absoluendum. l. Fauorabiliores, de reg. iur. Alij iudicem cui maluerit gratificari posse. Alij denique consulendum esse Principem, vt diligẽter hæc omnia explicat Menochius de retinen. possess. remed.3. quæstione 87.

Frustrà, inquam, tam actitet concertatum est, Primò, quia accidere nõ potest, vt duo insolidũ possideãt vnam & eandem rẽ, vt dixi, & cõsequenter, vt probationes vtriusq; sint per omnia æquales: Si enim res esse non potest, nec certè ꝓbari põt. Nõ entis nullæ sunt qualitates.

Secundò, quia posito casu, clarã habemus Vlpiani decisionem, neutrum videlicet vincere posse, vt in d.l.3.ff. vti possidetis.

Porrò, vt vnus ciuiliter possideat, alter naturaliter, fieri potest, veluti si quis precariò rogauit, vt possideret: *Placet enim penes vtrumque esse eum hominem, qui precariò datus esset: penes eum qui rogasset, quia possideret corpore: penes dominũ, quia nõ discesserit animo à possessione.* l. Et habet, 15.§.1.ff. de precario. Obijcitur l.6.ff. eod. tit. Sed preclaram solutionem indicauit mihi Simon Endellius, auditor meus, nobilis Austriacus, eruditus adolescẽs & doctus, non obstare, quia textus dicit, nõ possidere eum qui rogauit, *vt precariò in fundo moretur.* Aliud est enim rogare, vt precariò quis possideat, sicut loquitur lex 15. Aliud, *vt in fundo moretur,* sicut aliud rogare, vt si possessione quis maneat. l.10.ff. de acquir. poss. ibi. *Precariò autẽ rogauit, nõ vt possideret, sed vt in possessione esset, &c.*

CAPVT XVII.

Agenti interdicto retinendæ, an obstet exceptio dominij.



In interdicto retinẽdæ possessionis, obstare dominij exceptionẽ, cuius probatio statim offertur, credidit Accursius in l. Si de vi, in fine. ff. de iudicijs, Bart. ad l. Si coloni. C. de agricolis & Censitis, & multi alij quos refert, sed non probat Menochius de retinenda possess. remed.3. quæst.70.

Fundamẽtum est in regula, Dolo facit, qui petit quod restituere oportet eũdem. l. Dolo. ff. de doli mali & met. except. Et l.3.§. Causæ. ff. de Carboniano edicto, cuius hæc sunt verba: *Causa cognitio i eo vertitur vt si manifesta calumnia appareat eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio.*

Postremò,

Postremò, quia cum probationes incōtinenti offerun tur, multa concedi solent, quæ aliàs non cōcederentur. l. Si is à quo. ff. vt in possess. leg. l. Ille à quo. §. Si testamen to. ff. ad Trebell.

Contrarium docuerunt idem Bartolus in d. l. Si de vi. ff. de iudicijs, & multi alij quos refert & sequitur Menochius loco proximè citato, quibus me lubēs sociū adiun go. Principio enim certū est, causam possessionis & proprietatis separatam esse, vt ait Vlpianus in l. 1. ff. Vti possidetis. Deinde, nulla alia exceptio idonea est, quàm si vi aut clā, aut precariò alter ab altero possideat. l. 1. C. eo. tit. l. 1. in fi. ff. eod. Tertiò, nihil interest in summa possessionis, an sit iusta vel iniusta. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. possess. l. 3. ff. Vti possidetis. Denique, si exceptio dominij esset impedimēto, daretur occasio rerum dominis vim faciendi, turbandi, inquietandi possessores rerū suarum, etenim illis ad interdictum confugientibus, statim dominij exceptionem obijcerent, eosq; repellerēt. Hoc autem iure prohibitum est. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. l. Non est singulis, de reg. iuris.

Ad primum argumentum respondeo, regulam illam, dolo facit, &c. nō habere locum in possessorijs. alioquin liceret dominis authoritate propria possessionem auferre, & postea allegare, dolo possessorem facere, qui petat quod restituere debet. Hoc autem absurdum est.

Ad alterum argumentum respondeo, illud in illis casibus sibi locum vendicare, quibus res agitur coram iudice, & nihil violentiæ committitur, non de facto quis turbatur in sua possessione. His. n. in casibus nō licet allegare dominū, aut possessoris calumniā, quamuis probationes incontinenti adferātur circa dominiū rei, quia vt maximè quis dn̄s existat, non potest tamen sibi ius dicere, aut vim vllam īferre, nec dominij causam deducere, quia illa cum possessionis causa nihil habet commune.

Maneat igitur hæc sententia, non obstare, dominij exceptionem in hoc iudicio, quā Menochius loco proximè citato, quæst. 80. intelligit cū exceptione, nisi de dominio cōstaret ex sentētia lata in petitorio iudicio. Nullo sanè satis fit mo fundamento. Nam quod scribit de notorio, hoc est, ex sententia notorium esse dominium, nihil mouet, nec enim quicquam facit hic quòd dominiū sit notorium vel nō sit, cùm proprietatis causa distincta sit à possessionis causa, sicut & suprà disputaui hoc eodem libro cap. 10.

Illa magis placet exceptio, nisi possessor, qui interdicto experitur, consentiat, vt de proprietate cognōscatur, argum. cap. 11. de restit. spoliat.

CAPVT. XVIII.

Vsufructuarius vtrum naturaliter possideat?



Vris nostri authores variè respondisse videntur hac de re. Nam Vlpianus in l. Naturaliter. 12. ff. de acquir. possess. *Naturaliter*, inquit, *mihi videtur vsufructuarius possidere.* Idem rn̄dit Papinianus in l. Possessio. 49. ff. eod. Quāobrē interdictū de vi, vsufructuario cōpetere, idem Vlpianus respondit in l. 3. §. vlt. ff. de & vi arm.

Sed contrarium rn̄dit Caius in l. Acquiritur. 10. in fin. ff de acquir. rer. dom. *Vsufructuarius au' ē*, inquit, *vsucapere seruum non potest primò, quia nō possidet, sed habet ius vtendi & fruendi, &c.* Idem rn̄dit Macer in l. Sciēdū §. Possessor. ff. qui satisd. cogan. sic dicens, *eum qui tantum vsumfructum habet, possessorem non esse Vlpianus scripsit,* imò verò idem Vlpianus, tribus in locis negat vsufructuarium possidere in l. Certè. §. Is qui rogauit. ff. de Precario. *Nā & fructuarius*, inquit *& colonus, & inquilinus sunt in prædio, & tamen non possident.* In l. 1. §. Quod ait Prætor. ff. quor. legator. *Monet*, inquit, *quod neque vsusfructus, neque vsus possidetur, sed magis tenetur.* In l. Celsus. §. Iulianus, ad exibē. *Sed & eum*, inquit, *qui vsumfru-*

A *ctus nomine rem teneat, quamuis nec hic vtique possideat.*

Accursius in d. l. Naturaliter, & ī d. l. Acquiritur, quatuor adfert solutiones. Prima est, fructuarium non possidere ꝓpriè, & ideo Vlpian. vsus est illo verbo, *videtur.* Secunda nō possidere, sed detinere. Tertia, possidere fructuarium naturaliter, sed nō ciuiliter, quæ solutio cōmuniter recepta est teste Iasone in d. l. Naturaliter, num. 5.

Baldus autem, Cumanus, Romanus & Aretinus, tertiam solutionem secuti fuere, fructuarium scilicet nō sibi, sed domino possidere. Eandem sententiam amplexus est Iacobus Cuiacius libro. 9. obseru. c. 33. *Fructuarius*, inquit, *est tantummodo in naturali possessione, non etiā vere naturaliter possidet Solus enim dominus possessor est, & possidet per fructuarium, nec alia ratione dicitur retentionē vsusfructus esse speciem traditionis, quàm quod qui retinet vsumfructum, desinat sibi & incipiat alij possidere: Et in l. Naturaliter, Vlpianus ait. Naturaliter videtur possidere & possidet.* Et paulò post, *verum*, inquit, *licet fructuarius* B *non possideat, tamen quia rei emolumentum ad eum pertinet, interdicta possessoria ei accommodantur, quæ cæteris qui sunt in possessione, non accommodantur.*

Hæc sententia videtur sanè probabilior, atq; vno verbo possumus hāc rem ita explicare. Fructuarium possessionē illam habere quæ corpore, nō autem quæ iure cōsistit. Et ideo non potest vsucapere, quia non possidet ciuiliter, animo domini, & ita loquitur d. l. Acquiritur.

Quod verò attinet ad l. Sciendum. §. Possess. ff. qui satisd. cogant. illa loquitur quantum ad satisdationem de iudicio sisti. Qui immobilia possidet, non tenetur satisdare. Talis non est fructuarius, quia non est dominus rei, nec aliud habet ius quàm vtendi & fruendi, quamobrē alia cautione opus est.

Cæteræ quoq; leges, quibus negatur fructuariū possidere, ita sunt accipiendæ, vt possessionem hanc naturalem corporalemq; non excludant. Sic enim promptum C erit leges legibus concordare.

CAPVT XIX.

Quomodo acquiritur possessio rerum corporalium, & an infanti etiam acquiratur.



Ccursius ī l. 1. ff. de acquir. possess. distinguit īter res animatas, & inanimatas, & ait possessionem rerum animatarum acquiri illis modis, qui habentur in l. Naturalem, & in l. In laqueum. ff. de acquir. rer. dom. rerum autem inanimatarum hoc modo: Aut possessio vacans est, aut ab aliquo occupata. Posteriore casu possessio acquiritur absq; traditione & corporali apprehēsione. vt patet ex l. Quod meo. §. Si venditorem. ff. de acq. possess. Priori autem casu acquiritur possessio, duntaxat per apprehensionem. l. 3. §. Neratius ad finem. ff. eodem tit.

D Bartolus autē distinctione omissa rerum animatarum & inanimatarum sic docet, possessionem acquiri per apprehensionem, si sit vacans, si verò sit ab aliquo occupata, sine apprehensione acquiri, si concurrat animus tradentis. l. Quod meo. §. vlt. ff. de acq. possess. Si verò animus tradentis non concurrat, apprehensionem requiri.

Ego verò sic statuo, possessionem animo & corpore acquiri, si traditio vera vel facta interueniat. Paulus in l. 3. eod. *Adipiscimur*, inquit, *possessionem corpore & animo, neq; per se animo, aut per se corpore, &c.* De corporali apprehensione loquitur l. 1. ff. eod. De traditione vera textus in l. 3. C. eod. De ficta, l. 1. §. Si iusserim, l. Quarundam, ff. eodem.

Sed oritur difficultas, vtrum infans possit acquirere possessionem. Nam Paulus in l. Quamuis. §. Infans ff. eodem, *nullus sensus est*, inquit, infantis acquirendi possessionem. At Imper. Decius in l. 3. C. eodem. *Donatarum rerum*, inquit, *a quacunque persona infanti uacua possessio tradita corpore quæritur.*

Accursius

Accursius multas affert solutiones. Prima est, Iuriconsulti responsum ab Imperatore correctum esse, quæ solutio meritò cæteris displicuit.

Altera solutio est, Imperatorem loqui de in fante, qui aliquod iudicium habet. Nō rectè, quia nec Imperator hoc dicit, nec dicere potest, quia infantes omni carent iudicio.

Tertia solutio est, Imperatorem loqui de rebus donatis, & ideo singulari iure sic de eis cōstitutum fuisse, de abjs secus. & in his Pauli responsum locum habere posse.

Idem docuit Conanus lib. 3. comment. iuris, cap. 8. num. 5.

Mihi non placet, quia repugnat ratio Pauli dicentis, nullum sensum infantis esse acquirendi possessionem: licet enim animus donātis cōcurrat in transferenda possessione, ex persona tamen infantis obstat, quòd non habet animum, sensumque acquirendi possessionem.

Quartam solutionem afferebat Azo, quę ab omnibus explosa est, Imperatorem accipiendum, cùm res donata serui infantis tradita est. Nulla enim huius rei mentio est in d. l. 3.

Quintæ solutionis Bartolus author est, Imperatoris rescriptum accipiendum esse de re mobili donata infanti, cuius acquirendæ aliquem animū & affectum infans habeat, veluti sunt, inquit Bart. iocalia, latinè crepundia dicuntur, munera scilicet puerorum.

Verùm, si hæc erat Imperatoris mens, æquum fuisset id exprimere, nō de rebus donatis generaliter, nulla scilicet adhibita distinctione, ita rescribere.

Sexta solutio Ioannis antiqui Glossarij est, Imperatoris legem accipiendam esse, cùm tutoris authoritas interuenit: & hanc sententiam multi alij ex antiquis secuti fuere, quos refert & sequitur Alciatus ad l. 1. §. Adipiscimur. ff. de acquir. possess. Et mihi verissima videtur. Licet enim alij nullam adferant cōiecturam, ego tamen hāc adfero: Etenim idem Imperator postquam dixit rerum donatarum possessionem infanti acquiri, subijcit hæc verba: *Alioqui ex sententia consultissimi viri Papiniani, nec quidem per tutorem possessio acquiri posset infanti.* Hæc Imperatoris ratio locum habere potest, si superior sententia accipiatur de rebus donatis infanti, tutoris authoritate interueniente, si verò aliter accipiatur, inepta ratio erit. Id verum esse, ita demonstro. Sic argumentatur Imperator: Si non acquiratur infanti possessio rerum donatarum & traditarū, nec possessio eidem infantia acquiri poterit per tutorem. Hoc argumētum valet, si prior sententia sic accipiatur, vt dixi. Nam hæc est bona collectio. Si non acquiritur possessio infanti, cùm tutore authore res donatæ sunt ac traditæ, consequens est, nec per tutorem acquiri posse infanti possessionem. Sed consequens est falsum, quia Papiniani sententiæ repugnat, ergo & antecedens. Verùm si non ita prior sententia accipiatur, nulla est hęc collectio. Non acquiritur infanti possessio rei donatæ ac traditæ. Ergo nec per tutorem possessio acquiri possit. Negatur consequentia. Licet enim infanti non acquiratur, quia nullum habet sensum, nullum animum possidendi, nihil tamen proponitur, cur non possit vtilitatis causa per tutorem possessio infanti acquiri.

CAPVT XX.

Quomodo rerum incorporalium quasi possessio acquiratur.



Res incorporales possideri non dicuntur, sed corporales, l. 3. ff. de acquit. possess. l. Seruus. §. Res incorporales. ff. de acquir. rer. dom. l. Sequitur. §. Si viam. ff. de vsucap. Verùtamen quasi possideri dicuntur, & vulgò dicimus, quasi possessionem rerū incorporalium. Sed quæstio est admodum celebris, quomodo acquiratur quasi possessio rerum incorporalium. Communis sentētia est vsu acquiri quum iure proprio quis, non iure familiaritatis exercet, cum scientia & patientia aduersarij. Vide Couar. in cap. Possessor malæ fidei in 2. parte in initio, num. 8. de reg. iur. lib. 6. Menochium de Arbitrarijs iud. casu 160. & seq.

Fundamētum est in l. 2. C. de seruit. & aqua in l. Quoties. ff. de seruit. in l. Si à te emero. ff. si seruitus vend. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana, iuncta l. 1. ff. de ser. rust. præd.

Contrariam sententiam amplexus est Ioan. Longovallius ad l. Imperium in 4. parte in 2 articulo. ff. de iurisdict. om. iud. Existimat enim scientiam & patientiam non requiri. Mouetur ex l. Quoties. 20. ff. de seruit. l. 1. §. 1. ff. de itinere actuque priuato, ex l. vlt. C. de præscript. longi tempor.

Ego hanc rem duabus propositis cōclusionibus commodius explicari posse iudicaui. Prima conclusio. Ad acquirendam quasi possessionem rerum incorporaliū nō requiritur scientia & patientia aduersarij, si de possessio ne absolutè agatur, ita vt tam iusta, quàm iniusta possessio intelligatur, sed quia de iusta tantùm possessione loquimur & ciuili, scientia ac patientia aduersarij non requiritur, si adsit titulus & bona fides. Probatur hęc conclusio ex l. vlt. C. de præscrip. longi temp. ibi: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, &c.* Et paulò pòst: *Eodem obseruando & si res nō soli sint, sed incorporales, &c.* Nam si præscriptio longi temporis locū habet in rebus incorporalibus, absque scientia aduersarij, cōsequens est possessionem quoque acquiri absque sciētia posse, quia sine possessione non procedit vsucapio, sine præscriptio.

Secunda conclusio. Cùm titulus iustus deest ad acquirēdam quasi possessionem rerum incorporalium necessaria est scientia & patientia aduersarij. Illa enim subit vicē tituli. l. 2. C. de serui. & aqua. l. 1. ff. de seruit. rustic. prædio. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. Hac igitur distinctione adhibita, contraria ac dissidentes sententię facilè conciliantur.

CAPVT XXI.

Quomodo amittatur possessio.



Ritur controuersia hac de re, quoniam Paulus scribit: Quemadmodum nulla possessio acquiritur, nisi animo & corpore, ita etiam nullam amitti, nisi in qua vtrunque in cōtrarium actum est. l. Quemadmodum. ff. de acq. possess. l. Ferè quibuscunque. de reg. iur. Idem verò Paulus contrarium respondit in l. 3. §. In amittenda. ff. eod. tit. *In amittenda*, inquit, *possessione affectio eius qui possidet intuenda est, itaque si in fundo sis, & nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti animo solo potest, quamuis acquiri non potest.* Sic ille.

Dicebat Ioannes antiquus interpres, cuius sententia cōmuniter recepta est, aut amissio possessionis à corpore incipit, aut ab animo, si à corpore incipiat, tūc etiam animus acquiritur. Exemplum. Is qui fundum possidet, egreditur ex fundo, dicitur amittere possessionē, & amissio incipit à corpore, qa scilicet ex fundo egreditur. Hoc in casu animus etiam requiritur: quamobrem necesse est, vt eo animo egrediatur, quia illum possidere nolit, ita accipiendæ sunt leges, quibus dicitur possessio nem non amitti, nisi vtrumque in contrarium actum sit. Si verò amissio incipiat ab animo, tunc solo animo possessio amittitur. Exemplum est. Si quis in fundo existens eum nolit possidere; protinus enim possessionem amittit: & ita accipiendus est text. in d. §. In amittenda.

Sed huic solutioni duo videntur obstare. Vnum est, quia leges, quæ vtrunque requirunt, nullam adhibent distinctionem. Alterum est, quòd intelligi non potest, quomodo quis in fundo existēs possessionem eius amittat, ob eam causam, quod eum possidere nolit, nisi etiam corpore discedat ex fundo.

Fran-

Franciscus Conanus lib. 3. commen. iuris, c. 9. num. 4. ita hanc rem explicat: Leges quibus dicitur possessioné non amitti, nisi vtrunq; in contrarium actum sit; accipiendas esse eo in casu, quo quis inuitus possessionem amittit: Exempli causa. Possessor vi deijcitur, possessionem non amittit, nisi & animum possidendi abiecerit. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas, ff. de acq. posses. Si quis autem non inuitus possessionem amittat, Conanus putat solum animum sufficere.

Sed & huic sententiæ obstare videtur, quod generale est Pauli responsum, quo requiritur in amittenda possessione vtrunq; in contrarium actum esse. Quamobrem nó videtur commodè restringi posse ad eum casum duntaxat, quo quis inuitus possessione deijcitur.

Petrus Faber ad l. Nihil tam naturale, nu. 12. de reg. iur. sensit hanc difficultatem, sed nó prorsus explicauit. Hoc auté vult Pauli responsum, in quo dicitur, ad amittendam possessionem vtrunq; requiri, nó esse perpetuò ac indistinctè verum: & possessionem, quæ solo animo retinetur, solo quoq; animo amitti, quæ solutio est eadé quam primo loco posuit, & refutauit Accursius in d. §. In amittenda.

Ego igitur sic statuo, quod Paulus respondit in d. §. in amittenda, possessionem solo animo amitti, non ita accipiendum esse, quasi necesse non sit corpore etiã aliquid in contrarium fieri. Etenim necesse est, vt qui animum possidendi non habet, ex fundo etiam egrediatur, sicuti præclarè docuit Papin. in l. Peregrè, §. vlt. ff. de acquir. poss. illis verbis: *Nam eius quod corpore nostro teneremus possessionem amitti, vel animo, vel etiam corpore si modò eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus*. Sed hæc est Pauli sententia in d. §. In amittenda, affectionem solã in possessione amittenda spectandam esse; & eum qui in fundo existens possidendi animum non habet, protinus possessionem amittere: *protinus*, idest, statim, ex ea hora, qua quis possidere noluerit, & possidendi animum abiecerit, non autem ex eo tempore, quo egressus fuerit ex fundo, eo tamen præsupposito, quod ex fundo postea egrediatur. Videbatur enim dicendũ, protinus possessionem non amitti tunc, sed primùm, cùm possessor egressus esset ex fundo, quia sicut possessio non acquiritur, nisi animo & corpore, videbatur etiam non amitti, nisi cùm animum quis possidendi abijceret, & simul corpore à possessione discederet. Hoc enim est, quod Paulus alibi dixit: *Nisi in contrarium vtrunq; actum sit*. Sed aliter respondit idem Paulus in d. §. In amittenda, nimirũ protinus possessionem amitti, cùm quis possidere nolit, scilicet si postea ex fundo discesserit, sed amisisse possessionem dicitur, non ex eo die & tempore, quo ex fundo discesserit, sed ex eo téporis articulo, quo possidere noluerit: quoniam animus & affectio spectanda sit præcipuè. Atque ita mihi videtur.

CAPVT XXII.

De præscriptione seruitutum realium.



CVm de præscribendis seruitutibus agitur, in promptu est cõis veterum Doctorum distinctio. Aut seruitus habet causam perpetuam, vel quasi, quia scilicet ad eam nó requiritur semper factum hominis continuum, veluti seruitus aquæductus, item seruitus altius tollendi, stillicidium, vel ductus aquæ ex cœlo cadẽtis, & præscribitur decem annis inter præsentes, & viginti inter absentes. Aut non habet causam perpetuam, vel quasi, quia scilicet requiritur semper factũ hominis continuũ & successiuum, veluti seruitus itineris, viæ, actus, & similes, & præscribitur per tépus, cuius initij memoria non extat. Veruntamen si quis longo tempore, scienteque & patiente aduersario, vsus fuerit seruitute, licet quæ causam habeat non continuam, præsumitur ex titulo qui allegatur seruitus rectè constituta. Vide Accurs. & alios in l. Seruitus, 14. ff. de seruit. Franciscum Balb. de præscrip. 2. par. 3. partis princ. q. 1. Couar. qui de seruitute iuris pascendi loquitur, lib. 1. variar. resol. cap. 17. nu. 11. 12. Mynsingerum cent. 4. obseruat. 63. cæteros sciens prætereo.

Fundamentum huius distinctionis est, quia variè ab authoribus nostris hoc de re responsum est; nec vidẽtur tam varia diuersaque responsa meliori faciliorique ratione conciliari posse, quàm si prædicta distinctio adhibeatur.

Imprimis Paulus in d. l. 14. ff. de seruit. ita respõdit ad Sabinum: *Seruitutes prædiorum rusticorum, etsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & idcirco vsu non capiũtur, vel ideo quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certã continuamq; possessionem. Nemo enim tam perpetuò, tamq; continenter ire potest, vt nullo momento possessio eius interpellari videatur*.

Ex hoc colligunt seruitutẽ itineris, quia causam perpetuam non habet, vsucapi non posse longo tempore. Veruntamen tempore memoriam hominum excedẽte vsucapi poterit ex l. Hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quot. & æsti. ait. n. Pomponius ibi: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur*. Sicut enim in aquæductu tantum tempus iure constituti loco habetur, ita etiam haberi oportet in aliis seruitutibus, licet perpetuam causam non habeant.

Deinde Vlpian. in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. sic ait: *Sanè enim & in seruitutibus hoc idem sequimur, vt vbi seruitus non inuenitur imposita, qui diu vsus est seruitute, neq; vi neque clam, neque precariò habuisse longa consuetudine, velut iure impositam seruitutem videatur*.

Ex hoc responso colligunt id quod supra dixi: Si quis longo tempore vsus fuerit seruitute aduersario sciente & patiente, & dicat se ex titulo præcedente vsum fuisse, præsumi titulum allegatum. Addunt pro cõfirmatione l. Cùm de in rem verso, ff. de vsur.

Tertiò, Vlpian. in l. 10. ff. si seruit. vendi. sic respondit: *Si quis diuturno vsu, & longa quasi possessione ius aquæ ducendæ nactus sit: non ei necesse est, docere de iure, quo aqua constituta est*, &c. *sed veluti ex iure habere actionem, vt ostendat per annos fortè tot vsum se non vi, non clam, non precariò possedisse*.

Ex hac lege sumunt argumẽtum, seruitutem aquæductus acquiri longo tempore, quia perpetuam causam habet, & idem probatur in l. 1. & 2. C. de seruit. & aqua, & de stillicidio, in l. Foramen, ff. de seru. vrba. præd. maximeq; illa verba perpendunt: *Neq; enim perpetuam causam habet, quod manu fit, at quod ex cœlo cadit, etsi nõ assiduè fit, ex naturali tamen ex causa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent*, &c. quasi hæc sit ratio, cur talis seruitus præscriptione téporis acquiri possit, quia scilicet perpetuam causam habet. Si igitur non habeat perpetuam causam, consequens est, ex eorum sententia præscriptionem cessare.

Ego veterum interpretum scripta ac sententias semper magnifeci, nec ab eis vnquam discedo, nisi veritas, cuius studium mihi est omnibus antiquius, aliò me impellat, vt in hac, de qua agitur, quæstione: tot enim errores, salua reuerentia, esse video antiquorum interpretum, quot penè sunt responsa Iurisconsultorum, quibus in hac quæstione decidenda, suaq; distinctione stabilienda, vtuntur.

Imprimis circa Pauli respõsum, quod est in l. 14. ff. de serui. peccari video, primum, quod generale cùm sit de omnibus seruitutibus responsum, nõ posse videlicet vsucapi, ipsi tamen restringunt ad seruitutes, quæ ab eis dicuntur non habere causam perpetuam.

Deinde, quoniã rationem adfert generalem, cur seruitutes vsucapi non possint, quia scilicet incorporales sunt, vel quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certã conti-

continuamq; possessionem, & tamen ipsi aliquas constituunt seruitutes, quas dicunt habere continuã, siue perpetuam causam: Etsi enim exemplum adferat ibi Paulus seruitutis itineris, nõ tamen erat inde colligendũ, seruitutes aliquas reperiri, quæ possessionem continuam habeãt. & proinde seruitutem itineris separãdam ab alijs seruitutibus rusticorum prædiorum. Quid enim esset absurdius, quàm rationem adferre generalem, seruitutes ideo non vsucapi, quia non habeant perpetuam continuamq; possessionem, si excepta seruitute itineris, & via, aliæ ferè omnes haberent? imò, si vlla erat seruitus rusticorũ prædiorum, quæ perpetuam possessionem haberet, illa erat à generali regula & ratione eximenda.

Secundò adducunt l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana & æstiua, quæ nec de præscriptione vllum verbum facit, & loquitur de aqua, quæ ex flumine publico ducitur. Ex flumine enim publico, vt liceat nobis aquam ducere, nõ possumus diuturno vsu obtinere, sicut cæteras seruitutes obtinemus, ideo requiritur tantùm tempus, vt memoriam hominum excedat. Causam diuersitatis eleganter adfert Conanus lib. 4. cõment. iur. cap. 12. nu. 17.

Tertiò, ex l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. inferunt ex diuturno vsu seruitutis titulum allegatum præsumi, cũ tex. dicat: *Qui diu vsus est seruitute, neque vi neq; clam, neque precariò, habuisse longa consuetudine velut iure impositam seruitutem videatur*, quibus verbis hoc vult Iurisconsultus diuturnum seruitutis vsum, perinde valere, ac si legitimè imposita seruitus fuerit, vt crassius dicam, vim habere tituli legitimi, quo seruitutes constituuntur rectè & legitimè.

Quartò, l. Si quis diuturno. ff. si serui. vend. afferunt ad probandum seruitutes, quæ habent causam continuam vsucapi posse longo tempore, veluti aquæductus & similes, quod repugnat prorsus l. 14. ff. de seruitu. Deinde cũ omnibus seruitutibus commune est; vt patet ex d. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. vbi dicit textus. *Et sanè in seruitutibus hoc sequimur, vt vbi seruitus non inuenitur imposita, qui diu vsus est*, &c. ibi non loquitur de aquæductu tantùm, sed de omnibus seruitutibus, ac proinde non ad aquæductus tantùm seruitutem & cætera id genus pertinet, sed ad omnes.

Quintò, perperam intellexerunt l. Foramen. ff. de seruitutib. vrba. prædior. ex quo errore etiam existimo sumptam esse illam distinctionem inter seruitutes, quæ habent causam perpetuam, & quæ non habẽt. Verba legis hæc sunt: *Foramẽ in pariete cõclauis, vel triclinij, quod esset proluend. pauimenti causa, id neq; flumen esse, neq; tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est si in eum locum, nihil ex cælo aqua veniat, neq; enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex cælo cadit, & si non assiduè fit, ex naturali tamen causa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaductus potest. Stillicidij quoq; immittendi naturalis, & perpetua causa esse debet.*

Peccatũ est igitur primò, quia hæc sunt diuersa inter se, seruitutes habere causam perpetuã. Itẽ habere certã continuamq; possessionem. Nulla seruitus rusticorum prædiorũ habet perpetuam siue continuã possessionem, siue factũ hominis requiratur, siue nõ requiratur. Et hęc est sententia l. 14. ff. de seruitutib. Omnes seruitutes habẽt, siue habere debent causam perpetuã, & hæc est sententia d. l. Foramẽ. Declaro. Seruitutes prędiorũ hãc cõditionẽ ac naturã habere debẽt, vt possint esse perpetuę, hoc est, vt ei cui illæ debentur, perpetuò eis vti liceat. Et ideo neq; ex lacu, neq; ex stagno potest seruitus consistere: Similiter causam perpetuã non habet foramẽ proluẽdi pauimẽti gratia, si manu fiat, & nihil ex cęlo aquę veniat, ideo seruitus esse non potest. Quod si de cęlo aqua cadat, perpetuã causam habere videtur, quia naturalis est causa. Quod enim naturaliter fit, videtur etiã esse

A perpetuum, tametsi assiduè nõ fiat, vt tradit Aristoteles lib. 1. Posterior. c. 7. quia naturæ causa certa & perpetua est, idcircò aqua pluuia perpetua causa est stillicidij, etsi non pluat assiduè, quia hoc ex natura pẽdet. Ea q̃ manu nostra fiunt, non videntur perpetuò fieri, quia eorũ lex, neq; certa est, neq; perpetua. Ideoq; vt ex imo pariete conclauis mei mihi liceat proluuiẽ pauimenti, per foramẽ in ædes vicini immittere, licet hoc ius personæ quidẽ concedi possit, prædio tamẽ hæc seruitus imponi vel acquiri nõ potest; quia eius causa cõstans & naturalis nõ est. Sic & aquæductus ex stagno cõstitui non potest, nec ex lacu, quod stagni aqua statiua & collectitia sit, nõ naturalis, mortua, non viua. Lacus, aqua viuã non sit & perpetua: secus si lacus sit ppetuus, l. Via. ff. de ser. rust. pd.

Secundò, erratũ est in eo, quod existimatũ à veterib. est, si seruitutes perpetuam causam habeant, hoc est, nõ manu, opera, siue facto hominis indigeant, veluti iter, via, & similes, sed ex causa naturali proueniant, veluti B aquęductus & similes eas vsucapi posse, secus si facto hominis indigeant. Et hoc existimarunt, quia tex. ibi dicit, tempore non acquiri foramen, quod manu & opera hominis eget, secus autem si aqua de cęlo cadat, atq; adeò perpetuam causam habeat. Peccatum, inquam, est, ideo quia non dicit text. vsucapi posse talem seruitutem, sed tempore acquiri, quæ longè differunt. Omnes. n. seruitutes tempore acquiri possunt, vt postea patebit, *licet vsucapi* non possint. Ideo autem seruitus acquiri *tempore* potest, quando causam habet perpetuam & *naturalem*, quia ex ea seruitus rectè consistere potest. *Omnes enim* seruitutes, vt subdit tex. perpetuas causas habere debẽt. Si non habent causas perpetuas, non sunt seruitutes, consequenter non acquiruntur tempore, vt ex tempore seruitus acquiratur, præsupponendum est imponi & constitui eam posse, quia tempus hoc operatur, vt rectè imposita seruitus videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. Si non C possit imponi seruitus pactionibus, stipulationibus, & alijs legitimis modis, quia scilicet res non est seruituti accommodata, quemadmodum foramen illud, & aquęductus ex lacu & stagno, nec tempore acquiri poterit: hæc est sententia d. l. Foramen.

Cùm igitur hæc ita sint, non rectè antiquiores docuerunt, valere iussa eorum distinctione, amplectamur sententiam recentiorum Longouallij ad l. Imperium. ff. de iurisd. om. iud. Cuiacij ad l. Sequitur. 4. §. Libertatem. ff. de Vsucapio. Corasij ad d. l. Seruitutes. 14. ff. de seruitut. Duareni ad l. Si quis diuturno. ff. si seruitus vendicetur. Conani lib. 4. commentar. iuris, cap. 12. nu. 14. cum sequentib. cuius sententiæ hæc est summa. Rusticorũ prędiorum seruitutes vsucapi non possunt, & idem in vrbanis seruit. l. 14. ff. de seruitut. l. 4. §. Libertatem. ibi: *Vsucapionem sustulit lex Scribonia, quæ seruitutem constituebat*. l. Si aliena. §. Hoc iure. ff. de vsucap. quibus in locis disertè id expressum est. Vtilitas tamen causa receptum est, vt diuturno vsu acquirãtur, si nec vi, nec clã, nec precariò D qs vsus fuerit seruitute. Huius rei hæc sunt testimonia. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcẽ. l. 5. §. vlt. ff. de itinere actuq; priuato. l. Si quis diuturno. ff. si seruit. vẽd. l. 1. & 2. C. de seruit. & aqua. Nõ requirit sciẽtia aduersarij, l. legib. proximè citatis. Ideo autẽ Imperator in l. 2. C. de seru. & aqua. refert Martialem sciẽte domino aquam duxisse, vt intelligeremus clam ab eo minimè aquam deductã esse vt in l. 5. §. Sed & seruitus. ff. quod vi aut clam, ibi. *Quamquam etiam illud sufficiat celandi animum non habere.* Itaq; sufficiet nõ habere animum celandi dñi, licet eo ignorante quis aquam duxerit, & seruitute vsus fuerit.

Nõ est hæc vsucapio siue p̃scriptio propriè, nec ex tẽpore acquisitio seruitutis, sed hoc operatur diuturni tẽporis vsus, vt rectè ĩposita seruitus videat', vt credatur verè seruitus fuisse cõstituta. Patientia enim domini certum præbet argumentum impositę aliquãdo seruitutis. Itaque seruitus longo vsu cõpetit, non iure præscriptionis, sed tãquã cõstituta sit & imposita. Ideo Vlpianus in

d. l.

d.l.Si quis diuturno, ait ei qui longo tempore nactus ſit ius aquæ ducendæ, non eſſe neceſſe docere de iure quo conſtituta ſit,& in l.1.§.vlt.ff.de aqua plu.arcen.tex.ait: *Habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſeruitutem videatur*.

Malè Duarenus loco proximè citato,& lib.1.anniuerſar.diſputat.cap.34.titulum requirit,quia titulus requiritur in vſucapione: illa non eſt vſucapio, ideo ſufficit vſus longi temporis, nulla ſit mentio tituli in dictis legibus, imò vſus temporis longi vim habet tituli, vt ibi dicitur. Et rectè mouet Conanus ad hoc propoſitum loco annotato,nu.16.

Longiſſimo autem tempore 30. vel 40. annorum, & ſeruitutes præſcribũtur.l.Sicut.l.Omnes.C.de Præſcrip. longiſſ.tempor.30.vel 40.annor.

Vnus reſtat ſcrupulus ex l.vlt.C. de Præſcript. longi tempor.Videtur enim intentari poſſe,ſeruitutes præſcribi poſſe longo tempore, propter illa verba: *Eodem obſeruando & ſi res non ſoli ſint, ſed incorporales,quæ in iure conſiſtunt, veluti vſuſfructus, & cætera ſeruitutes*. Sed nihil moueor, quia id non agit ibi Iuſtinianus,vt ſeruitutes præſcribi poſſe decernat contra veterum Iuriſconſultorum authoritatem,quorum reſponſa,non niſi ſeria præfatione corrigere ſolitus eſt,& magno cum apparatu. Sed hoc decernit quæ ſit cauſa inter abſentes, & inter præſentes. Et dum in fine dixit,*eodem obſeruando, & ſi res non ſoli ſint*, alludere voluit ad præſcriptionem rerum incorporalium & ſeruitutum, quæ longo tempore amittuntur non vtendo, ſcilicet decem annis inter præſentes,& viginti inter abſentes.l.Sicut.C.de ſeruitutibus. Quare & in illis locum habebit ea cõſtitutio,quæ declarat quando inter præſentes,vel inter abſentes cauſa agi videatur,ſicut & Accurſius rectè explicauit in d.l. vltima.

CAPVT XXIII.

De præſcriptione meri & mixti Imperij.


Nueſtiganti mihi veterum ſententias, circa præſcriptionẽ meri & mixti imperij, quinque præcipuè videntur. Vna præſcribi non poſſe. Altera poſſe. Tertia poſſe quidẽ,ſed tempore hominum memoriam excedẽte. Quarta, ordinario tempore 10. annorum inter præſentes,& 20.inter abſentes,cum aliqua tamen diſtinctione. Poſtrema,quadraginta annorum ſpatio præſcribi poſſe, ſi poſſeſſor titulum habuerit, ſi verò non habuerit tantũ tempus requiri,quod memoriam hominum excedat.Vide Doctores,præſertim Iaſonem ad l.Imperium,nu.20. ff.de iuriſ.om.iud. Balbum de præſcriptionib.2.parte,5. partis principalis,quæſt.3. Couarru.ad c.Poſſeſſor malæ fidei,de reg.iur.lib.6. 2.parte,§.3.

Ipſe opinor cõſideratis iuribus, quibus nunc vtimur, præſcribi poſſe ſpatio quadraginta annorum cum bona fide. Moueor ex l.Omnes. C.de præſcriptionib.longiſſ. tempo.30.vel 40.annor.vbi Imperator: *Nullum ius publicum,vel priuatum in quacunque cauſa,vel perſona,quod quadraginta annorum extinctum eſt iugi ſilentio*, moueri prohibet.Publicæ res vſucapionem non recipiunt longi temporis.l.Vſucapionem.9.ff.de vſucap.Ergo nec iuriſdictio merumq; ac mixtum imperium, quia publici & non priuati iuris ſunt.

Dixi cum bona fide,quia alioqui præſcriptioni derogatum eſt, & meritò, à Pontifice maximo in cap.vlt.de præſcriptionib. & alibi.

Non de rebus feudalibus hic diſputo, ſed de mero & mixto imperio, per ſe conſideratis, id eſt,ſeparatis à feudo: Non hoc volo, vt præſcribi poſſint aduerſus Imperatorem,ea quæ ipſe vetat diſertè in l.Cõperit.C.de Præſcript.longiſſ.temp.Non hic etiam loquor de reſeruatis Principi,puta iure vectigalium imponendorum,nec de his quæ pedagia,guidagia,ſalinaria ſummo Pontifici dicuntur, & meritò prohibita eſſe dicit, *quæ non apparent Imperatores, vel Regum, vel Lateranenſis Concilij largitione conceſſa,vel ex antiqua conſuetudine à tempore, cuius non extat memoria,introducta*, in cap.Super quibuſdam, §.Præterea, de verb.ſign. Non ſunt hæc miſcenda, confundendaque cum mero & mixto imperio.

Ergo extricatus cùm ſim ijs obiectionibus,cæteras ſic diluo. Primum, hoc adſerunt, priuatos homines, ſi pro poteſtate,vel magiſtratu ſe geſserint, lege Iulia Maieſtatis teneri.l.3.in fi.ff.ad legem Iul.Maieſtatis.

Reſpondeo, me bonam fidem exigere in poſseſſione, non prauam hominum priuatorũ vſurpationem, ac impoſturam,quæ per legem Iuliam meritò coercetur.

Secundum argumentum.Merum imperium transferri in alium non poteſt.l.1.ff.de off.eius cui manda.eſt iuriſd.Ergo neque vſucapi.l.2. C.de vſucap.pro empto.

Nihil moueor,quia merũ imperium transferri poteſt à Principe,non ab eis quibus ſpecialiter mandatum eſt, nec mãdata iuriſdictione transfertur.Nihil præterea ad rẽ facit l.2.hoc.n.vult, quę teſtator ſeruari mandauit, vẽdi non poſse,& ſi vẽdantur,nõ vſucapi. Rectè,quia titulus iuſtus requiritur in lõgi temporis vſucapione.Nullus autem eſt titulus, quia teſtator ſeruari voluit non vendi.

Brocardicum denique eſt hoc, quæ in alium transferri nequeunt, non poſsunt vſucapi. Cõtrarium alij multi docuerunt apud Gabrielium lib.5.comm.concl.tit.Præſcr.concl.13.Alij quos ibi refert præſcribi poſse dixerut 30.annis, non autem longo tempore 10.annorum.

Maius faceſsere videtur negotium, quod reſpondit S.Pontifex in c.1.de Pręſcript.lib.6.vbi *poſſeſſori ius commune contrarium eſt, vel habetur præſumptio contra ipſum, bona fides non ſufficit ſed eſt neceſſarius titulus, qui poſſeſſori cauſam tribuat præſcribendi: Niſi tanti temporis allegetur præſcriptio,cuius contrarij memoria non exiſtat*.

Sic in propoſito videtur, nam ei qui merũ & mixtum Imperium pręſcribit,ius commune aduerſatur,quo omnis poteſtas penes principem eſt. l.1. ff.de conſtit. princ. Præſumptio igitur pugnat contra eum, quaſi videatur iniuſtè poſſidere, iuraq; Principis ſibi vſurpare.

Reſpondeo, illud reſponſum Pontificis Maximi ad pręſcriptionem decimarum,& rerum Eccleſiaſticarum pertinere,quod nemo negabit:quia de his loquitur,non igitur ad alias res longè diuerſas, ac profanas porrigendum eſt,contra expreſsam iuris ciuilis conſtitutionem, quæ ſpatio quadraginta annorum omnem præſcriptionem,tam priuatarum,q̃ publicarum rerum (inter quas rectè numerabis merum & mixtum imperium)includit in d.l.Omnes.C.de Præſcrip.30.vel 40.annor. Turpè eſt, res Eccleſiaſticas quem poſſidere ſine titulo,cùm ius cõmune repugnat,eiq; aduerſatur præſumptio: puta cùm decimas exigit in diœceſi aliena, præbet ſcãdalum,murmurationem generat, aut certè prauam quandam opinionẽ. At in rebus profanis ſi bona fides adſit (nam ſine ea ruit omnis præſcriptio) ceſsant hæc incommoda, & publicè intereſt poſseſsorem tanti temporis authoritate munitum,omni prorſus lite inquietationeq; liberari.

CAPVT XXIV.

De iuris patronatus Eccleſiaſtici præſcriptione, an laicis ſit conceſſa.


Grogia diſputatio eſt,de præſcriptione iuris patronatus Eccleſiaſtici, quæ nec prætermittẽda erat, & digniſſima viſa eſt,quæ ſingulari ſtudio ac diligẽtia inter alias proponeretur,tractareturque.

Exiſtimo laicos præſcriptione tẽporis acquirere non poſse ius patronatus, niſi iuſtus adſit titulus,bona fides, & ſpatiũ annorũ quadraginta, vel tantum tempus quod memoriam hominũ excedat, arg. c.1.de Præſcrip.lib.6.

Licet.n.olim fuerit,& nunc etiam sit controuersia inter Doct.hac de re,& in eam distinctionem multi consenserint, vt si Ecclesia libera sit & non patronata, præscriptio locum non habeat, si verò patronata sit, locum habeat, vt diligenter explicat Couarr.ad reg.Possessor malæ fidei, de reg.iur.lib.6.2.par.Relect.§.10. Magis tamē probo Archidiaconi sententiam in c.Hortamur.71.dist. simpliciter negantis, laicos præscriptione temporis ius patronatus acquirere posse, quam secutus est Abb.Pan, in c.Querelam, de Elect.& in disput.incip. Augerius, & in cons.106.lib.2.Felin.in c.Causam,7.nu.7. de Præscri. Nisi præscriptio sit temporis hominum memoriam excedentis, vt dictum est, quia illa vim habet tituli, arg d. c.1.de Præscri.lib.6.c.Super quibusdam. §.Præterea, de verb.sig.l.Hoc iure, §.Ductus aquæ, ff.de aqua quot. & æsti.vti docent Couarr.loco annotato,nu.2.vers.Posset tamen his.Rota Romana in nouissimis decisionib.par.3. decis.243.Maschardus de Probation.vol.2.conclu.958. nu.3.& Concilium Tridentinum ses.25.de Reformatione, cap.9.

Non ignoro plurimos ex recentioribus, nonnullos & ex veteribus cōtrarium respondisse, nimirum ordinaria temporis 40.annorum præscriptione, vt cætera iura Ecclesiastica acquiruntur, ita acquiri etiam ius patronatus Ecclesiasticum, vt videre licet ex Fede.Senensi, cōs.134. ex Couarr.loco annotato.Rolando à Valle cons.47.nu. 41.lib.1.Menoch.cons.241.nu.6.lib.3. Sed hoc ipse vrgeo, hoc contendo, superiorem sententiā, quam probani probabiliorem esse, & iuri canonico magis cōsentaneā, quod non difficulter me persuadere posse confido, si cōfirmata hac sententia, quæ negat præscriptionem ordinariam locum habere, argumenta contrariæ sententiæ confutauero.

Laicus iura spiritualia possidere non potest, nisi quatenus iustas ob causas eidem specialiter iure canonico permissum est, c.Sacrosancta, c.Messana, de elect.c.1.c.Laicis c.Per laicos,16.q.7.& ferè per totam.

Sed ius patronatus, quo de agitur, spirituale est, vel iuri spirituali annexum, c.3.de iud.c.De iure verò, de iur. patronatus.

Ergo laicus illud extra casus iure permissos possidere non pōt.Igitur nec præscriptione temporis acquirere, c. Causam, de præscr.c.Sine possessione, de reg.iur.lib.6.

Cùm itaq; duas ob causas laicis concessum sit ius patronatus habere, nimirum fundationis Ecclesiæ, vel dotationis, vt ad hęc pia opera exercenda facilius inducantur, c.3.c.Consultationis, de iure patr. c.Piæ mentis.16. q.7.consequens est, cessantibus istis, laicis interdici eiusmodi iuris Ecclesiastici possessionem.

Respondent aliqui, hoc argumentū non obstare, quoniam ex hoc apparet, laicos absolutè incapaces nō esse iuris patronatus, quod ad præscribendi potestatem sufficere videtur.

Nego consequentiam, sufficit.n. vt præscribere non possint, eos non esse capaces iuris patronatus, nisi ob certas causas, ob quas dispensatum cum illis est. Nam sic dicimus, laicos incapaces esse decimarum, & ideò eas pręscriptione temporis acquirere nō posse, c.Causam quoq; de præscrip.licet ante Concil.Lateranense, ex quadam dispensatione, certas ob causas eas possiderent, c.2.§.sanè, de decim.lib.6.

Alij sic respōdent, licet habita ratione antiquorum canonum fundatori Ecclesiæ ius patronatus non acquireretur c.Decretum, c.Nouerint, 10.q.1.& idcircò ex gratia concessum postea videatur, tamen habita ratione nouissimi iuris, quo laicis fundatoribus ius patronatus acquiritur, non videri ex gratia, sed iure communi concessum, c.3.de iure patr.

Hæc omnia vera esse concedo, sed non inde efficitur, laicos obtinere ius patronatus posse, extra causas illas, fundationis & donationis.

Tertio loco respondet Dec.in cons.134.nu.4.Ius pa- A tronatus etiam ad hæredes transferri, c.1. de iure patr. Item cum vniuersitate transire, c.ex literis, eo.tit. Et existenti in possessione ius præsentandi competere, c.Consultationibus.eo.tit.Et consequenter à laicis obtineri, ac possideri posse, etiam extra dictas causas fundationis ac dotationis.

Replicatur, hæc omnia venire in cōsequentiam eius, quod laicis concessum est. Nam cùm laicis concessum sit ius patronatus, ex dictis causis, fundationis, & dotationis ecclesię, consequens est, vt illud ius ad suos transmittat hæredes, & vt cum vniuersitate bonorum transmittant in emptorem. Nostra autem disputatio non in his terminis accipienda est, sed an quis per se absque iusto titulo possidere possit, & longissimo 40.annorum spatio illud acquirere.

Fateor ius præsentandi competere existenti in possessione iuris patro.; sed nego, quempiam possidere posse ius patronatus, nisi Ecclesiæ fundatione, vel dotatione B illud acquisierit, vel fundatoribus aut dotantibus hæres extiterit, vel iusto titulo illud acquisierit, puta si ius patronatus cum vniuersitate bonorum fuerit alienatum.

Sed iam contrariæ sententiæ argumenta dissoluenda sunt. Primum est ex c.Querelam, de elect.quem tex.omnes vrgent illis verbis: *Cum nobis constiterit quod populus in quasi possessione præsentandi clericum existebat, quando ipsum presbyterum ad illam elegit, &c.*

Responden, S.Pontificem eo in casu loqui, quo ex cōsuetudine loci clerici præsentatio ad populū spectabat. Id patet ex verbis præcedentibus, ibi: *Sed ipse per electionem populi, ad quem de antiqua consuetudine pertinet electio, &c.* Aliud autem est consuetudo, aliud præscriptio, illa vim habet legis c.Cōsuetudo.1.dist.l.De quib.ff.de legib.Potuit autem sic accidere, vt populus cōstruxisset in eo loco Ecclesiam, vel dotasset, aut aliam iustam ob causam ius præsentandi obtinuisset.

Secundum argumentum est ex c. Generali, de Elect. C lib.6.ibi: *Qui autem ab ipsarum Ecclesiarum, cæterorumq; locorum fundatione, vel ex antiqua consuetudine iura sibi vendicant, &c.*

Respondeo eodem modo quo ad primum argumentum. Neque enim tex. dicit, laicos possidere posse iura Ecclesiastica, sed de illis laicis loquitur, quibus vel ex antiqua consuetudine, vel ab ipsa Ecclesiarum fundatione tale ius cōpetit, quæ ideo non obstant, quia antiqua consuetudo vim legis habet, vt dixi, & qui statim post Ecclesiæ fundationem regalia, titulumq; aduocationis & defensionis in monasterijs habuerunt, iustas ob causas habuisse iudicandi sunt, ideo monentur ibi à S.Pontifice, ne illis iuribus abutantur.

Tertium argumentum est ex cap.Cum, de iure patronatus, ibi: *Nisi legitima fuerit præscriptione munitus, &c.* Respondeo, non inde colligi, laicum præscribere Ecclesiam posse, vel ius patronatus, sed clericos ex laicorum D donatione Ecclesias vendicare non posse, nisi legitima fuerint præscriptione muniti. Verba textus hæc sunt: *Mandamus quatenus ex donatione laicorum, nisi authoritate diœcesani Episcopi, & consensus adsit, nullus vestrum aliquas sibi Ecclesias vendicare præsumat, vel retinere taliter acquisitas, nisi legitima fuerit præscriptione munitus.*

Dices, si laicus præscribere non potest Ecclesiam, ergo neque clericus, qui ab eo causam habet, præscribere poterit. Respondeo, ideo clericum præscribere posse, quia possidere potest, & bonam fidem habere potest, credendo laicum ex aliqua iusta causa donare potuisse, laicus verò extra iustas dictas causas, quibus Ecclesiastica iura obtinere permittitur, nec possidere, nec præscribere potest.

Quartum argumentum est Feder.Senensis, in d.cons. 234. *Ius eligendi quoad clericos in Ecclesia collegiata* (sunt verba ipsius) *& ius præsentandi, quoad patronum sunt paria, vt sicut vnus habet eligere, ita alter præsentare; cap.1. de Elect.16.q.vlt.c.Congregatio, & c.Nobis, de iure patronatus.*

natus. Sed ius eligendi potest præscribi per clericum, qui non A *est, de collegio illius Ecclesiæ, de cuius electione agitur etiam sine titulo, c. Cum Ecclesia. de causa posses. & propriet. Ergo eodem modo ius præsentandi poterit præscribi per laicum, etiam sine titulo, dummodo adsit bona fides.*

Respondeo, maiorem propositioné, quæ in argumento adfertur, nec probari ijs quæ adferũtur testimonijs, nec iuri consonam videri. Certè in c. 1. de elect. in d. cap. Congregatio. in d. c. Nobis. nulla fit mẽtio comparationis illius clerici & laici, de qua in argumento.

Non videtur autem iuri cõsona illa comparatio, quia clericus capax est iurium Ecclesiasticorũ et spiritualiũ, laicus verò nequaquam absolutè capax est, sed in certis quibusdam casibus duntaxat ex gratia ac dispensatione Ecclesiæ, quæ id sustinet iustas ob causas. Et ideo non si clericus ius eligẽdi in aliena Ecclesia pręscribere potest, idcirco laicus ius præsentandi præscribere poterit.

Quintum argumentum eiusdem Federici Senensis est loco annotato. Ius conferendi Ecclesias vel præben- B das præscribere quis potest, vt notatur in c. Cùm Ecclesia Volaterana, de Elect. & in c. vlt. de supplen. negl. prælator. Ergo & ius præsentandi. Nam plus est conferre, quàm præsentare, vel eligere.

Respondeo, præscribi hęc quidem posse, sed nõ à laicis. Nec contrarium probant testimonia in argumento allata, quia nullum hac de re verbum continent.

Postremum argumentum est, quia 40. annorum præscriptio regulariter sufficit, exceptis ijs, quæ Gloss. commemorat in c. Cùm non liceat. de Præscript. Sed ius patronatus exceptum nõ reperitur. Ergo præscribi potest.

Respondeo, satis exceptum videri ius patronatus in quæstione nostra, cùm sit spiritpale ius, siue annexum iuri spirituali, ac proinde à Laicis possideri non possit, nisi ex causis iam dictis. Si enim possideri non potest, ergo nec præscribi, vt alibi S. Pontifex argumentatur in cap. Causam, quæst. 7. de præscript.

CAPVT XXV.

De præscriptione Ciuitatis, hoc est, an Ciuitas præscribere possit rem alienam, quando Ciues ab initio sunt in mala fide, si illis mortuis alij Ciues bonam fidem habeant?

DOnec viuunt Ciues, qui malam fidẽ habẽt, Ciuitas vsucapere nõ potest, cæterũ eis defunctis, si alij successores sint in bona fide, vsucapere potest, ita docet Bald. de præscriptionib. in 2. par. 3. partis principalis, q. 17. ex notatis per Innocentiũ in c. Cura. de iure patronat. per Bart. in l. Potest. in fine. ff. de vsucapio. per Socinum seniorem in cons. 187. col. vlt. vers. Præterea, lib. 2. Alios citat Gabrielius lib. 6. comm. cõclus. rit. Quod cuiusque vniuersitatis nomine, concl. 1. nu. 14.

Sed istis ego non assentior, quia licet mortui sint priores illi Ciues, qui malam fidem habuerunt, & alij in locum eorum successerint bonæ fidei possessores, eadem D tamẽ Ciuitas esse dicitur. l. Proponebatur. ff. de iudicijs, & consequenter dicitur, semper esse in mala fide, ita rectè responderunt Corneus in cons. 22. nu. 12. lib. 1. Hippolytus Riminaldus in cons. 6. nu. 102. lib. 1. Citaturque ab omnibus eiusdem sententiæ Bald. ad l. Imperium. ff. de iurisd. om. iud. sed fortasse hoc dixit, in antiqua Lectura, sicut eum citauit Socinus senior, quæ nõ habetur, nã in exemplaribus, quæ extant, non inueni.

Non obstat Bart. authoritas, quæ in contrarium adfertur in d. l. Potest. Nam Bart. nititur authoritate Innocentij in d. c. Cura, de iure patronat. vbi Innocentius id non affirmat, imò disputando in contrariam potiùs sententiam inclinat, quod & Corneus animaduertit loco proximè citato.

Hæc admonenda putaui, ne quis re non diligenter cõsiderata, Baldi authoritate deciperetur.

CAPVT XXVI.

An bona fides in pscriptione immemoriali necessaria sit?

NOn esse necessariã bonã fidem in præscriptione temporis immemorialis, quia vim habet tituli, priuilegij iuris cõstituti, legis, veritatis, existimarunt Salic. ad l. 2. C. de seruit. & aqua. Bald. cons. 352. nu. 3. lib. 1. Decius ad l. Traditionib. nu. 12. C. de pactis, & in cons. 496. nu. 5. cons. 638. nu. 4. Boerius decis. 59. nu. 7. Ias. cons. 209. lib. 2. alios citat Gabrielius tit. de Præsumptionibus, concl. 1. num. 57.

Sed horum sententia explodenda est, siue ratione, siue iure, siue authoritate certandum sit. Nam ratio est in promptu, Omne quod non est ex fide, peccatum est, vt ait Apostolus: Tantoque sunt grauiora peccata, quantò diutius infelicem animam detinent alligatam, vt dicebat Gregorius Pontifex, in c. vlt. de consuetud. Ergo qui B est in mala fide, rem alienam detinens, peccat, nec poterat absq; peccato legis beneficium obtinere, pręscriptionem inducentis. Omni enim cõstitutioni derogandum est, quæ absque peccato seruari non potest, vt inquit S. Pontifex in c. vlt. de Pręscript.

Ius est etiam perspicuum hac in re. Nam nullam præscriptionem absque bona fide valere declarat S. Põtifex in c. Vigilanti, & in cap. vlt. de præscript. si nulla præscriptio valet. Igitur nec immemorialis.

Nec desunt authoritates Doctorum, quæ contrarijs opponantur authoritatibus. Nam sententiam hanc, qua dicimus, non valere præscriptionem etiam immemorialem absque bona fide, amplectuntur Glos. in c. 1. in vers. Nisi. de pręscript. lib. 6. & ibid. Philippus Francus, Angelus Aretinus in §. Furtiuæ, insti. de vsucap. Cranetta in cõsil. 146. Baldus de Præscript. 2. par. 3. partis princip. q. 6. Afflictus decis. 368. nu. 10. Abbas Panormitanus in d. c. vlt. de præscript. Couar. alios citans ad reg. Possessor ma C lę fidei. de reg. iur. lib. 6. 2. parte. §. 8. num. 4. Guido Papæ cons. 91. num. 5. Zasius cons. 16. num. 51. lib. 2. alios citat Antonius Gabrielius d. cons. 1. de Præscriptionibus, nu. 57. vers. Contrarium, & num. 59.

CAPVT XXVII.

An mala fides defuncti noceat hæredi, quò minus, licet in bona fide sit, præscribat? & quid si hæres inuentarium confecerit?

V*Itia possessionũ à maiorib. contracta perdurãt, & successorẽ authoris sui culpa comitatur*, inquit textus in l. Vitia. C. de acquir. possess. Hęres personã defuncti refert omnibus in rebus, adeò vt q̃ fidem defunctus habuit, eandem hæres habere videatur. Nec mirum, cũ vna & eadẽ persona videantur hæres & defunctus, vt dicit Imperator in Nouella. de iureiurando, à moriente præstito. D Quare nõ discedo ab ea snia, q̃ amplexus sum in prima parte cõtrouersiarũ, li. 1. c. 66. Hæredi in bona fide existẽti nocere malã fidẽ defuncti, atque impedimẽto esse, ne præscribere possit, licet non velit accessione tpis vti ex defuncti persona, sed à se ipso præscriptioné inchoare, mala fides. n. defuncti transit in ipsum. Nulla aũt pręscriptio valet sine bona fide. c. vlt. c. Vigilanti. de Præscript. Ergo hæres præscribere nõ potest, quod defunctus non potuit. l. Cùm hæres. ff. de diuers. & temp. præscript.

Nec me diuellũt ab hac snia, quæ adfert Vasquius lib. 2. controuersiarum Illustrium, c. 73. Summa. n. eorũ quę ipse adfert, ad tria capita reuocari potest. Primũ est, qd leges dicunt, vitia possessorum transire in successores & hæredes, accipiendum esse, quando successores hæredes, vti volunt accessione temporis ex persona defuncti. Secundum, id valere ad impediendam longi temporis pręscriptionem, nõ autem lõgissimi temporis 30.

vel 40. annorum, quæ tunc non erat introducta nec cognita. Tertium, hanc esse malam fidem, non veram, sed fictam, quæ à defuncto transit in hæredem. Prouenit enim ex eo, quod hæres videtur eadem persona cum defuncto, & ipsum referre. Ius Canonicũ autem toties impedimẽto præscriptioni 30. annorum esse, ob malam fidem, quoties mala fides vera est, certa, indubitata, non etiam cùm ficta est.

Respondeo ad primum, ei qui dicit, probationem incumbere. Probationẽ pero istius expositionis, vel ex lege, vel ex ratione aliqua. Nullã profert legẽ. Rationem profert admodum infirmam: *Verum cum hæres, inquit, vult à se inchoare præscriptionem, non sibi impedimento est. Nam inutilis possessio defuncti, non potest hæredi magis nocere, quàm si nulla omnino forte, arg. l. Vnica, in princ. C. de rei vxor. act.* Ratio hæc infirma est, & nullius planè momenti. Nam cui dubium, quin hæres præscribere posset, ex se bonam fidem habens, si non obstaret ei mala fides defuncti? Nego igitur consequentiam illam. Si nulla esset defuncti possessio, non id hæredi obstaret, quò minus præscriberet. Ergo neque obstare potest vitiosa defuncti possessio. Vbi enim nulla est possessio defuncti, non potest in hæredem vlla culpa vitiumve vllum possessionis transire, quia non entis nullæ sunt qualitates: sed vbi aliqua est possessio defuncti, eaque vitiosa, trãsire potest in hæredem vitium eius. Hæc ratio non est in specie l. Vnica. C. de rei vxo. act. ideo inutilis stipulatio interposita non nocet vxori, nec impedit tacitam à lege inductã stipulationem. Nullum vitium ex inutili stipulatione expressa transfundi potest in tacitam illam, ideo nõ est impedimento tacitæ stipulationi.

Ad secundum respondeo, si ius ciuile duntaxat spectemus, quo præscriptio 30. annorum valet, etiam cũ mala fide argumẽtum militare: nam etsi vitia defuncti in hæredem transeant, nihil tamen ea res obstare potest longissimi temporis præscriptioni, cũ & hæres ipse præscribere possit, etiam cũ mala fide, quã ex persona propria contraxerit, multò magis ergo si ex persona defuncti sit in mala fide. Verùm si ius Canonicum spectemus, quod spectandũ esse in hac materia peccati, etiam in foro Cæsaris inter omnes conuenit, quamuis de præscriptione longissimi tẽporis agatur ex c. vlt. de præscrip. alia ratio ineunda erit. Nam cùm bona fides necessaria sit, & nulla procedere possit absq; bona fide p̃scriptio, vt in d. c. vlt. Hæres autem sit in mala fide propter defuncti vitium, quod transit in ipsum, nõ intelligo, quomodo præscribere possit. Res enim redit ad antiquum statum, scilicet longi temporis præscriptionis, quæ bonam fidem requirebat, siquidem iam illa requiritur in omni præscriptione longissimi temporis. Ergo sicut olim defuncti culpa vitiũ, præscriptioni hæredis impedimẽto fuerat in longi temporis præscriptione, ita nunc impedimento esse oportet in longissimi temporis præscriptione.

Ad tertium argumentum respõdeo, negando præscriptionem valere cum mala fide ficta secundùm ius Canonicum. Nam ius Canonicum disertè requirit bonam fidem: Synodali iudicio definimus vt nulla valeat absq; bona fide præscriptio, inquit Innocentius in d. c. vlt. de præscript. Nemo autem dixerit malam hanc fidem fictã, bonam fidem esse, non magis quàm bonum esse id, quod malum est.

Nec obstant Doctores allegati à Vasquio ad hoc probãdum, nimirum ex iure Canonico fictam malã fidem, non nocere præscriptioni, sed veram tantùm. Nam Doctores non ita loquuntur, sed hoc dicũt, si defunctus fuerit in mala fide ficta, seu præsumpta, non autem vera, id hæredi nõ nocere, quia cùm ex fictione legis hoc inductum sit, vt mala fides defuncti noceat hæredi, quia videtur esse eadem persona cũ defuncto, id accipiendum est de vera mala fide defuncti, nõ de ficta & præsumpta, neduę fictiones in præiudicium hæredis, quoad vnã & eandem rem contra æquitatem concurrant. Non mihi

A credatur, sed ijs Doctoribus, quos ipse citat, inter quos Couar. est loco omnium in c. Possessor malæ fidei, in 2. parte, §. 9. nu. 6. de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XXVIII.

Error iuris an prosit ad præscriptionem longissimi temporis.

Certum est, errorẽ iuris non prodesse ad vsucapionem & præscriptionem lõgi temporis ex l. 4. ff. de iuris & facti igno. ex l. Nunquã. 31. ff. de vsucap. ex l. 1. §. Si à pupillo. ff. pro emptore. Ceterum, an saltem proficiat ad longissimi temporis præscriptionem, controuersia est. Nam tres sunt Doctorum sententiæ. Vna prodesse, ita docet Paulus Castrensis in l. Celsus, non procul ab initio. ff. de vsucap. & alij multi à Couarruuia citati in

B reg. Possessor malæ fidei, par. 2. §. 7. num. 5. vers. Secunda conclusio, de reg. iur. lib. 6.

Fundamentum est primò in cap. Peruenit, de empt. & vend. vbi nihil de errore iuris dicitur. Secundò, quia in præscriptione longissimi temporis titulus non requiritur, sed bona fides sufficit ex iure Canonico necessaria. Error autem iuris bonam fidem non impedit. l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de petit. hæred. quem textum ideo non rectè allatum existimo, quia non dicit errantem in iure bonam fidem habere, sed prędonem nõ esse. Ius autem Canonicum requirit bonam fidem positiuè, vt loquuntur nostri c. Si diligenti, c. vlt. de præscriptio. Ergo non sufficit malam fidem abesse.

Secunda est sententia, distinguendum esse inter errorem iuris resistentis, & errorem iuris non assistentis, neque resistentis. Priore casu præscriptioni longissimi temporis non prodesse, posteriori autẽ prodesse, ita Couar.

C qui alios citat loco proximè citato, nu. 5. vers. Hæc autẽ secunda conclusio. Ratio est, nam si ius resistat possessori, dicitur esse in mala fide, quia contra iura mercatur. l. Quemadmodũ. C. de agricolis & censitis. Mala fides vero prescriptioni est impedimento, qua de agitur ex iure Canonico, vt dictum est. Si verò non resistat, tũc possessor non est in mala fide, consequẽter prescribere potest.

Sed negari potest consequentia ista, Licet enim possessor non sit in mala fide, non tamen dicitur esse in bona fide. Ius autem Canonicum, vt dixi, requirit bonam fidem, ideo non sufficit malam fidem non esse.

Tertia est sentẽtia, non prodesse simpliciter errorem iuris ad huiusmodi prescriptionem, ita multi docuerũt, quos refert & sequitur Felinus in c. De quarta, nu. 3 4 & seq. de præscript.

Fundamentum est primò in l. 7. ff. de iuris & fact. ign. vbi Papinianus respondit: Iuris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus. Et rursus in l. 8. Errorem iuris in compendijs non prodesse.

D Secundò, quia iuris error non prodest in vsucapionibus. l. 4. ff. eod. tit. cum alijs initio huius capitis adductis. Et licet de longi temporis prescriptione dictæ leges loquantur, tamen eadem ratio est in præscriptione longissimi temporis, ne iuris error prosit ad acquirẽdum, contra iuris regulas, & quia bonam fidem non inducit, licet interdum à mala fide excuset.

Huic sententiæ magis est vt acquiescã, Licet. n. maior sit numerus eorum, qui faueant sñiæ secũdo loco suprà relatæ: Rationibus tamen certãdum est, nõ fautoribus.

CAPVT XXIX.

Error iuris, an prosit ad fructuum acquisitionem?

Inseram hoc loco aliam controuersiam de errore iuris, an videlicet profit ad acquisitionem fructuum, deinde ad præscriptionem reuertar. Tres sunt Doctorum sententiæ. Prima errorem hũc prodesse ad acquisitiuñẽ fructuum.

ita

A ita docent Ancaranus, Cardinalis, & Imolensis in c. Ad nostram. de reb. Eccles. non alienan. Couar. lib. 1. variar. resol. c. 3. num. 8.

Fundamentum est in l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de petitione hæreditatis, vbi Vlpianus: *Et non puto, inquit, hunc esse prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure errauit.*

Altera est sententia, distinguẽdum esse inter errorem iuris, neque resistentis, neque assistentis, & errorem iuris resistentis. Priore casu locus est acquisitioni fructuũ, posteriori nequaquam. Ita Bar. in d. l. Sed etsi leg. §. Scire. Felinus in c. De quarta. nu. 3. de præscript. Abbas Panormi. & Iason. Burrius in c. ad nostram. de reb. Eccles. non alienan. Baldus ad l. Celsus. ff. de vsucap. 4. not.

Fundamentum est, quod ad primũ distinctionis membrum attinet in d. §. Scire, quod autem ad posterius attinet, in l. Quemadmodum. C. de agrico. & censi. in l. 1. C. de fide instrum. & iure hastę fiscalis, libro 10. in cap. Si quis presbyter. or. de reb. Eccl. nõ alien. quibus probatur, eum qui contra iura mercatur, esse in mala fide, ac proinde condemnãdum ad restituendos fructus; nec distinguitur, an iuris error interuenerit, necne.

B Tertia est sententia Pinelli ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. c. 4. num. 34. 35. 36. errorem iuris indistinctè non prodesse ad acquisitionem fructuum.

Fundamentum est in l. 7. ff. de iuris & facti ign. vbi Papinianus respondit: *Iuris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus* & idem Papinianus in l. 8. eod. tit. ait: *Error iuris, nec fœminis in compendiũ prodest.*

Hæc sentẽtia mihi verissima videtur: nec dubito quin contrariæ sententiæ causam præbuerit praua interpretatio tex. in d. §. Scire. Nam non dicit ibi textus, errorem iuris prodesse ad acquisitionem fructuum, sed à mala fide excusare possessorem, propter quam malam fidem, non sicut prædo tenetur eo iudicio petitionis hæreditatis ad fructus, qui percipi potuerunt. Tenetur tamen ad restituendos fructus perceptos, in quantum factus est locupletior, sicut cæteri bonæ fidei possessores. Singula

C sic vera esse demonstro. In l. Et non tantùm. 21. §. Preter hæc. ff. eod. titu. verba Senatusconsulti referuntur, quod ad rem nostram attinet huiusmodi: *Item qui eos bona inuasissent, cum scirent ad se nõ pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quò minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent. Eos autem qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, vsque eò duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

Vlpianus ergo in l. Sed & si lege, quæ est 28. verba Senatusconsulti interpretatur, & in §. Quod autem. sic ait: *Quod autem ait Senatus eos, qui bona inuasissent, loquitur de prædonibus, id est, de ijs, qui cum scirent ad se non pertinere hæreditatem inuaserunt bona, scilicet cum nullam haberent causam possidẽdi, sed & fructus nõ quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos.*

D Postea pergit Vlpianus in d. §. Scire. declarans quis dicatur possessor scire, bona ad se nõ pertinere; ad hunc effectum, scilicet, vt tanquam prædo condemnetur secundùm formam Senatusconsulti, & ita dicit: *Scire ad se non pertinere, vtrùm is tantummodò videtur qui factum scit, an & is qui in iure errauit. Putauit enim rectè factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius præcederet agnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse prædonem qui dolo caret, quamuis in iure errauit.* Hactenus Vlpianus.

Porrò talem in iure errãtem possessorem fructus pręstaturum, in quãtum factus est locupletior dubitari non potest. Nam & ipsi bonę fidei possessores hoc iudicio petitionis hæreditatis fructus reddere cogendi sunt, si facti sint locupletiores. l. 1. C. de petitione hæred. conuenienter Senatusconsulto, de quo in d. l. Et non tantùm. §. Eos autem. ff. eod. tit.

CAPVT XXX.

An titulus ad præscriptionem necessarius, ex longi temporis possessione sit præsumendus.

Requiro ad præscriptionem longi tpis præscriptio requirit bonam fidem, iustũ titulum, & continuatam possessionẽ, vt habemus ex ipsis iuris elementis Iustiniani in Instit. de vsucap. Titulus nõ præsumitur, imò probandus est. l. Nullo. C. de rei vend. l. Diutina. C. de longi tẽp. præscript. Sed quõniam proponit Vasquius controuersiarum illustrium, lib. 2. c. 61. cum aliquot sequentibus, an ex diutina possessione titulus ad præscriptionẽ idoneus præsumendus sit, si allegetur: & vltra quinquaginta argumenta adfert ad probandum eiusmodi titulum præsumendum esse. Eiusdem sniæ authores complures laudat, & contrariæ quoque sniæ commemorat authores; oĩa fideliter mutuatus ex Tiraq. de præscrip. §. 1. Glos. 4. quod falsum non accuso. Illud improbo, q̃ viri doctissimi non sat iuri consona sententia est; nec argumentis nititur satis ad rem hãc idoneis, & Doctorum testimonijs multis abutitur. Singularia ordine demonstrabo.

Non est iuri consentanea doctrina, quia si ex diutina possessione titulus præsumeretur, frustrà Diocletianus diceret: *Nullo iusto titulo præcedente possidentes, ratio iuris quærere dominium prohibet, idcirco cum etiam vsucapio cessat, intentio dominij nunquam absumitur.* l. Nullo. C. de rei vend. Nam possessor diceret se titulum iustum probare ex eo, quod possedit longo tpe, quia ex longa tẽporis possessione præsumitur titulus; quod est absurdũ, & contra legem eiusdem Diocletiani: *Diutina possessio tantum iure successionis sine iusto titulo obtenta, prodesse ad præscriptionem, hac sola ratione non potest.* l. Diutina. C. de pręscript. longi temp. Deberet igitur actor opposita ei longi temporis præscriptione, probare possessorem iustum titulum non habuisse, quo nihil est absurdius. Nam negantis, per rerum naturam nulla est probatio. l. Adseueratio. C. de non num. pecunia. Nec ei qui negat incumbit probatio, sed qui dicit. l. 2. ff. de probation.

Præclarè Celsus ad Sabinum: *Errare eos, ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide possessionem adeptus sit, pro suo vsucapere eum posse, & nihil referre emerit necne, donatum sit necne, si modo emptum, vel donatum sibi existimauerit: quia neque pro legato, neque pro donato, neq; pro dote vsucapio valet, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.* l. Celsus. ff. de vsucap. Ab hoc nõ procul distare is videtur, qui asserit se iusto titulo possedisse ac possidere, si nullum ostendat titulum. Probãdus ergo titulus iustus est, non allegandus solùm. Malè itaque Vasquius, eruditissimus licet Iurisconsultus.

Dixi secundò, Vasquij argumenta non pertinere ad hanc quæstionẽ, & probo. Nam huc ferè omnia tẽdunt, titulum præsumi ex diutina vsurarũ præstatione. l. Cùm de in rem verso. ff. de Vsuris. ex diuturno vsu seruitutis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiua. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. Item titulum beneficij Ecclesiastici ex possessione diuturna præsumi, emancipationemque filij si diu se pro emancipato gessit. l. 1. C. de patria potest. Itẽ in aditione hæreditatis. l. Si aliud. C. de pet. hæred. l. Qui aliena. ff. de acq. hæred. Itẽ legitimum matrimonium. c. Illud. de præsump. Titulum quoque libertinitatis. l. Circa. ff. de probat. Item consensum in alienatione requisitũ à lege vel statuto. Ratificationẽ quoque necessariam. Donationem quoq; ex l. Procula. ff. de probation. Temporisq; diuturnitatem aliàs multũ operari. l. Qui in prouinciali. §. 1. ff. de ritu nupt. c. Licet. de coniugio seruor. Domicilij constitutionem præsumi ex longa habitatione. Transactionem quoque sustinent, c. Contingit. de Transact. Votum continentiæ præsumi, c. Neque viduas. 27. quæst. 1. Initiatum quem sacris esse,

vnionem

vnionem etiam præsumi. Consensumque Episcopi in tali vnione. Consensum, vt alter ex coniugib. ingrediatur monasterium ac religionem. Diuisionem quoque præsumi. Emphyteusim ac feudum. Mutationem voluntatis. Consecrationem Ecclesiæ. Iuramẽtum. Tabellionatum. Priuilegium. Mandatum. Acta iudicialia. Executionem sententiæ ritè factam. Solennia alienationis rerum Ecclesiasticarum. Citationem pactis in instrumenti exemplo sumpto solennitatem. Preterea tempus esse veritatis patrem, & magnam vim habere. Scientiamq; & patientiam, vim habere consensus. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. l. Alienationis verbum. ff. de verb. sig. l. Si quis diuturno. ff. si ser. vend.

Deniq; obliuionem ex longo tempore induci ac præsumi, ac proinde testes haud facilè inueniri posse, qui de titulo testificari valeant: meritò solam tituli allegationem sufficere.

Retuli singulatim hæc argumenta, quoniam ex retulisse, confutasse est. Status nostræ quæstionis est. Si probauero, me rem tuam longo tẽpe possedisse, siue te ignorante, siue sciente (neque enim lex distinguit inter scientiam & ignorantiam. l. vlt. C. de longi tẽporis præscrip.) an titulus, quem allegauero ex diutina possessione præsumendus sit, titulus, inquam, iustus, quem acquisiuerim ab alio non domino, quem dominum esse credebam bona fide, non dico, quem à te domino rei acquisiuerim. Nam si à te causam habuero ad transferendum dominium idoneam, dominus effectus sum. l. Exempto. ff. de act. empt. nec indigeo præscriptione. Titulus ergo iustus ab alio acquisitus non præsumitur: quia argumenta relata probant, in casibus illis expressis titulum præsumi habitum & acquisitum, ex longo tempore nõ ab alio quodam tertio, vt ita dicam, sed ab eo qui soluit, qui passus est, qui aliquid fecit. Ex quo sequitur, si argumenta valerent, id ex eis probari posse; si te sciente & patiente longo tempore rem tuam possedero, videri te cõsensum accommodasse, instamque mihi possidendi causam tribuisse; quod non pertinet ad præscriptionem, vt dixi. Nam præscriptio nõ requirit titulum & causam ab eo qui rei dominus est; sed ab alio non domino, quem dominum esse credebat is qui præscribit.

Et quidem in seruitutibus, quia vsus possessionis pro traditione accipitur. l. Quoties. ff. de seruitu. & patientia vicem obtinet traditionis. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana, obtinuit, vt qui longo tempore vsus fuerit seruitute, *non vi, non clam, non precariò*, habuisse velut iure impositam seruitutem videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. l. Si quis diuturno. ff. si seruitus vend. In alijs rebus corporalibus quia vera traditio locum habere potest, non idem obtinuit. Nec mouet. l. Alienationis. de verb. signif. quia non hoc probat, eum qui patitur rem suam vsucapi, videri titulum tribuere vsucapienti, quia iam illum habet iustum, alioqui vsucapere non posset, sed hoc vult, videri alienare, qui patitur rem suam vsucapi: ratio est, quia cùm eam vendicare possit, & id negligat, videtur cõsentire, vt in alium trãsferatur. Idem iuris est in annuis vsuris, ac præstationibus, de quibus loquitur. l. Cùm de in rem verso. ff. de Vsuris.

Verùm & si scientia & patientia vnà cum diuturna possessione idem in rebus corporalibus efficeret, quod efficit in supradictis, nõ tamen inde efficeretur, titulum ab alio quàm à sciente & patiente præsumẽdum esse. Id Paulus Castrensis rectè annotauit in l. Seruitutes. ff. de seruitutibus. his verbis, non procul à fine. *Sed quid si non allego titulũ ab aduersario, sed à quodam tertio, & ad eius probationem induco tempus longum, dico hoc non sufficere, quia scientia & patientia domini, non facit resultare præsumptionem in facto alieno, sed in proprio.*

Porrò fateri oportet, solennia ex cursu temporis præsumi intercessisse: & temporis diuturnitatem multum operari. Sed inde sequi quod postea ad rem nostram infertur, negari meritò potest quia longe ab ijs differre

A constat, quod in hanc quæstionem venit.

Illud leuissimum mihi videtur, obliuionem testium ex longo tempore esse præsumendum: Id iure non probatur, experientia repugnat. Quis enim obliuiscitur eorum quę ante decenniũ vidit? & nihil ad rem facit; quia titulus probari potest instrumentis & publicis scripturis, non testibus duntaxat.

Postremò, dixi doctissimum virum abuti testimonijs doctorum. Id probo. Nam maior pars doctorum, quos citat, non id quærit, an ex l. Cùm de rem in verso. ff. de vsuris. pręsumatur hoc modo titulus præscriptionis, à quodam tertio habitus, vt verbis vtar Pauli Castrensis loco proximè citato, sed an sicut in annuis præstationibus titulus pręsumitur ex longo tempore; ita etiam in alijs rebus præsumendus sit; titulus, inquam, ab aduersario habitus, qui scit & patitur, nõ à tertio aliquo. Ergo, vt maximè communis sententia, quæ præsumi titulum hunc affirmat, Vasquio adstipuletur, non rectè tamen ad quæ-
B stionem istam accõmodatur, in qua agitur de titulo pręsumendo ab alio, quàm ab aduersario: vt sæpè dixi: Scio tamen nonnullos, quos Baldus cõmemorat, de præscrip. in 1. par. 3. partis princ. q. 10. apertè docuisse titulum ad præscriptionẽ necessarium ex longo tempore præsumi. Sed Bart. contrarium docuit in d. l. Cùm de in rem verso. & multi alij quos citat Baldus loco annotato, & quibus magis est vt calculum meum adijciam.

CAPVT XXXI.

Vtrum is qui ignorat se titulum habere necessarium ad præscribendum, valeat præscribere.



NOn posse eum vsucapere longo tempore, qui titulum habet idoneum ad vsucapionem, si ignoret eum habere, authores sunt Baldus & Salicet. in l. 1. C. per quas perso-
C nas nobis acquiritur, quos Felinus refert in cap. Illud: non procul ab initio. vers. Dicit etiam Baldus. de præscrip. Alios quosdam citat Vasquius controuers. Illustrium, lib. 2. cap. 69. qui hoc non dicunt.

Fundamentum ponunt in l. possessio. §. 1. ff. de acquir. possess. Papinia. *Etsi possessio per procuratorẽ ignoranti quæritur, vsucapio verò scienti cõpetit, &c.* Et in l. 1. C. de acq. possess. Imp. Seuer. & Anton. *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, & postquam scientia interuenerit, vsucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione vtilitatis, quàm iuris prudentia receptum est.*

Falluntur isti. Nam his legibus non negatur, eum vsucapere, qui titulũ possessionis ignorat, sed eum qui possessionem sibi quæsitam ignorat; licet enim ignoranti possessio acquiratur, vsucapio ignoranti tamen non conceditur. Rationem puto hanc esse, quia is qui se possidere ignorat, non habet bonam fidem, hoc est, non credit
D eum dominum qui tradidit. Nescit enim sibi quæsitam possessionem. At si non ignoret sibi acquisitam esse possessionem, licet suæ possessionis titulum ignoret, vsucapere nihilominus potest, Paulus: *Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor non vsucapit. Idemq; est, & si putet conditionem extitisse, quæ nondum extitit. Similis est enim ei qui putat se emisse. Contra si extitit, & ignoret, potest, dici secundum Sabinum (qui potius substantiam intuetur quàm opinionem) vsucapere eum. Est tamen nonnulla diuersitas, quòd ibi cùm rem putat alienam, quæ sit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cum nondum putat conditionem extitisse: quasi nondum putat sibi emisse. Quod apertius quæri potest, si cum defunctus emisset, hæredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse: sed ex alia causa sibi tradi, an vsucapio cesset? sed mihi eum vsucapere posse videtur.* l. 2. §. Si sub conditione. ff. de vsucap. pro emptore.

His postremis verbis clarè & disertè Paulus respondit, eum vsucapere posse, qui titulum suæ possessionis ignorat.

ignorat. Nam hæres ignorabat defunctum emisse. Is quoque qui sub conditione emerat, ignorabat conditionem extitisse: & ideo similis erat illi, qui nõ putabat se emisse, & tamen isti omnes vsucapere possunt ex Pauli sententia, quia substantia rei potius spectanda est, quàm opinio possessoris.

Atque ita rectè docuerunt, Bartolus, Angelus & Ioannes Immolensis in d. l. 2. §. Si sub conditione. Vasquius Controuersiarum Illustrium lib. 2. cap. 69.

Baldi distinctione in tract. de præscript. par. 1. tertiæ partis princip. quæst. 9. opus non est; is dicebat nõ requiri, vt præscribens initio suæ possessionis sciat eius titulũ & causam, & ita accipiendam posteriorem hanc sententiam, sed sufficere, vt sciẽtia tituli superueniat post completam præscriptionem, & ita priorem sententiam accipiendam esse.

Non est, inquam, necessaria hæc distinctio, addo etiã nec iuricõsonam esse, quia siue initio possessor titulum ignorauerit, siue postea, ignorantia tituli præscriptioni non est impedimẽto, ex Pauli responso in d. §. Si sub conditione, & ex ratione Sabini, qui potius substantiam intuetur quàm opinionem, vt ibi dicitur. Si necessaria non est tituli scientia initio possessionis, quod tempus maximè spectandum esse constat, vt bona fides initiu præscriptionis adsit. l. Sequitur. §. De illo. ibi. *Initium vsucapionis intueri debemus.* ff. de vsucap. l. vn. C. de vsucap. transformam. ibi. *Vt in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis præscriptio*, multò minus necessaria erit post inchoatam præscriptionem. Et ideo Bartolus annotauit ex d. §. Si sub conditione, possessori nõ nocere tituli ignorationem initio suæ possessionis, quia non ignorabat initium solum spectandum esse.

CAPVT XXXII.

Bona fides ad præscriptionem necessaria, an præsumatur cùm possessor titulum non habet?

COmmunior doctorum sentẽtia affirmat bonam fidem in possessore præsumẽdam esse, licet titulum non habeat si ius commune non cõtradicit, nec alius possessor antiquior appareat, vt videre licet ex Baldo ad l. Celsus. ff. de Vsucap. in 3. p. nu. 9. Vasquio cõtrouers. Illustrium lib. 2. cap. 79. nu. 15. & cap. 81. nu. 8. Et ex Maschardo de Probationibus, volum. 1. concl. 224. num. 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 5. Præsumpt. 130. nu. 7.

Argumẽta sunt ista. Primum, quia nemo præsumitur delinquere, sed probus esse quilibet præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio.

Sed responderi potest, quæstionem esse de possessore rei alienæ, non propriæ, qui cùm nullam possidendi iustam causam habeat, existimare debet, id quod suũ non est ad alium pertinere. *Omnes enim scire debent quod suũ nõ est id ad alios modis omnibus pertinere*, inquit Iustinianus in l. vlt. C. Vnde vi. Nec solet, cũ de præiudicio alterius agitur, locũ habere præsumptio illa quæ allegatur, quemlibet præsumi bonum, vt notat Glos. in c. Statutũ. §. Cùm verò. de rescript. in 6. laté Menochius de Præsumpt. lib. 5. Præsumpt. 1. nu. 19.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de Euict. Sed nihil probat, quia de emptore loquitur. Emptio enim titulum iustum, ex quo bona fides præsumẽda sit, tribuit: quæstio autem nostra, est de possessore qui nullum habet titulum & iustam causam possidendi.

Tertium est (adfertur à Maschardo) ex l. Si quis emptionis. C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Sed non loquitur de possessore sine titulo, nec vllum verbum continet quod faciat ad rem nostram.

Quartum argumentum eiusdem Maschardi est ex c. 1. de Præscript. lib. 6. vbi S. Pontifex, distinctè loquitur

A de bona fide & iusto titulo, & ait titulum requiri, & tempus annorum 40. in eo possessore, cui repugnat ius commune: alioqui si ius commune non repugnet, fatetur bonam fidem sufficere cũ longissimi temporis possessione.

Nihil prorsus mouet, quia fateor hæc duo diuersa esse, Titulum iustum, & bonam fidem. Item bonam fidem absque titulo generari, & induci posse. Potest enim quis credere iustas ob causas se possidere, & animo domini, atque adeò in bona fide esse, licet titulum non habeat. Sed quæstio nostra est; an talis bona fides præsumenda sit, & nego præsumendam esse. Sed probanda erit à possessore.

Quintum argumentum est ex l. 2. §. Si sub conditione. ff. de Vsucap. pro emptore. Vbi præscriptio locũ habet, licèt quis titulum suæ possessionis ignoret: est enim perinde ac si titulum non haberet, quantum ad bonam fidẽ attinet: Et inde sequitur bonam fidem absque titulo induci posse, quia alioqui non procederet vsucapio.

B Respondeo, nil aliud probari hoc argumento, nisi bonam fidem, esse quandoque absque titulo, quod verissimum est: sed non inde efficitur, præsumendam esse bonam fidem, quia hæc duo simul consistunt, vt possit possessor absque titulo bonam fidem habere, non tamẽ præsumatur habere.

Sextum argumẽtum sumi potest ex l. Igitur. ff. de lib. cau. ex quo dici solet bonam fidẽ induci ex iustis & iniustis caulis: & quamlibet causam etiã iniustam à dolo excusare: quo nihil est ineptius: hoc enim vult ibi Iurisconsultus *Seruum posse sine dolo malo in libertate morari, vt puta testamento accepit libertatem, quod nullius momenti esse ignorat, &c. Et generaliter quoties quis iustis rationibus ductus vel non iustis, sine calliditate tamen putauit se liberum, &c.* ex quo non potest tam generalis propositio sumi, nam I. C. iniustas causas appellat eas, quæ non valent, quod tamen seruus ignorat. Iuris ignorantia excu-

C sat eum à dolo & mala fide, cui cõgruit quod dicit text. io l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de Petitio. hæred. *Eum prædonem non esse, qui ius ignorauit.*

Hoc igitur argomentum non potest ad quæstionem nostram accommodari, quia iuris error non prodest vsucapere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti ignor. l. Nunquam. ff. de Vsucap. Deinde, non dicit Iurisconsultus esse præsumendam causam illam, quæ à dolo excusat; sed supponit eam adesse, concludens si adsit, siue iusta sit, siue iniusta, quæ scilicet ex errore iuris procedit, a dolo excusari.

Postremum argomentum sic fingi potest. Dolus non præsumitur, sed probari debet l. Quoties. §. Qui dolo. ff. de Probation. Ergo nec mala fides quę à dolo nõ procul distat, præsumẽda est. Igitur bona fides præsumi debet.

Respondeo, concedo non præsumi malam fidem, sed dico, neque bonam fidem præsumi. Quare sicut is qui di

D cit alterum in mala fide esse, id probare debet, ita & qui se dicit i bona fide esse, id probare debet iuxta regulam l. 2. ff. de Probatio. fieri enim potest, vt quis nõ sit in mala fide, sed tamen nec bonam fidem habeat.

Non obstat, si dicatur hæc consistere in animo & conscientia possessoris an sit in bona fide, & ideo eius attestationi credendum esse, præsertim iuratæ. Respondeo, nullum in re propria idoneum testem esse, l. Omnibus. C. de Testib.

Contrariam igitur sententiã amplector, cuius authores habeo Innocentium & Baldum in cap. Pertuas. de Testibus, Imolensem in cap. vlt. num. 20. de præscript & Felinum in c. Si diligenti, post num. 4. eod. tit. Ruinum cons. 41. nu. 29. lib. 1.

Fundamentum est firmissimum in l. vlt. C. vnde vi. *Omnes scire debent quod suum non est, ad alios modis omnibus pertinere.* Si ergo quis rem alienam teneat, nec probet vllam causam, ob quam credat eam ad se pertinere, non est in bona fide. Si bona fides præsumenda esset, excusaret se possessor, dicens se credere suam esse. Hanc

excusa-

excusationem reijcit Imperatur tanquam ridiculam.

Nec valet responsio Vasquij, Imperatorem ibi loqui de eo, qui sciebat rem alienam esse: nam id verũ est, sed rationem legis vrgeo, quę si vera est, bonæ fidei præsumptio cessat.

Sed omisso hoc aliorum fundamento. Sic argumentor, ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. l. 2. ff. de Probation. Sed is qui præscriptionem allegat, dicit se bonam fidem habuisse, est enim hoc antecedẽs necessariũ, quia sine bona fide pręscriptio nulla est, cap. vlt. de Præscript. Aduersarius autem id negat. Ergo id probare debet: non is qui negat eum bonam fidem habuisse. Negantis non est probatio, sed asseuerantis. l. Adseueratio. C. de non num. pecunia. l. 2. ff. de Probatiun.

At, inquies, allegãs præscriptionem videtur probare bonam fidem ex iuris præsumptione, quia potius bona fides præsumenda est quàm mala.

Est petitio principij. Id enim in quęstionẽ reuocatur, an bona fides pręsumatur. Nego pręsumi, si nulla probetur iusta possideodi causa. Ex causa enim iusta oritur bona fides: si quis à non domino, quem dominum esse credebat, rem emerit, &c. vt in Instit. de Vsucap. in principio. Si nulla probetur iusta causa possidendi, nullum inuenio in toto iure locum, vbi dicatur bonam fidem præsumi: imò contrarium indicat. l. Celsus. ff. de vsucap. *Errare eos ait, qui existimarẽt: cuius rei quisque bona fide possessionem adeptus sit, pro suo vsucapere eum posse, & nil referre emerit necne, donatum sit necne, &c. si modò emptum vel donatum sibi existimauerit.* Hæc est bona fides, credere sibi donatum aut venditum esse, & tamen non sufficit, subdit enim textus non valere vsucapionem, si nulla dos, nulla donatio, nullum legatum interuenerit.

Ergo titulus necessarius est, ex quo bona fides oriatur, & hæc est bona fides, quę requiritur ad pręscriptionem.

Sed dices hęc in longi temporis pręscriptione locum habere, in qua titulus est necessarius, secus ĩ pręscriptione longissimi temporis, in qua titulus nõ requiritur. Respondeo, iure ciuili nec bonam fidem requiri in pręscriptione longissimi temporis. Sed loquimur nunc secundum ius canonicum, quo bona fides requiritur in omni præscriptione, & ideo hoc respectu, lõgissimi temporis præscriptio non differt à præscriptione longi temporis. Sicut igitur bona fides in longi temporis præscriptione oritur ex iustis causis & titulis, ita & in longissimi temporis pręscriptione. Nec enim est alia bona fides vnius quàm alterius pręscriptionis. Est eadem qualitas non diuersa, vt patet.

Quod si pręteermissis legum testimonijs rationem iuris consulamus, profectò non intelligo, quo ex fonte manare possit hæc bonę fidei pręsumptio ĩ possessore, si nõ probetur iusta possidendi causa. Possumus quidem imaginari id fieri & accidere posse, vt qui nullum titulum suę possessionis ostẽdere possit, sit nihilominus in bona fide. Sed quo pacto id p̃sumere nos debeamus, qui iudices sedemus, nec nisi ex coniecturis & argumentis iudicare possumus, nõ satis intelligo, nam alienę rei possessorem intuemur, causas suę possessionis, ex quibus bona fides descendit, diuinare non possumus.

CAPVT XXXIII.

Præscriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrum corruat, & vires amittat, si constet de titulo vitioso & nullo.

BIs hoc anno respondi nomine huius inclyti collegij iuridici de hac facti specie. Proponebatur quędam ciuitas possedisse rem alienã tempore longissimo, memoriamq; hominum excedente, quę titulum habuerat, nec idoneum ad dominij translationem, nec ad vsucapiendi conditionem,

A pacta locationis. l. Malè agitur. C. de Præscriptionib. lõgiss. temp. 30. vel 40. annor. Vel Emphyt. l. Cùm notissimi. §. vlt. C. eo. tit. Et quærebatur an cùm in mala fide esset, eò quod ex dictis caussis intelligere poterat rẽ alienã esse, præscriptione tamen se defendere posset: Et fuit cõclusum non posse: quia mala fides ita obstat præscriptioni, vt nulla prorsus valeat, vt in cap. vlt. de præscriptionibus, & consequenter nec præscriptio, quam vocamus temporis immemorialis, vt probaui suprà hoc eodem libro cap. 26.

Licet enim maxima sit præsumptio pro eo, qui tanto tempore possedit, veritati tamen eam cedere oporter.

Præclarè S. Augustinus: *Veritate manifesta, cedat consuetudo veritati.* cap. Veritate, dist. 8. & alibi: *Si consuetudinem fortassis opponas aduertendum est, quod Dominus dicit: Ego sum via, veritas & vita, non dixit, Ego sum consuetudo, sed veritas. Et certè, vt B. Cypriani vtamur sententia, quælibet consuetudo, quantumuis vetusta, quantumuis* B *vulgata, veritati omnino est postponenda, & vsus qui veritati est contrarius, est abolendus.* cap. Si cõsuetudinem. eadem distinct. Idem habetur in cap. sequenti, & tota ferè illa distinctione.

Idem igitur & nobis de præscriptione dicere licet. Maxima est vis temporis longissimi, veruntamen si veritas ipsa detegatur, cedere veritati.

Authores pro confirmatione huius sentẽtiæ copiosè recenset Maschardus de Probationibus. vol. 3. conclus. 1371. nu. 38. nu. 43. & nu. 63.

Hanc sententiam inter controuersias referendam putaui, quia contrariũ latè disputat. Vasquius controuers. Illustrium, lib. 2. cap. 81. nu. 11. cuius argumentis respondendum est.

Primum est ex l. Sicut. l. Omnes. l. Cùm notissimi. C. de præscript. longiss. temp. Respondeo nullius esse momenti, quia ius Canonicum spectãdum est, quo cautum C est, nullam præscriptionem longissimi temporis absque bona fide valere. c. vlt. C. de præscript. & alibi.

Secundum est, quia bona fides sufficit, etiam orta ex stulta causa, ex communi Doctorum sententia. Respondeo, si ex errore facti procedat, id esse iuri consentaneũ: si ex errore iuris nequaquã, vt suprà latè disputaui, quia iuris error non prodest acquirere volẽtibus. l. 4. ff. de iuris & facti igno. nec vsucapioni. l. Nunquam. ff. de vsucap. Nec illud testimonium legitimum est, quod sumi solet ex l. Igitur. §. Potest. ff. de liberali causa, vt disputaui cap. præced. quia nõ dicit, bonam fidem oriri ex iniustis causis, sed à dolo quem excusari: nec ad materiam & quæstionem præscriptionis accommodari potest.

Tertium est, quia ex lõgissimo tempore purgatur mala fides. l. vlt. C. Vnde vi, & ideo licet titulus iniustus nocere possit in lõgi temporis præscriptione, quia mala fides ex eo oritur, non tamen nocet in præscriptione lon- D gissimi temporis, quia malæ fidei allegatio & præsumptio cessat.

Respõdeo, vitium atque iniustitiam tituli efficere, vt possessoris mala fides appareat, q̃ iure Canonico inspecto impedit præscriptionem. Nec contrarium probat l. vlt. C. Vnde vi, nec vllum aliud testimonium. Licet enim omnes dicunt, & probabiliter cessare omnem malæ fidei præsumptionem in possessore temporis longissimi, non tamen id obstat, quia non præsumptionibus hic agitur, sed veris probationibus malæ fidei, quæ ex titulo iniusto perspicuæ sunt & certæ.

Quartum argumentum est, quia licet titulus iniustus appareat, potest tamẽ alium titulum possessor habuisse, titulum & idoneum, & bonam fidem, & hoc præsumendum videtur ex possessione tanti temporis.

Respondeo, fieri quidem id potuisse, sed nego præsumendum esse. Nam nulla lex hoc dicit, nulla ratio id suadet. In claris enim, non est opus coniecturis. Certè vulgaris est regula inter Doctores. Præsumitur quis possidere ex titulo, pręambulo. l. 2. C. de acq. poss. l. Quędã mulier.

ff. de

ff. de rei vend. Præsumi autem quem possidere ex alio titulo, quem non ostendit, cùm ostendatur contra illum, titulus ex quo possidere cœpit, nec veteres dixerunt Iurisconsulti, nec satis rationi consentaneum videtur.

Quintum argumentum est; quoniam tanti temporis præscriptio nullum titulum requirit. Ergo licet titulus adsit, & non idoneus, nil obstare poterit, argum. l. Vni, C. de rei vx. act.

Respondeo, negando consequentiam. Titulus enim vitiosus & iniustus, malam fidem inducit, Mala fides præscriptionem impedit. Aliud est in stipulatione dotis inutiliter adiecta, quia illa vitiatur, & nõ vitiat, hoc est, non impedit tacitam illam a lege fictam, atq; inductam stipulationem. Sic dicimus nonnunquam expressa nocere, quamuis omissa tacitè intelligi potuissent, nec essent obfutura. l. Nonnunquam. ff. de cond. & demonstr. Titulus ergo iniustus nocet, quia malæ fidei est argumẽtum. Si nullus titulus sit, procedit temporis longissimi præscriptio, quia mala fides non apparet.

Sextum argumentũ est ex iure, quod tribuit ipsa per se temporis memoriam hominum excedentis præscriptio. l. Hoc iure. § Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æstiua. c. 1. de præscript. lib. 6. cap. Super quibusdam. § Præterea. de verb. sig. l. 2. ff. de aqua plu. arc. vbi *vetustas pro lege habetur, minuendarum litium gratiam.*

Respondeo, maximam proculdubio esse tanti temporis authoritatem, sed vt suprà diximus, illa cedit veritati; nec enim rationem vincit, aut legem, nec præfertur veritati. Quare si ex iniusto titulo appareat iniusta rei alienæ occupatio, & mala fides, non est habenda ratio temporis & vetustatis.

Septimum argumẽtum est ex authoritate eorum, qui dixerunt, tanti temporis præscriptionem inducere præsumptionem iuris, & de iure, quæ non recipit probationem in contrariũ. Respondeo, alios multos contrarium docuisse, quos commemorat Mascardus loco superiùs allegato, hoc est, vol. 3. de probationibus, conclus. 137. numero 38.

Postremum argumentum est ex authoritate eorum qui in terminis quæstionis huius docuerunt, titulum iniustum non nocere præscriptioni temporis, memoriam hominum excedentis.

Respondeo paucos ex citatis à Vasquio id docuisse, sicut vidi ego, & alij videre potuerunt. Plurimos verò contrarium voluisse, qui à Mascardo citati sunt loco superiùs allegato. Quare si authores authoribus cõferantur, æquum iudicem secundũ nos litem daturũ confido.

CAPVT XXXIV.

An mala fides respectu vnius, impediat præscriptionem respectu alterius?

Concludam hanc materiam præscriptionis insigni hac controuersia, an mala fides superueniẽs respectu vnius, præscriptionem, impediat respectu alterius. Exemplum sit: per litis cõtestationem possessores efficiuntur malæ fidei. l. Sed etsi lege. § Si ante. ff. de petitio. hæred. l. Nemo. C. de acq. poss. vbi præclarè Constantinus: *In interpellatione verò & controuersia progressa, nõ posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet ac dubitet.* Ergo si Titius litem possessori intendat, & succumbat, quia verus dominus non est: Quæritur, quia præscriptio interrupta est respectu Titij, an possessor aduersus Caium, qui verus dominus est, præscribere valeat, si respectu ipsius Caij possessor sit in bona fide.

Et præscribere posse censuerunt Bartolus ad l. Naturaliter, ff. de vsucap. num. 12. Antonius Butrius in cap. Illud. de præscript. alios citat, cummunem dicens Socinus senior in consil. 47. numero 17. lib. 3.

A Contrarium responderunt Aretinus in cons. 17. ante num. 12. & in l. 1. § Item acquirimus. ff. de acquir. possess. nu. 56. & in l. 3. § Neratius, col. vlt. eod. tit. & alibi. Abbas Panormitanus in c. Illud, de præscript. & alij, quos refert & sequitur Couar. in 2. parte relect. § 8. num. 5. ad c. Possessor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6.

Prioris sententiæ fundamentũ est, primò in l. Si quis fundum. ff. de acq. possess. vbi mala fides respectu vnius iuris, nimirum vsusfructus, vel hypothecæ, non nocet præscriptioni alterius iuris. Secũdò, in l. Qui balneum. § Titia. ff. Qui potiores in pig. habeantur, vbi mala fides respectu vnius condiptoris, cui res erat oppignorata, non nocet respectu alterius. Tertiò, in l. Fulcinius. § Quid si aduersus. ff. Ex quib. cau. in possess. eatur. vbi Pomponius spectauit, an aliquis latitaret aduersus omnes, an verò aduersus aliquos tantùm.

B Posterioris sententiæ fundamentum est primò, quia iste possessor est in mala fide, cùm sciat rem alienam esse, licet non sit eius, cuius ipse putat: Ergo præscribere non potest. c. vlt. de Præscr. Secundò, in l. Aut qui aliter. § Si quis dum putat. ff. Quod vi aut clam; *Si quis dum putat locum suum esse, qui meus est, celandi mi non mei causa fecerit, mihi interdictum competere.* Sic Vlpianus ibi. Tertiò, in l. 1. § Sed & per eum. ff. de acq. possess. vbi respõdetur, hominis verè liberi possessorem non acquirere per ministerium illius, quem existimabat bona fide seruum esse; sed tamen mala fide credebat, eum alterius seruum esse. Hic enim possessor bonam fidem habet, quia existimat hunc seruum esse, habet tamen malam fidem respectu alterius, quem censet dominum esse illius hominis; quæ mala fides totam possessionem vitiosam reddit.

Mihi de hac re cogitanti hæc monenda visa sunt. Primùm, argumenta prioris sententiæ nullius esse momenti: quia nun probant aliud, quàm malam fidem, respectu
C vnius iuris, non impedire præscriptionem respectu alterius iuris diuersi, Puta mala fides respectu vsusfructus præscriptionem non impedit, quoad proprietatem. Item mala fides respectu vnius hypothecæ, quæ res differt à quæstione proposita.

Secundo, in exemplo superiùs allato, nimirum cùm mala fides inducitur per litis contestationem cum vno factam, non impediri præscriptionem respectu alterius, rem videri mihi perspicuam, quia. f. præscriptio non impeditur. Primo, quia acta inter alios alijs neque nocent, neque prosunt. Toto tit. C. Res inter alios acta. Deinde, quia non fuit inducta vera mala fides, per litis contestationem, sed dubitatio quædam, & vacillatio, sic enim loquitur Constantinus in d. l. Nemo. C. de acq. posses. Dubitatio autem orta post inchoatam præscriptionẽ illam non impedit, si dubium speculatiuum sit, non autem practicum, vt dilexui & probaui in prima parte Controuersiarum lib. 1. cap. 65. Tertiò, quia in vsucapionibus veri-
D tas spectatur, nõ opinionis error, vt patet ex l. 2. § Si sub conditione. ff. de vsucap. pro empt.

Tertiò, Extra dictum exemplum litis contestationis: si quæstio proponatur, aduertendum puto, hãc quæstionem propositam, an mala fides respectu vnius, impediat præscriptionem respectu alterius, duobus modis intelligi posse. Primò, de mala fide, hoc est, de scientia rei alienæ. Cùm videlicet possessor post inchoatã præscriptionem, conscientiã habet rei alienæ; licet nesciat verè cuius sit, imò putet vnius esse, cũ sit alterius. Error iste non vẽ possessori suffragari posse; quia satis est eũ scire, rem alienã esse. Hoc est enim quod sanctus Põtifex ait in d. c. vlt. de præscript. oportere vt nullo tpe possessor rei conscientiam habeat alienæ. Hic verò conscientiam hãc habet. Igitur præscriptio nulla est. Secundò, quæstio intelligi potest, malam fidem respectu vnius, nõ verum possessori superuenire; sed opinionem quandam falsam qua scilicet existimabat (falso tamen) rem esse Titij, qua dubitatione sublata, ac cessante, alioqui suã esse non dubitasset.

tasset. Suspicabatur verò Titij esse, errore quodam & falsa opinione inductus. Iste non est in mala fide: nec enim rei alienæ conscientiam habet, sed suspicionem ac dubitationem habet. Ideo siquidem initio præscriptionis id acciderit, quia bona fides requiritur, non vsucapiet. Si postea; vsucapiet, quia dubium est speculatiuum. Dubitat enim, an res sua sit; existimat Titij esse; sed non putat se peccare eam rem possidendo, donec de iure Titij cõstiterit, vt declaraui dicto lib. 1. c. 65.

CAPVT XXXV.

Ad l. 3. & l. 5. C. finium regundorum, vbi de quinque pedum præscriptione agitur, & ad l. vlt. eod. tit.



Mperator Constantinus: *Si quis super sui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniã, quæ proprietatis controuersia cohæreat, prius possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipiatur ad loca, vt patefacta veritate huiusmodi litigiũ terminetur*, & c. l. 3. C. finiũ regund.

Quæstio de finibus proprietatis controuersiæ cohærere dicitur, si quæstio sit vltra quinque pedes, quòd forte vicinus aliquam agri partẽ occupasse dicatur, vt declarat Alciatus in Commentarijs, de quinque pedũ præscriptione, nu. 11. & probatur ex l. 5. C. Theodosiano fin. regundo. De possessione controuersia; nihil pertinet ad mensoris disciplinam: sed quæstionem possessionis, sequitur quæstio finium, in qua potissimùm ars mensoris valet: & hoc est quod ait lex: *Prius possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipiatur ad loca*, vt bene annotauit Cuiacius lib. 2. obseruat. cap. 2. Ergo in hunc modum accipienda erit veterum expositio in commentarijs d. l. 3. & in §. Quædam, in Institut. de actionibus. Cùm dixerunt, priùs cognoscẽdum esse de possessione, deinde de proprietate, vt sensus sit, prius de possessione, cognoscendum esse, deinde agrimensurem ad loca mittendum, vt proprietatis causa dirimatur, scilicet à Præside prouinciæ: *Cùm de maiori spatio causa quadam non finalis, sed proprietatis apud ipsum Præsidem debeat terminari*, vt ait tex. in d. l. 3. C. Theodos. Controuersia enim de quinque pedibus per agrimensorem terminabatur ex l. Mamilia.

Atque hic est verus sensus d. l. 3. Nunc de quinque pedum præscriptione, de qua agitur in l. 15. eod. tit. aliquid inseram, ait lex. *Quinque pedum præscriptione submota, finalis iurgij, vel locorum libera peragatur intentio.*

Explosa Accursij, Castrensis & aliorum veterum expositione, assentior Alciato in commentarijs huius loci, Nicolao Vallæ de rebus dubijs, Tractatu 8. circa finem, Cuiacio ad l. 4. circa finem. ff. de vsucap. Gregorio Tolosano. parte 3. Syntagmatis, lib. 39. cap. 13. nu. 15. hanc legem ita enarrantibus. Inter agrorum vicinorum prædia rustica cõstitutis finibus, quinque pedum spatium relinquendum esse, quo ire vterque dominus & vicinus posset: Et vt eo loco circumuerti ataitum posset, & eiusmodi spatium vsucapi non posse. Sicut nec lege 12. tabularum, teste Cicerone libro 1. de legibus, dum ait: *Controuersia de finibus nata est, in qua quoniam vsucapionem 12. tabulæ inter quinque pedes esse noluerunt*, & c. Et hanc esse legis huius sententiam, quod luculẽter probatur ex l. vlt. C. Theodos. eodem titu. in illis verbis: *Ac de eo tantum spatio, hoc est, pedum quinque, qui veteri iure præscripti sunt, siue obserua ione temporis arbitros iussimus iudicare*, & c.

Sed quid est, quod ait l. vlt eodem tit. *In finali quæstione non longi temporis, sed triginta tantummodò annorum præscriptionem locum habere?* Nunquid his verbis etiam quinque pedum spatium includitur, vt videlicet triginta annis præscribi possit? Præclarè Alciatus: *Quamuis per recentiorum Cæsarum leges generaliter fuisset constitutum, vt omnis actio, omnis res spatio x. vel xx. vel xxx. vel xl. annorum acquireretur, huiusmodi tamen generales constitutiones ad eum casum trahendæ non sunt, in quo specialiter lege veteri prouisum erat. l. Sciendum. ff. Qui satisd. cog. Vnde sequitur, vt cùm specialiter 12. tabulæ vsucapionem inter quinque pedes esse noluerint, nec hodie quidem, quamuis prorogato tempore, vsucapioni sit locus, & noua lex à vetere declaretur.*

Sed vereor, vt hæc sentẽtia rectè defendi possit: Cùm finalis quæstio propriè dicatur, quoties de quinque pedum spatio agitur, vt patet ex d. l. 3. C. Theodosiano fin. regũd. licet dicatur etiam cùm de maiori spatio agitur. Verbis igitur tam apertis, tam generalibus magis est, vt inhærendum putem, quàm eruditis rationibus Alciati.

CAPVT XXXVI.

Ad l. Maioribus. 3. C. commu. vtriusq; iudicij, & de diuisione facta per sortes, an rescindi possit, & an læsio vltra dimidiam requiratur, vt diuisio rescindatur.



Iocletianus: *Maioribus etiam per fraudem & dolum, vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri: quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur*. lege tertia, C. commu. vtriusque iudicij.

Non dubito quin vera sit communis expositio, quæ hanc legem accipiẽdam vult de diuisione dolo vel fraude inita, vel perperam, idest, malã, nõ rectè, iniustè, quia scilicet ex ea grauiter quis læsus fuerit. Nihil enim interest, dolus intercedat, vel ipsa res in se dolum habeat. l. Si quis cum aliter. ff. de ver. obli. Idq; indicant illa verba: *Quod inæqualiter factum esse constiterit*. Licet legem istam de diuisione, dolo, & fraude, duntaxat inita accipiendam esse, nõ improbabiliter quis dixerit ex verbis eiusdem legis, quę ex Gregoriano Codice apud Cuiaciũ relata sunt in Consultatione veteris cuiusdam Iurisconsulti. Sic enim habent: *An diuisio quam iam factam esse proponis, cõuelli debeat, Rector prouinciæ præsente parte aduersa diligenter examinabit: Et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus perperam factis diuisionibus soleat subueniri, quod improbum atque inæquabiliter factum esse constiterit, in melius reformabit.* Verumtamen non tanti sunt facienda hæc, vt à verbis claris Codicis Iustiniani recedamus, qui nunc solus authoritatem habet.

Illud controuersum est, an diuisio facta per sortes, quæ alteri ex diuidentibus grauem intulit læsionem rescindi possit. Etenim affirmant Baldus & Castrensis in explicatione d. l. 3. Ploeus in comment. de in litem iurando. §. 15. num. 4. & alij multi, quos commemorat Tiraquellus de iure primogeniorum, q. 17. in prima opinione, num. 97.

Sed contrarium videri potest idem Baldus sensisse ad l. ait Prætor. §. vlt. ff. de minoribus dum ibi negat minoribus 25. annis in integrum restitutionem concedendã, si diuisione facta per sortes, lædantur, quia scilicet deteriorem partem habuerint, refert & sequitur Natta in cons. 631. nu. 23. lib. 3. sed Sfortia Oddus post Tiraquellum hanc Baldi sententiam restringit, vt non procedat, cùm enormis læsio ex diuisione ortur in tract. de in integrum restit. par. 2. q. 66. artic. 4. circa finem, licet verba Baldi hanc non ferant interpretationem, vt obseruauit Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. par. 2. c. 1. nu. 7.

Quamobrẽ Pinellus ipse in quæstione proposita, hanc distinctionem adhibuit, vtrum videlicet sortes per errorem tam inæqualiter factæ sint, an verò scientibus ipsis diuidentibus. Priore casu subueniendum putat læsis, etiam maioribus quia forsitan si sciuissent, ius suum sorti non commisissent. Posteriori non item, quia scienti & volenti non fit dolus, nec iniuria.

Quæ

Quæ distinctio licet non placuerit Emanueli Soarez in suis ad Pinellum annotationibus, mihi tamen mirum in modum placet: Sed necesse est, vt prius expendamus, quàm bono innixa sit fundamento Baldi, tum aientis, tum negantis sententia.

Fundamentũ Baldi affirmantis diuisionem per sortes factã, rescindi posse propter læsionẽ, positũ est in coniũctione duarum legum. Prima est l.3.C.comm. vtriusque iud. quæ maioribus subueniẽdum declarat perperam factis diuisionibus. Altera est l.2. C.quãdo & quibus quarta pars.lib.10. quæ diuisionem per sortes fieri permittit. Nam si diuisio fieri per sortes potest, & rursus diuisio perperam facta rescinditur, cõseqnens videtur eam quoque diuisionem rescindi, quæ per sortes facta est.

Sed hoc fundamentum ideo mihi videtur infirmum, quoniam l.3. loquitur de diuisionibus factis per dolum, vel fraudem, vel perperam, id est, non rectè, & iniustè. In sortibus autem nullus dolus est, nulla fraus, nullaque iniustitia esse potest, quæ causa est, vt iudicium p sortes non rarũ legibus approbetur. l. si quæ sunt cautiones. ff. fam. hercisc. l. vlt. C. cõmu. de leg. l. Generaliter. §. Quid ergo si plures. ff. de fideicõmissa. liber. l. Sed cùm ambo. ff. de iud. l. 2. C. quando & quibus quarta pars, lib. 10.

Fundamentum verò Baldi negãtis diuisionem rescindi posse, est in l. Verum. §. Sciẽdum. ff. de Minoribus, ibi: *Nec euentus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas.* Addit Pinellus l. De fideicommisso. C. de Transact. Addo ego omnes leges quibus edocemur, læsionẽ allegari non posse, cùm conuentio dubia est, & incertus euẽtus eius, an lucrum, vel damnum allaturus sit, l. Si ea pactione. C. de Vsuris. l. Si ea lege. C. eo. l. vlt. C. de pactis. Alia testimonia citat Tiraquellus ad l. Si vnquam. in verbo. Donatione, nu. 131. C. de reuo. donatio.

Sed hoc argumentum locum habere potest, quando vel necessitas id postulat, vt sorti res cõmittatur, vel lex mandat, vel vtriusque partis consensus interuenit. Verùm si nullo iure præcipiente, nulla vrgente necessitate, aut altero ex diuidentibus nesciente sortis ducendę conditionem ac modum, id fiat partibus inæqualibus cõstitutis, nil proponi video, cur grauiter læso ex hac sortis missione subueniri non debeat: Neque enim is qui ignorauit, consentire videtur in dubium illum fortunæ euentum. Atque hæc est Pinelli distinctio, quam dicebam mihi magnoperè probari.

Excipio minores 25. annis, quibus etiã scientibus modum & conditionem sortis inęqualis succurrendum puto, per in integrũ restitutionẽ. Quis enim negauerit imprudentis esse atque adeò incõsultæ facilitatis ius suum certum dubiæ sortis aleæ committere? nisi sortes ducantur, cùm aliter commodè res diuidi nõ potest, tũc enim non videtur circumscriptus minor, qui iure communi vsus est. l. vlt. C. de integ. restit. minorum.

Sed alia controuersia oritur, an vt inęqualis diuisio rescindatur, necessaria sit lęsio vltra dimidiã. Communior enim sentẽtia affirmare videtur. Vide Cagnolum ad l. 2. C. de rescin. vẽd. nu. 59. & Pinellum in 2. parte, c. 1. Ideo dicebat Baldus actorẽ debere alternatiuè petere, vt vel diuisio rescindatur, vel iustum preciũ suppleatur; cui tamen in hoc articulo aduersantur Petrus, Cynus, & Albericus, Fulgosius, & Ioan. Faber, à Pinello relati.

Fundamentum relatæ communis sententiæ est, quia diuisio vicem emptionis obtinet. l. 1. C. cõmu. vtriusque iudicij. Emptio autem & venditio rescinditur propter læsionem vltra dimidiam, d. l. 2. C. de rescin. vend.

Sed vt rectè animaduertit Pinellus, nec l. 3. requirit læsionem vltra dimidiam, neque reo cõuento electionem tribuit, sicut l. 2. C. de rescin. vend. Idem monet Modernus Parisiensis de Commercijs, q. 14. nu. 182.

Quare ego in hanc sententiam venio, non requiri læsionem vltra dimidiam; quia textus dicit: *Quod inæqualiter factum erit, in melius reformabitur.*

In emptione, & venditione, & similibus cõtractibus,

A qui ordinati sunt, & cõstituti, mutui commercij gratia, quia contrahentibus permissum est, se inuicem in precio decipere, & circumuenire. l. In causæ, 17. §. Idẽ Pomponius. ff. de minor. l. Itẽ si precio, §. vlt. ff. locati. idcirco ob modicam læsionem non rescinditur contractus. l. Si voluntate. C. de rescind. vend. In alijs aliter respondendum videtur, puta in societate, Deposito, Commodato, Pignore, tutela, & similibus; ac proinde etiam minor læsio, quam vltra dimidiam sufficere debet, vt rescindantur, nec. n. lex læsionem vltra dimidiam exigit. Id patet ex d. l. C. commu. vtriusque iud. l. In contractibus. C. ex quibus causis maio. l. Si superstite. C. de dolo. l. 1. C. de erro. calculi, & similibus, quibus nulla fit mentio læsionis vltra dimidiam, sed rescissionis ob grauem læsionem.

CAPVT XXXVII.

B *An lex vlt. C. de sacrosanctis Ecclesijs vnum vel tria priuilegia contineat?*

ADduci non possum vt credam l. vlt. C. de sacrosanct. Ecclesi. continere tria priuilegia, nimirum præscriptionis centum annorum. Item dominij translationis, absque traditione in rebus venditis, & donatis Ecclesijs, Ciuitatibus, captiuis, & pijs locis, & denique tacitæ hypothecę: sed magis est, vt vnum duntaxat singulare priuilegium centum annorum præscriptionis concessum putem in hac lege, quę sentẽtia olim fuit Azonis, Petri & Cyni: & fundamentũ meum est, in ipsis verbis legis, quę nullam prorsus mentionẽ faciunt alterius, quã huius priuilegij centenarię pręscriptionis. Nemini autem in Iustiniani legibus versato ignotũ est, quanto præfationis apparatu vti soleat, cum aliquod singulare priuilegium cõcedit cõtra iuris regulas, Causam adferre solet, cur singulare ius statuat, omniaque clarè

C prosequi, & disertè explicare. Sicut vel in hac lege pspicuè cernitur, cũ ait: *Vt inter diuinum publicumq; ius, &c.* Deinde statuit, quod in ea legitur de centenaria præscriptione, in rebus venditis, donatis, &c. Erat autem etiam expressè decernendum istarum rerum dominium, ipso iure sine possessionis traditione transire in Ecclesias, Ciuitates, pia loca, & captiuos, quia regulę iuris exigũt traditionem. l. Traditionibus. C. de pactis. l. Si ager. 51. ff. de rei vend. Sed nihil eiusmodi continetur, nil etiam de tacita hypotheca. Ergo non est verisimile, Iustinianum voluisse ea lege tria singularia priuilegia constituere. Sed vnum duntaxat constituere voluisse pręscriptionis centenarię, quod ipse luculenter exprimit, maiorem habet verisimilitudinem.

Scio Accursium, Bart. Castrens. Salic. & alios magis communiter tria priuilegia iã dicta, huic legi attribuisse, sed vix moueor his argumentis, quibus ipsi nituntur. Primum est in illis verbis: *Sine itaque memoratis religiosissimis locis, vel Ciuitatibus hæreditas, vel legatum, vel fideicommissum fuerit relictum, siue donatio, vel vẽditio processerit, &c. sit eorum penè perpetua vendicatio.* Vẽdicatio domino competit, ergo dominium translatum est.

D Rñdeo, vendicationis verbum ibi referẽdum esse ad res legatas, & per fideicommissum relictas, licet enim referatur etiam ad res donatas, tamẽ id minus propriè accipiendum est. Nec nouum est, illud verbum sic aliquando accipiendum esse, vt ad multa relatum partim propriè, partim impropriè intelligatur, vt in l. Per diuersas. C. mand. ibi. *Cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant iura sua vendicare, quàm ad alios transferre velle:* Vbi Glos. *Largè*, inquit, *pone vendicare, vt etiam contineat actionem personalem.*

Secundum argumentum est ex illis verbis: *In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem & hypothecariam.*

Respondeo, etiam verba sequẽtia adiungenda ac perpendenda esse, sic enim habent: *Secundum nostra consti-*

tutionis tenorem, quæ legatarijs & fideicommissarijs & hypothecariam donauit. Cócedit ergo Imperator tres actiones, secundum suæ Constitutionis tenorem. Constitutio autem illa tres actiones concedit, pro rebus legatis, & per fideicommissum relictis, non auté pro rebus venditis vel donatis, vt videri potest ex l. 1. C. commu. de legat. vbi illa constitutio continetur. A

Respondet Salicetus, hanc interpretationem locū habere non posse, quia textus dicit: *In his autem omnibus casibus*, omnes autem casus superins expressi, non solùm pertinét ad res legatas, & per fideicommissum relictas, sed etiam ad res venditas & donatas. Alioqui si ad res tantùm legatas pertinerent, vnus solus casus esset, non autem omnes.

Replicatur, omnes casus superius expressos contineri hoc modo, vt scilicet tam Ecclesiæ, quàm Ciuitates, & pia loca, & captiui tres habeãt actiones, pro rebus legatis & per fideicommissum relictis, quia sequétia verba, *secundum nostræ constitutionis tenorem*, ad hæc tantùm legata & fideicommissa referuntur. B

Respondet Iason illa verba, *secundum nostræ constitutionis tenorem*, non restringere præcedentia verba, quantum ad casus expressos; sed quantum ad modum; vt sensus sit, tam in rebus legatis & fideicommissis, quàm donatis, & venditis, tres actiones competere, secundum tamen modum & formam constitutionis suæ.

Replicatur, id non esse verisimile, quia sic extenderet Imperator constitutionem suam, quæ de legatis & fideicommissis loquitur, etiam ad res donatas & véditas Ecclesijs, Ciuitatibus, & alijs expressis in hac lege: quod si facere voluisset, alia verba adiecisset dicens, quam nostram constitutionem etiam ad res donatas, & venditas suprà dictis porrigimus, extédimus, &c. Dum autem refert se simpliciter ad tenorem suæ constitutionis, non licet nobis eam extendere, sed relatum esse in referente, interpretari debemus, cum omnibus suis qualitatibus, secundum iuris regulas nouissimas. C

CAPVT XXXVIII.

Vtrum in Ecclesiam, & pias causas, ac Ciuitates, quibus hæreditas per fideicommissum restituenda est, transeant iura absque reali vel verbali restitutione.

EX his quæ dicta sunt in præcedenti capite palam esse vr̃, haud quaquam consistere posse eorum sententiá, qui ex l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. colligunt, in Ecclesias, Ciuitates, & pia loca, quibus ex fideicommisso hæreditas restituéda est, iura hæreditaria transire, absque verbali vel reali restitutione, licet in cæteris aliter sit constitutum, vt notum est ex l. Facta. ex l. Restituta. ff. ad Trebel. ex §. Restituta. instit. de fideicom. hæred.

Ita docuerunt Bart. in d. l. vlt. & in quæst. 13. incipiente, Filium adultum, Paulus Castrensis, Iason in d. l. vlt. & alij quos commemorat Tiraquel. de priuilegijs piæ causæ, Priuilegio 39. D

Fundamentum enim eorum non est firmum, sic ipsi ratiocinantur. Dominium transit in Ecclesiam, & Ciuitaté, & pias causas, absque restitutione, Ergo nulla opus est restitutione reali vel verbali. Nam quod textus d. l. vlt. ait de hæreditate istis relicta, laté accipiũr, siue directò relicta sit, siue per fideicommissum. Rursus qđ text. dicit de fideicómissis, latè accipiendum tam singularib. quibus scilicet singulę res relictę sunt, quàm vniuersalibus, quibus hæreditas tota, vel eius pars relinquitur.

Non est ita; quia Iustinianus Imperator in d. l. vlt. refert se ad constitutionem, quam pro legatarijs, & fideicommissarijs fecit in l. 1. C. commu. de leg. ibi verò non loquitur de hęreditate directò vel per fideicommissum relicta, sed de singularibus legatis, & fideicommissis, pro quibus consequendis, tres concedit actiones.

Addunt aliqui pro communiore sententia textum in §. Si quis autem pro redemptione, in Authent. de Ecclesiasticis titulis, vbi dicitur, *Episcopum vendicare posse* relicta, pro redemptione captiuorum.

Sed nihil iuuat hanc sententiam, quia intelligédus est de legatis & fideicommissis particularibus, vel si de vniuersalibus fideicómissis intelligatur, interpretari debet secundum leges, quibus constitutum est, vt fideicómissarius res vendicare possit, facta sibi verbali vel reali restitutione. l. Facta. l. Restituta. ff. ad Trebell.

Contrariam igitur senténtiá, quam Baldus, Fulgosius, & alij à Tiraquello annotati, loco proximè citato, secuti sunt, amplector, nimirum nihil ea in re specialiter cótra iuris regulas constitutum esse fauore Ecclesiarum, Ciuitatum, & piarum causarum, & locorum, & idcirco restitutionem verbalem siue realem requiri, vt iura trásfeant ex Trebelliano S.C. in fideicómissarium, de quo agitur.

Pugnat pro hac sententia iuris regula, quę requirit restitutionem verbalem vel realem, vt dictum est. Nec n. reperitur contrarium, singulariter his casibus, constitutum. Iuuat eam quoq; l. omnibus. ff. ad Trebel. vbi I.C. ait: *Omnibus ciuitatibus, quæ sub Imperio Romano sunt, restitui debere, & posse hæreditatem fideicommissariam, & actiones in eas ex Trebelliano transferri.*

CAPVT XXXIX.

Ad l. 1. C. de Sacrosanctis Ecclesijs.

IMperator Constantinus ad populum. *Habeat vnusquisq; licentiam sanctissimo, catholico, venerabiliq; Concilio, decedens bonorum quod optauerit relinquere, & non sint cassa iudicia eius. Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.* lege prima, C. de sacrosanct. Eccles.

Rectè Alciatus hanc legem enarrás ait: *Quoniam ante Constantinum Magnum collegia Christianorum damnata erant, eorum ille professionem primus Cæsarum syncera fide amplexatus, constituit vt quilibet facultatem haberet, quantum vellat, generali ipsius Ecclesiæ relinquendi.* Illud non rectè quod subdit: *Fuitq; tunc hæc lex intellecta, vt non ideo Clericis, & Monachis relinqui posset, aut particulari templo: Cuius rei rationem D. Hieronymus quadam ad Nepotianum Epistola his verbis attingit. Pudet dicere, Sacerdotes idolorum, mimi, & auriga, & scorta hæreditates capiunt, solis Clericis & Monachis hoc lege prohibetur, &c. Vnde apparet,* inquit Alciatus, *recentiorum interpretatione factum, vt aliter hæc lex nostro seculo, aliter in primitiua Ecclesia intelligeretur.*

Non rectè, quia S. Hieronymus loquitur de lege Valentiniani, Valentis & Gratiani, qui longè post Constantinum Magnum imperarunt. Hisce iustas ob causas prohibuerunt Clericis & Monachis aliquid relinqui, in vltima volũtate, à mulieribus, quibus se priuatim prætextu religionis adiungebant, vt constãt ex l. 20. C. Theodosiano de Episcop. & Clericis, et diligéter explicat Illustriss. ac Reuerendiss. Cardinalis Baronius in 4. tomo Annalium Ecclesiasticorum anno 370.

Ab eodem lapsu nó procul abest Fornerius lib. 3. selectionum cap. 28. dum scribit, ante hanc legem Constantini vetitum fuisse lege suprà dictorum Valétiniani, Valentis, & Theodosij, Clericis & Ecclesijs legari. Nam inter omnes constat, non hos Imperatores ante Constantinum Magnum, sed contra, ipsum ante eos vixisse, et imperio potitum esse.

Sed his omissis, maiores mométi disputatio oritur, an vera sit Bartoli sententia in explicatione huius legis, quem Baldus ioci gratia Saturninum vocat, quoniá scilicet id dixerit, quod nec vsquã relatũ est, nec vnquam receptum,

receptũ, vt de Saturnino Vlpianus scribit in l. 1. ff. de Senatorib. Bartolum tamen secutus est Paulus Castrẽsis, & Alciatus dixit eius sentẽtiam defendi posse. Existimauit Bartolus hanc legem ita accipiendam esse. Primò, vt vnusquisq; etiam non idoneus iure ciuili ad testãdũ, puta filiusfam. mutus, surdus, & similes, testamento legare possint bona sua Ecclesiæ. Secundò, eiusmodi testamentum valere, licet omnibus solennibus destitutum sit. Tertiò, hanc legem interpretatione restringendam ad eos, qui in articulo mortis constituti testantur. A

Priorem expositionem probat ex verbo, *vnusquisque*, quo vsus est Cõstantinus. Alteram, ex illis verbis, *& non sint cassa iudicia eius*. Tertiam probat ex verbo, *decedens*, & verbis sequẽtibus, quibus mortis tempus designatur, *postquam aliud velle non possunt, &c.*

His accedunt hæc argumenta. Primum ex verbis tituli, sic enim inscribitur: *De sacrosanctis Ecclesiis, & de rebus & priuilegiis earum.* Priuilegium ergo cõtra ius commune continetur in hac lege. Cõsequenter ita debet intelligi, ne sit superfluum, sed vt locũ habeat eo casu, quo iure communi, aliter est constitutum. B

Secundum argumentum est. Nam si aliter hæc lex recipiatur, inutilis erit & supernacanea. Postquã. n. Constantinus approbauit Christianam fidem, Collegiũ Christianorum cõsequẽter approbasse videtur. Collegijs autem approbatis testamento legari potest. l. Collegiũ. C. de hæred. instit. l. Cum Senatus. ff. de reb. dubijs.

Tertium argumentum. Miles liberum habet arbitriũ testãdi. l. 1. ff. de Testam. mili. Ideoq; etiam si mutus, vel surdus sit, testamẽtũ facere potest. l. Inter militari. ff. eod. tit. Ergo in proposito idem est dicẽdũ, quia liberum arbitrium datum est Ecclesiæ bona legandi, licere vnicuique testari, & relinquere Ecclesię quãtũ voluerit bonorũ suorum, licet alioqui iure ciuili testari prohibeatur.

Quartum. Is qui in loco hostili deprehenditur, & moritur, testari potest quomodo velit, & quomodo potest. l. vlt. ff. de mili. testam. Ergo multò magis testari quocũq; modo voluerit, licet ei, qui in articulo mortis existẽs, & de salute animæ sollicitus, bona sua relinquit Ecclesiæ. C

Postremum argumentum. Testamentũ imperfectum inter liberos seruandum & custodiẽdũ est. l. vlt. C. fam. hercis. l. Hac cõsultiss. §. Ex imperfecto. C. de Testam. Ergo multò magis in fauorem Ecclesiæ conditum, atque adeò pro salute animæ ipsius testantis.

Hæc sunt argumenta præcipua, omitto enim leuiora quædam ex brocardicis regulis desumpta, quæ nullius sunt apud eruditos authoritatis.

Hanc sententiã Bartoli, argumentis hisce non obstantibus, reijciẽdã existimo, & sequor Accursium, Cynum, Baldum, Salicetum, Iasonem, Cagnolũ, Corasium, & cæteros, tum antiquiores, tum recentiores qui ita hanc legem interpretati sunt. Vnumquemq; scilicet idoneum ad testandum, siue sit constitutus in articulo mortis, vel nõ sit, bona sua Ecclesię legare, & relinquere posse, si testamento solennia fuerint adhibita; licet hoc vltimum iure canonico locum non habeat, vt infrà dicam. D

Fundamentum est, quia nulla suppetit ratio, cur existimare debeamus, Cõstantinum verbis hisce generalibus tollere voluisse solennia testamentorum. Rectè enim Iustinianus in l. Si quando. C. de inoff. test. *Cum Princeps liberam testamenti factionem concedit, intelligitur concedere legitimam & consuetam. Neque enim credẽdum est Romanum Principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam obseruationem testamentorum multis vigilijs excogitatam atque inuentam velle euertere.*

Constat præterea verba generalia legis de Idoneis accipienda esse. l. Rescriptio. l. Vt gradatim. §. Et si lege. ff. de munerib. & hono.

Tertiò, testamentũ imperfectum nullius est momenti, tantùm inter liberos seruatur, adeò vt nec Imperator quidem vendicare hæreditatem ex testamento imperfecto possit. l. Ex imperfecto. C. de Testam.

Quarto, hæc sentẽtia probatur ex l. Generali. 13. C. de sacrosanct. Eccles. vbi Valẽtinianus & Martianus viduis potestatem concedunt, & religiosis fœminis relinquendi bona sua Ecclesiæ testamento, vel codicillo, *quod tamen*, inquit textus *omni iuris ratione munitum sit*.

Respõdet Bartolus legem illam non loqui de eo, qui in mortis articulo constitutus, testamento, vel codicillo relinquit bona sua Ecclesiæ. Nõ rectè, quia illa lex loquitur generaliter testamento vel codicillo. Constat autem testamentum & codicillũ ordinari posse tã ab eo qui sanus est, quã ab infirmo, & in articulo mortis constituto.

Respondet secundo loco Alciatus, verba illa, *Quod tamen omni iuris ratione munitum sit*, excludere vitium & impedimentum ex iure naturali proueniens, vtputa, si furiosus vel pupillus testamentum facere velit, & Ecclesiam instituere hæredem.

Nõ rectè, quia textus dicit, omni iuris ratione munitum sit. Qui dicit omne, nihil excludit: Igitur ita debet esse munitum, vt nullum vel iuris naturalis, vel ciuilis impedimentum, ac vitium subsit.

Postremò, hanc legem ita accipiendã esse, vt dixi, patet ex summi Pontificis Epistola in c. Relatum, de testamentis, cùm ait: *Mandamus quatenus cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam nõ secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus testibus requisitis, quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Si iure ciuili, hoc est, ex hac Constantini lege non essent necessaria solennia, vt Bartolus existimauit, S. Pontifex non prohibuisset eiusmodi causas tractari secundum leges, quia nec leges solennia exigerent, magis quàm decretorum statuta.

Ad primum argumẽtum Bartoli ex verbo: *Vnusquisque*, responsio patet ex ijs quæ dicta sunt. Debet enim intelligi de idoneis, & habilibus ad testandum.

Ad secundum ex verbis tituli, respondeo sufficere, vt hæc lex aliquid cõtineat de Ecclesijs & de rebus ad eas pertinentibus, nec necesse esse, vt omnes leges singulare aliquod priuilegium contineant contra iuris regulas.

Ad tertium argumentũ ex verbo, *decedens*: respõdeo, nõ idcirco exclusos esse eos, qui vel sani corpore, vel extra mortis periculum testantur, quia Imperator rationem habuit eius, quod sæpius contingit: Sæpius enim homines testantur cùm sunt in periculo mortis, & quia testamentum ex morte & vltima voluntate vires sumit.

Ad quartum argumentũ dico, non inutilem esse hanc Constantini legem. Nam propter Imperatorũ gẽtilium persecutiones, fideles Christiani non audebãt bona sua Ecclesijs legare. *Mirum autem dictu*, inquit *Illustris. Baronius tomo 3. anno 321. relaxata semel libertate fidelium* (per hanc legem Constantini) *in relinquendis vltima voluntate, suis bonis Ecclesijs adeò aucta sunt illarum diuitiæ, vt posteriores Imperatores veriti ob eam causam reipublicæ detrimentum & paupertatem, conati sint iterum ab huiusmodi profusis largitionibus cohibere fideles.*

Ad cætera argumenta respondeo, negando consequẽtiam. Ita in militibus constitutum est. Item in iis qui in hostico moriuntur. Item in testamento inter liberos. Ergo idem constituendũ est de iis, qui bona sua relinquũt Ecclesiis. Nã non est hoc leges conditas interpretari, sed nouas cõdere, quod iuris interpretib. permissum nõ est.

CAPVT XL.

Sufficiatne iuratoria cautio cùm vsufructuarius satisdare non potest.


Sufructuarius cauere debet se vsurũ boni viri arbitratu, & cùm vsusfructus ad eum pertinere desinet, restituturũ quod inde extabit. l. 1. ff. vsusfr. quemad. cauea. l. 4. C. de vsufru. Et quia lex satisd. verbo vtitur, cautio intelligitur cum fideiussorib. l. 1. ff. qui satis. cog.

l.Sancimus,C.de verb.sign.Vnde oritur controuersia.si A vsufructuarius fideiussorem inuenire non possit,an sufficiat iuratoria cautio,aut quod aliud remedium sit. Et animaduerti quatuor esse Doctorum sententias hac de re. Prima,iuratoriam cautionem non sufficere, & ideo vsumfructum vendicari non posse, Authores sunt Accursius in l.4.C.de vsufr, Bertrandus in cons.144.lib.3. Romanus cons.439 nu.10.Ias.ad l.1.nu.23. & ibid.Socinus senior,nu.22.ff.qui satisd.cogan.

Fundamentum est in legibus quibusdam, in quibus constitutum est cautionem iuratoriam nõ admitti, quoties cum fideiussoribus cautio requiritur,l.Filiusfam.§. Diui,vers.ijdẽ Principes.ff. de leg.1.l.2.C, de tutore vel curat.qui satis non dedit.Sed ad rem magis pertinet.l.7. ff.vsufructuari.quemad.cau.vbi Vlpianus sic ait: *Si vsusfructus nomine,tradita re,satisdatum non fuerit, Proculus ait,posse haredem rem vendicare,*&c.& l.vlt.ff.eod.tit.vbi idem Vlpianus inquit: *Ergo cùm non fiant fructuarii vasa, vendicari à proprietario possunt.cautione non data.* B

Altera est sententia, sufficere iuratoriam cautionem hoc in casu,nisi fructuarius suspectus sit,& malæ conditionis & vitæ. Authores sunt Bart. ad d.l.4.C.de vsufr. Guido Papę decis.189.nu.1.Marsilius in pract.criminali.§ Diligenter,nu.104.Io.Immolensis ad l.Cùm non facilè,nu.23.ff.si cui plus quàm per legem falcid.Portius lib.3.comm.concl.c.18.in 8.Ampliatione. Cacheranus decis.Pedemontana 153.Pinellus ad l.1.C.de bonis matern,in 2.par.nu.79.Andreas Geyll,lib.2.obseru.47.

Fundamentum est in aliquibus legibus,quibus constitutum est,iuratoriam cautionẽ sufficere in casibus,quibus fideiussor inueniri non potest.l. Cùm non facilè.ff, Si cui plus quàm per legem falcid.l.1.§. Super peculio. C.de asser.tollen.Auth. Generaliter. C.de Episcopis & Clericis,§.Sed hodie.instit.de Satisdatione.

Tertia est sñia,hoc in casu,quia fideiussor nõ põt inueniri,& dubiũ est,an sufficiat iuratoria cautio,aliud reme C diũ esse, vt sequestrent bona apud aliquẽ virũ honestũ, diuitem,ac probũ,qui pręstet fructus eorum vsufructuario. Ita olim docuit Gulielmus de Cuneo,& idem sentit Bart.etiã in casu,quo vsufructuarius suspectus est in d.l.4. C. de vsufr.refertq; Guido Papę,hanc sententiam secutum fuisse Parlamẽtum Gratianopolitanum decis.250,

Quarta est sñia,proprietariũ hoc in casu bona retinere posse, & vendicare,sed fructuario annuatim certam vel fructuum, vel pecunię quãtitatẽ pendere oportere, ipsiq; fructuario,de ea pręstanda idoneè cauere.Ita Angelus ad l.Hac edictali.§.His illud.nu.6.C.de secundis nupt.Salicetus in d.l.4.C.de vsufr. Borgninus Caualcanus aliũs citans de vsufructu mulieri relicto,nu.150.

Fundamentum est in d.l.Hac edictali.§.His illud.C, de secundis nupt.in illis verbis; *Vel certè, si fideiussiones idoneas praSt are distulerit,aut nequiuerit,pradicta res mobiles nondum matri à liberis tradita, apud eosdem manebunt.soluta verò eadem matre, vel ab eadem detenta restituuntur liberis, si tam ab his fideiussio idonea matri fuerit oblata qua caueri debet,quod eidem superstiti pro vsufructu earundem rerum mobilium,vel precio,quo taxata sunt,vsurarum nomine centesima partem tertiam annuis quibusq; temporibus praStare non differant,*&c. D

Scribit Mynsingerus centur.6.obser.48.cùm harum quatuor opinionum conflictus in Camera Imperiali incidisset, quamuis eam sententiam de iure veriorem Assessores existimauerint, quę vsumfructum non deberi, ob non pręstitam cautionem docet: æquissimam tamen hanc postremam sententiam iudicasse;quia hac ratione & proprietario consultum est,& vsufructuario.

Et hanc sñiam ipse quoque amplector, licet enim ex l.7. & vlt.ff.vsufruct.quemad.cau.necnon ex l Si vsusfructus 16.ff.de vsufr.rectè defendi possit, si non fuerit satisdatum. vsumfructum non deberi,tamẽ quia Vlpianus nõ de hac facti specie loquitur,qua fructuarius fideiussorem inuenire non potest;non prorsus excludere vi-

A hoc remedium Imperatoris in d.l.Hac edictali.§.His illud.Nobis igitur in re maximè dubia(siquidẽ leges quãdoque iuratoriam cautionem probant, quandoque reijciunt,)amplecti licet æquiorem ac benigniorem sententiam,nec fructuario aliquid iuris detrahentem,nec proprietario, & Assessorum Imperialis iudicij authoritate munitam,quæ meritò in tam excelsu loco posita est, vt nefas sit,temerè ab ea recedere.

CAPVT XLI.

De vsufructu earum rerum quæ vsu conteruntur, qualis ab vsufructuario præstanda sit satisdatio.



SVnt quædam res, quæ usu consumuntur ne luti pecunia,vinum,frumentum,oleum,& id genus alia; sunt & alia quæ minuuntur, veluti vestes,dolia,& cętera mobilia. De rebus prioris generis postea dicetur, nunc de B his,quæ vsu minuuntur dicam.Vtrum fructuarius satisdationem præstare teneatur se restituturum eiusmodi bona,finito vsufructu in ea bonitate,& æstimatione,cuius erant tempore,quo fuerunt ei traditæ,an verò sicut erunt finito vsufructu.

Et vt statim me expediam, puto eas res restituendas, prout inuenientur finito vsufructu,nulla ratione habita æstimationis,quæ erat tempore traditionis.

Mouet me tex.in l.Si vsusfructus.§.Si vestis.ff.vsufructua.quemadmo,caueat: *Si vestis vsusfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quanquam hares stipulatus sit, finito vsufructu vestem reddi,attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit.*

Secũdò mouet l.1.ff.Vsufructua.quemad. caueat.vbi Vlpianus ait: *Si cuius res vsusfructus legatus sit, aquissimum Pratori visum est de vtroque legatarium cauere, & vsurum se boni viri arbitratu, & cum vsusfructus ad eum pertinere desinet restituturum quod inde extabit. Hac stipu* C *latio siue mobilis sit res, siue soli, interponi debet.* Et post pauca: *Cauere autem debet boni viri arbitratu perceptum iri vsumfructum,hoc est,non deteriorem se causam vsusfructus facturum,cateraq; facturum,qua in re sua faceret.*

Ex hac lege primum perpẽdo, vsufructuarium eodẽ modo teneri ad res mobiles restituendas, quo tenetur ad restituendas res soli,hoc est,immobiles.

Secundò, fructuarium teneri restituere, quod inde, hoc est,finito vsufructu extabit.

Denique arbitrio boni viri frui debet,& omnia facere,quæ in rebus suis faceret.

Si igitur rebus mobilibus vtatur secundũ arbitrium boni viri, & in ijs versetur vti virum bonum decet, & prout versatur in suis rebus, nihil proponi video, cur si res vsu ipso conterantur,atque diminuãtur, eo nomine teneatur, eamque æstimationem præstare obligatus sit, quæ tempore traditionis erat. Alioquin non videretur D vsumfructum,hoc est,ius vtendi & fruendi habere liberè,sed cum onere admodũ graui,nec gratuitò,sed quodammodo cum obligatione mercedis dandæ propter vsum.Fac enim rem ex vsu æstimatione diminutã,quia tempore traditionis æstimabatur decem aureis, finito vsufructu æstimatur tribus, tenebitur soluere quod deest æstimationi,quæ fuit traditionis tempore; quod absurdum videtur.

Atque ita docuerunt Ioan.Imolẽsis, post Florianum, quem citat in c.vlt.num,24.de pign.Franciscus Marcus decis.818.in 1.parte.

Sed contrarium responderũt Alex.in consi.58.nu.6. lib.1. Socinus senior cõsilio 9.lib.4.Pinellus ad l.1.in 3. parte post nu.80.C.de bonis mater. & alij quos commemorat Antonius Thesaurus decis.Pedem.80.

Fundamentum est in l.Si vini.ff.de vsufr.ear.rer.quę vsu consum. vbi Caius: *Si vini,olei, frumenti vsusfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, & ab eo cautio desideranda est, vt quandoque cum is mortuus, aut capite minutus sit; eiusdem qualitatis res restituat-*

restituantur, aut æstimatis rebus certa pecunia nomine cauendum, quod & commodius est. Idem scil cet de cæteris quoque rebus, quæ vsu consumuntur, intelligimus. Idem docet Imperator in §. Constituitur. insti. de vsuf. vbi nominanm fit mentio vestimentorum.

Respondeo, illud respósum Caij pertinere ad earum rerum vsumfructum, quæ vsu consumuntur, de qnibus iam nostra disputatio non est. Non obstat mentio vestimentorum à Iustiniano facta, quia illud est accipiédum de vestimentis, quę breui tempore vsu consumuntur, de quibus nunc oon loquimur.

Ratio differentiæ est, quia vsusfructus earum rerum, quę vsu consumuntur, consistere nó potest, nisi per cautionem quam fructuarius præstat. Cautio nutem debet procul dubio esse de restituendis rebus eiusdem qualitatis, quia vsusfructus est ius vtendi & fruendi rebus alienis, salua rerum substantia. Per cautionem autem substantia conseruari videtur, dum einsdem qualitatis res per eam restituuntur. At in rebus, quæ vsu nó consumuntur, sed aliquo pacto minuuntur, & conteriitur, adeò vt post longum tempus salua qoidem rei substantia sit, verum fortè non eiusdem æstimatioois, ac precij; in his, in quam rebus, vsusfructus optimè consistit. Et si restituantur finito vsufructu, proot tunc reperiuntur, non deteriores factæ dolo, vel culpa fructuarij in eis, bona fide, & secundùm boni viri arbitrium versantis; sed paulatim minutæ, contritæve, ac proinde minoris æstimationis effectæ, satis suæ obligationi fructuarium fecisse crediderim.

CAPVT XLII.

Vtrum ei cui vsusfructus relictus est earum rerum, quæ vsu consumuntur, cautio à testatore remitti possit?

PEtrus & Cynus in l. 1. C. de vsufru. existimarũt, cautionem remitti vsufructuario posse à testatore in ijs rebus, quæ vsu consumuntur, veluti pecuniæ, vini, olei, fruméti, & similium, secuti eandem sententiam sunt, Andreas Siculus in consil. 64. lib. 2. Ancharanus, Panormitanus & Collectat. in c. vlt. de pign. & Alexander quem nemo citat in cons. 120. nu. 6. 7. lib. 7.

Fundamentum ponunt in eo, quod ratio legis prohibentis hãc cautionem remitti, cesset in ijs rebus, quæ vsu consumuntur. Fauor scilicet hæredis, & ne fructuario det occasio delinquédi. Hodie enim hoc iure vtimur, vt testator possit legibus derogare, quæ ad hęredis fauorem & commodum spectant. Potest enim hæredi auferre legis falcidiæ beneficium, vt in Nouella de hęredibus & falcidia. Occasio autem delinquendi cessare videtur in ijs rebus, quæ vsu consumuntur, qnoniam earum dominium in fructuarium transfertur, vt in l. Si vini. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consumuntur.

Sed contrarium docuerunt Ioan. Imolen. in c. vlt. de pign. circa finem, Bartolus, Baldus, Fulgosius & Castrensis in d. l. 1. C. de vsufru. nec non Pinellus ad l. 1. C. de bonis mater. in 2. parte, post nu. 76.

Et istis ego assentior. Primùm ex generali iuris regula. Nemo potest facere quin leges locum habeant in suo testamento. l. Nemo potest. de legatis primo.

Nec obstat, quod dicitur testatorem prohibere posse, ne lex falcidia locum habeat, quia id non est producendum ad consequentias. Non enim si in vno vel altero casu id permissum est, ad omnes alios producendum videtur. l. Ius singulare. l. Quod verò. ff. de legib.

Secundò ex l. 1. C. de vsufr. Seuerus & Antoninus: *Si vsusfructus omnium bonorũ, vxoris testamento, marito relictus est, quamuis cautionem à te prohibuerit exigi, tamen non aliter à debitoribus, solutam pecuniam accipere poteris, quàm oblata, secundùm formam Senatusconsulti, cautione.*

Hic agitur de vsufructu pecunię, vt patet ex illis ver-

A bis: *solutam pecuniam*, & ex mentione facta Senatusconsulti. Illud enim habet locum in vsufructu earũ rerum, quæ vsu cõsumũtur. l. ff. de vsufruct. earum rer. quæ vsu consum. in vsufructu aliarum rerum locus est cautioni ex edicto Prætoria.

Postremò ex l. Si pecuniæ. ff. vt in possess. legato. Iulianus: *Si pecuniæ numeratæ vsusfructus legatus esset, & in testamento cautum, ne eo nomine satisdaretur, proprietas legata non est, sed legatario permittendum est, satisdare & vsumfructum pecuniæ habere. Et propterea in hac propositione nulla Prætoris erunt partes, quia nisi satisdetur, agi cum hærede non poterit.*

Hic vides remitti nõ posse cautionem, quia textus dicit, *nisi satisdetur, agi cum hærede* non posse, & loquimur de vsufructu pecuniæ numeratæ.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, rationem legis esse, quia nemo potest facere, quin leges locum habeant in suo testamento, quæ ratio locum habet
B etiam in vsufructu earum rerum, quæ vsu cõsumuntur, vt patet. Et cùm in his terminis leges sint apertę, frustrà generales quædam rationes opponuntur.

CAPVT XLIII.

Cautio in vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur, an sit de substantia vsusfructus.

NOn puto esse de substantia, vt verbis vtar vulgaribus, cautionem in vsufructu earũ rerum, quæ vsu cõsumuntur, quia si de substantia esset, omitti non posset. Omitti verò posse palam est ex l. 5. §. Hoc Senatuscõsultum. ff. de vsufru. ear. rer. quæ vsu consum. & ideo assentior Pinello ita docenti post Accurs. Azonem, Imolensem, Fabrum & alios, quos ipse citat ad l. 1. C. de bonis mater. in 2. p. nu. 78.
C Contrarium docuerunt Bart. in l. 1. nu. 12. C. de vsufr. Baldus, Salicetus & Fulgosius ibid. Ias. ad l. 1. nu. 125. de leg. 1. & ibidem Alciatus num. 32. Socinus iunior in cõs. 72. num 3. lib. 2.

Fundamentum statuunt in l. 2. de vsufruct. earum rerum, quæ vsu consum. *Sed de pecunia*, inquit textus, *rectè caueri oportet iis, à quibus eius pecuniæ vsusfructus legatus erit, quo Senatusconsulto non id effectum est, vt pecuniæ vsusfructus proprius esset. Nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus mutari potuit, sed remedio introducto cœpit, quasi vsusfructus haberi.* Et in §. Constituitur. inst. de vsufruct. *Sed vtilitatis causa*, inquit, *Senatus censuit posse etiam earum rerum vsumfructum constitui, vt tamen eo nomine hæredi vtiliter caueatur, &c.*

Respondeo, cautionem quidem hoc efficere, vt vsusfructus videatur haberi earum rerũ, quæ vsu consumuntur, sed iam quęstio est, an talis cautio ita substãtialis sit,
D vt sine ea vsusfructus obtineri oon possit: Et placet, quia quilibet renunciare potest ijs quæ in fauorem suum introducta sunt, si non exigatur hęc cautio, nihilominus vsumfructum impropriè dici, ex quo consequitur nõ esse de substantia: potest enim hęres fructuarij fidem secutus ei pecunias vtendas, & reliqua, quæ vsu consumuntur, permittere, ac tradere absque cautione, finitoque vsufructu, ipsam quantitatem, vt Sabinus dicebat, condicere.

CAPVT XLIV.

Operis noui nunciatio manifestè iniusta, an impunè contemni possit ad l. 1. ff. de operis noui nunc.

VLpianus in l. 1. ff. de operis noui nunc. *Hoc edicto, inquit, permittitur, vt siue iure, siue iniuria opus fieret per denunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio, eatenus, quatenus prohibendi ius, qui nũciaret, nõ hęret.* Et in l. Prætor ait.

 §. Inter-

§. Interdictū. ff. eo. *Qui igitur facit*, inquit, *& ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Prætoris facere videtur; & ideo destruere cogitur.* Et in § Ait Prætor, eadem lege, *quod factum est*, inquit, *iubet restitui, neq. interest iure factum sit an non, siue igitur iure factum est, siue non iure factum est, interdictum locum habebit.*

His Vlpiani respõsis consentaneū est, quod idē scribit in l. 1. §. Parui. ff. quod vi aut clam, ibi: *Et parum refert si virum ius faciendi habuit, an non, siue enim ius habuit, siue non, interdicto tamen tenetur propter hoc, quod clam fecit.*

Nec his absimile est, quod Paulus scribit in l. sed eximendi. §. pe. ff. Ne quis eum qui in ius voca. est, vi exim. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur exemerit, constat eum hoc edicto teneri.*

Quibus testimoniis adductus sententiam Alberici valde probabilē esse iudicaui, existimantis operis noui nunciationem haudquaquam sperni posse, licet manifestum sit non iure factam esse. Præsertim verò locum habere hanc sententiā puto, cùm iuramento calumniæ nuncianti præstito inhibitio à Prætore facta est, iuxta l. De pupillo, §. Qui opus nouum, ff. de ope. no. nun. Etsi enim manifestum sit, nunciationem iniustam esse, & eum cui nunciatur iure ædificare, non potest tamen sua authoritate is, cui nunciatum est, nunciationem factam contemnere, sed vel remissionem obtinere debet, vel præstita satisdatione sibi prospicere, l. Prætor ait, §. Deinde ait, ff. de op. no. nunc.

Contrarium docuerunt Bal. Ias. Ruin. Crot. Alciat. & alij in explicatione d. l. 1. ff. de op. no. nunc. sed eorum argumenta nihil obstant.

Primum est, Difficilius aliquid tollitur postquam factum est, q̃ fieri prohibeatur, l. Pater furioso, ff. de his, qui sui vel alie. iuris sunt. Sed cùm constat nunciantem opus nouum, ius nunciandi non habere, remittitur prohibitio iam facta, ergo multò magis nũciatio, siue prohibitio ab initio contemni potest.

Respondeo, argumentum fallaciam continere, vt Iason quoque fatetur, quia sine dubio nunciatio fieri prohibetur, si nullum nuncianti ius competat, sicut & eo in casu, nunciatio facta remittitur, sed hoc à Prætore cognoscendum est, non ab eo cui nunciatur. Licet enim ita sit, non debet Prætoris maiestatem contemnere, sed remissionem impetrare, iura sua deducendo apud ipsum Prætorem.

Secundum argumentum, leges non permittunt aliquid iniustum. l. Meminerint, C. Vnde vi. & prætor id maximè non debet permittere, qui æquitatem ante oculos habere debet. l. quod si Ephesi ff. de eo, quod cer. loco. Sed nisi recipiatur hæc interpretatio, leges vidētur iniqua permittere, vt nimirum is qui nullum habet ius nunciandi opus nouum, prohibeat ædificātem. Ergo recipienda est interpretatio ista, vt nũciatio sperni possit: si notorium sit ei qui opus nouum nunciauit, non competere ius nunciandi.

Respondeo, id iniquum non esse, qui vtrū habeat ius ædificandi, necne, is cui nouum opus nunciatur, à Prætore iudicandum & decernendum est, remittendaque erit à Prætore nunciatio eatenus, quatenus is qui nũciauit, ius nunciandi non habuerit. Non igitur sibi quisquā ius dicere debet, & magistratum contemnere. l. Non est singulis, de reg. iuris.

Tertium argumentum est à simili. Spoliatus ante omnia restituendus est. l. Si quis ad se fundum, C. vnde vi. c. In literis, de resti. spol. Veruntamen si notorium sit, nullum ei ius cõpetere, restituendus non est. c. Ad decimas, de restit. spol. lib. 6.

Rursus aduersus tres conformes sententias, nullitatis exceptio opponi non potest, ad impediendam executionem Clem. vt calumnijs, de re iud. Veruntamen si notoria sit nullitas, potest; vt notat Alex. in cons. 77. nu. 16. & cons. 106. in fi. lib. 3. Rom. sing. 291.

Rursus, Ex quacunq; causa vocatus ad iudicem venire debet. l. 1. ff. Si quis in ius voc. non ier. Veruntamen is qui extra territorium vocatus est, non tenetur venire. l. vlt. ff. de iurisd. om. iud. quia scilicet manifestum est, vocari non potuisse.

Ad hæc & similia, quæ adferri possunt exempla, & argumenta, rñdeo, vt maximè vera sint, quod nunc non disputo, non pertinere ad quæst. nostram. Nā non probāt, quempiam sibi ius dicere posse, vel Magistratū, aut Edictorum eius authoritatem contemnere posse sub colore iuris sui notorij. Et cùm de magistratu loquimur, simul præsupponimus eum, cui nouum opus nunciatur, subiectum esse iurisdictioni, & imperio eius; ac proinde illud exemplum de non subdito, cui aliquid præcipitur à magistratu non suo, longè à proposito nostro alienum est.

Quartum argumentū sumitur ex legibus, quib. apertè dicitur, quandoq; non valere ipsam noui operis nunciationem, vt in l. 1. §. Quod si quis in mari, in l. De pupillo, §. Si quis riuos. & §. Si plurium, & in l. Qui viam, ff. de op. no. nunc. & alibi.

Respondeo, in casibus in quibus iure constitutum est, nunciationem fieri nõ posse, eam quoq; nullius esse momenti, quia fit lege, eam fieri prohibente. l. Non dubiū. C. de legib. Non ergo obligauit eum cui nunciatur; nullum effectum pariet, nullum impedimentum præstabit, c. Non præstat impedimentum, de reg. iur. lib. 6. *Sed de his speciebus, quæ legib. comprehensæ sunt, nostra quæstio & conclusio accipienda non erit.*

CAPVT XLV.

Aedificans spreta noui operis nunciatione, an demoliri cogatur, cùm litem super negotio principali contestatus est?

SI is, cui opus nouum nunciatum est, ante remissionem ædificauerit, deinde cœperit agere, ius sibi esse ita ædificatum habere; Prætor actionem ei negare debet, & interdictū in eum, de opere restituendo reddere. Ita respondit Vlpianus in l. 1. §. Sed si is, ff. de noui op. nun.

Cæterùm hic controuertitur, Quispiam spreta operis noui nunciatione ædificauit, deinde cum aduersario litem super negocio principali contestatus est, scilicet an liceret ædificare necne. Vtrum ante omnia ædificium demoliri debeat, & in eum competat interdictum de opere demoliēdo, priusquàm de ipso principali negocio, hoc est, iure ædificandi cognoscatur?

Respondet Ias. ad l. 1. nu. 3. in 4. lim. ff. de ope. no. nun. de toto principali negotio prius cognoscendū esse, nec ante omnia ædificium demoliendum; quoniam ea quæ dicuntur attentata; reuocari debent ante litem contestatam super causa principali. Iudex. n. qui de meritis causæ cœpit cognoscere, super illis pronunciare debet, non autem super attentatis, secundum Baldi sententiam, in cons. 245. nu. 2. lib. 2. quā ante eum Specul. habuit in tit. de Appell. §. Nouissimè, circa fin.

Sed quoniam sententia hæc Baldi magnoperè cõtrouersa est, prius eam examinare oportet, quàm proposita quæstio à nobis decidatur. Præiudicium enim illa continet huius principalis quæstionis: si vera est sentētia Baldi, rectè Iason monet, si falsa est, Iasonis quoq; sententia falsa erit.

Igitur à sententia Baldi & Specul. alij sunt, quos commemorat Iacobus Menochius, de recup. pos. remed. 17. num. 37.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex c. Significante. de appel. vbi vertebatur quęstio, an liceret alibi, quā in stallis Decani & capituli carnes vēdere. Et cum lite pendente carnes in alijs stallis venditæ essent, instititr Decanus & Capitulū, vt quod factū fuerat, veluti attentatum reuocaretur, sed rñsum fuit, id peti non potuisse, quibus iudicibus ex consensu partium, certus erat constitutus

dies

dies ad litigandum, super ipso negotio principali; quod responsum cùm iudices non admitterēt, sed potius reijcerent, fuit ad sedem Apostolicam appellatum, & S. Pōtifex pro appellante pronunciauit.

Secundum est ex l. 1. §. Non solùm, ff. vt leg. no. cauea, in illis verbis: *Plane si quis omissa stipulatione litem de legato contestatus sit, probandum est cessare debere stipulationem.*

Tertium argumentum est ex c. 1. de restit. spol. vbi dicitur, quanquam ante omnem contentionem possessio violenter ablata sit restituenda, tamen quia spoliato cō sentiente, pars aduersa constituit se legitimè probaturā de suo iure, S. Pontifex respondit, veritatem esse super eo inquirendam.

Quartum est ex regula vulgari sed brocardica. Quādiu ordinarium superest auxilium, non est ad extraordinarium recurrendum. Est autem ordinarium auxilium ipsius causæ principalis decisio: Extraordinarium verò, attentatorum reuocatio. Ergo de causa principali cognoscendum videtur omissis attentatis.

Contrarium docuerūt Io. Andr. Geminianus & Ancharanus in c. Non solùm, de appel. lib. 6. & alij quos refert & sequit Menochius de recup. possess. remedio 17. nu. 37. Lancellotus de Attentatis in 3. par. c. 23. nu. 9. vbi etiam refert decisionem Rotæ Romanę 25. aliàs 185. Licet pars rea. de appella. in nouiss.

Argumenta sunt ista. Primum, quia per litis contestationē non solet deterior fieri conditio eorū, qui litē contestati sunt. l. Non solet. l. Nemo enim, de reg. iur.

Secundum est ex c. Nō solùm, de Appel. li. 6. quatenus textus dicit, attētata semper ante omnia reuocanda esse.

Tertium argumentum est, quia etiam in interdicto Vnde vi, spoliatus ante omnia restituendus est, licet super petitorio lis fuerit contestata, Clem. 1. de causa possess. & propriet. secundum communiorem sententiam, teste Ripa in l. Naturaliter. §. Nihil commune, nu. 161. ff. de acq. possess.

Ego posteriorem hanc sententiam probabiliorem iudico, quia pro ea iuris regulæ pugnare videntur. Attentata inprimis reuocanda esse. Spoliatum ante omnia restituendum; Pro contraria verò sententia nullum solidum argumentum adfertur.

Primum enim ex cap. Significante, de appellat. nihil obstat. Ratio enim decisionis illius est, quia cùm de consensu partium coram iudicibus ad litigādum super ipso negotio certus dies statutus fuisset; & quantum ad illum diem solutum fuisset iudicium, præuenire diem ipsum, ac audire partem aduersam, in tali imploratione (scilicet reuocationis attentatorum) absque cōsensu partis alterius non debebant: de hac facti specie quęstio nostra accipienda non est.

Secundū argumentum ex d. l. 1. §. Non solùm, ideo nō obstat, qa loquitur, quando omissa stipulatio est, quę ad cautionem scilicet præstādam pertinet, non verò loquimur vbi omissa non est petitio reuocationis attētatorū, imò pars petijt reuocari attentata, deinde lis contestata est super negotio principali.

Ad tertiū ex c. 1. de restitut. spoliat. rñdeo, S. Pontificē loqui, cū pars cōsensit, vt de re ipsa principali cognoscatur, vt patet ex illis verbis, *quia consentiēte illo*, &c. Talem consensum non supponimus in quæstione nostra.

Ad quartum respondeo, vt verum sit brocardicum illud, quod falsum esse aliquando ostēdā, nec rectè ad rem nostram applicari, quia nunquam attētata in primis essent reuocanda, nunquam spoliatus ante omnia restituēdus esset: quia semper dici potest remediū ordinarium superesse, vt nimirum de causa principali cognoscatur, qua sanè allegatione nil ineptius allegari potest.

His ita constitutis, ita puto planum esse quid ad propositam quæstionem respondendum sit. Nam respōdendum est, ędificium esse demoliendum antequam cognoscatur, an ius ædificandi habuerit, is cui nouū opus nun-

A clatum est, iuxta l. 1. §. Sed si is. ff. de oper. no. nunc. quam sententiam contra Iasonem egregiè defendit eruditissimus Siluius Spanochius li. 4. quæstionum ad tit. de operis noui nunciatione. Gratissima est occasio mentionem faciēdi D. Siluius: Est enim frater Excellentiss. D. Angeli Summi professoris Bononiēsis; & Clariss. ac pstantissimi D. Horatij; quibuscū mihi nō vulgaris necessitudo est.

CAPVT XLVI.

Ad l. 3. §. 1. & l. De pupillo. §. Si plurium. ff. de ope. noui nunciat.

VLpianus in l. 3. §. 1. *Si in loco communi quid fiat, nunciatio locum habebit aduersus vicinum. Planè si vnus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socium nouum opus ei nunciare, sed eū prohibebo, communi diuidundo iudicio uel per Prætorem.*

B Assentior Vdalrico Zasio in 1. parte, singul. intell. c. 1. ita hunc textum explicāti, quemadmodum olim Petrus Besazius, socium socio, in re communi, nunciare non posse nouum opus, sed vel communi diuidūdo iudicio, eum prohibere posse, vel per Prætorem, qui videlicet prohibeat socium. Hæc est illa prætoris cognitio, cuius mentio fit in l. 1. §. 1. ff. de rei vend. & alibi sæpè. Non est officium iudicis mercenarium actioni intentatæ deseruiens, vt veteres dixerunt.

Ideo socius opus nouum nunciare nō potest, quia certum ius non habet in aliquam partem ipsius rei. Ergo res diuidenda est, communi diuidundo iudicio, aut per prætorem inhibēdum. Hic est casus specialis, in quo nūciatio facta per Prætorem, valet, per sociū facta nō valet, licet aliàs & verbo, & per lapillum nunciatio valeat. l. De pupillo. §. Meminisse. ff. de ope. no. nunc.

Cæterùm eidem Zasio, non absque distinctione, assen-
C tior in explicatione l. De pupillo. §. Si pluriū. Vlpianus. *Si plurium dominorum res opus noceat, vtrū sufficiet vnius ex socijs nunciatio an verò omnes nunciare debeant? Et est verius vnius nunciationem omnibus non sufficere, sed est singulis nunciare necesse, quia & fieri potest, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.*

Communis expositio est, vnius nunciationem omnibus non sufficere, id est, sufficere quidem & prodesse nuncianti, sed non alijs. Itaque si vnus tantùm nunciauerit. eius victoria alijs proderit, quia res est indiuidua, l. Stipulatio. §. Quæsitum. ff. eod. tit. l. loci corpus. §. Si fundus. ff. si ser. vend. ne aliorum negligentia, nuncianti noceat. d. l. De pupillo. §. Si plurium vers. Neque enim.

At Zasius contra, li. 1. sing. intell. cap. 3. omnibus non sufficere, id est, nemini sufficere, qa negatiua dictio vniuersali signo postposita, æquipollet suo contrario. l. obligari. ff. de autho. tuto.

Respondeo, non semper ęquipollere. Exemplū affert Alciatus li. 5. Parergon. c. 17. ex l. Si seruus. §. Si plurium,
D ff. si quis cautio. cui Zasius non satisfacit.

Secundum argumentum est, quia nec illi qui nunciauit, prodesse potest nunciatio, quod sic ostenditur. Aut is petit opus destrui, aut id quod interest. Primum petere non potest, quia destructio operis nō recipit diuisionē, consequenter pro parte peti non potest, vt opus destruatur. Non potest id quod interest petere, quia aut petet id quod sua interest, aut quod aliorum sociorum interest. Commune aliorum sociorum interesse petere non potest, quia suo tantùm nomine, & pro suo interesse nunciauit. Proprium autē īteresse petere nequit, quia priusquam res diuidatur intelligi non potest, quæ sit eius portio in re communi, & non magis ipsius quàm aliorum interest. Hic accedat quod ait text. in d. §. Si plurium, factum vnius ex socijs alijs non nocere. Ergo, inquit Zasius, nec prodesse debet.

Respondeo, vt aliàs dixi, communem sententiam accipiendam esse cum distinctione. Aut enim opus nouum

omnibus

omnibus dominis quandocunque diuidentibus rẽ com A munem, nociturum est, puta si contta debitam seruitutem ædificetur. Est enim indiuidua, & omnibus competit, ideoq; vnus agere potest, l. Loci corpus. §. Si fundus ff. si seru. vẽd. & hoc in casu vnus potest opus nouũ nunciare, & eius victoria alijs quoque socijs proderit. Aut opus nouum omnibus dominis nociturum non est, quandocunque diuidentibus, vel incertum est an nociturum sit, & tunc rectè monet Zasius, & locum habet ratio legis: *Quia & fieri potest, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi*. Nec enim horum verborum sensus est, quem Accursius putat, dum exemplum adfert, si vnus sociorũ pacto consenserit, &c. quia non potest vnus ex socijs pacisci in præiudicium aliorũ, sed sensus est, quia diuisione facta inter socios rei communis, fieri potest, vt alter præiudicium patiatur ex opere nouo, atque adeò ius prohibendi habeat, alter verò nullum præiudicium patiatur, ac proinde nullum prohi B bẽdi ius habeat, quia videlicet alterius parti nocet ędificium, alterius verò parti non noceat, diuisione facta.

CAPVT XLVII.

Ad l. Si prius. ff. de operis noui nunc.

DIssentio ab eodem Zasio, impugnante communem sententiam singul. intell. lib. 1. cap. 4. in explicatione l. Si prius. ff. de oper. no. nunc. in illis verbis: *Idemq; e contrario, si cum agere vellet quis sibi ius esse inuito aduersario altius tollere, &c.*

Doctores communiter illa verba accipiunt de negatoria actione. Zasius contra de confessoria. Fundamentum Doctorum est, quia is qui contendit sibi licere altius tollere, effectu negat se vllam debere seruitutem, & pro libertate agit, quod actionis negatoriæ officium C est.

Fundamentum Zasij est, quia seruitus altius tollendi datur & deberi potest, vt patet ex l. 1. ff. de ser. vrb. pręd. ibi. *Altius tollendi aut non extollendi, &c.* Vnde cùm Africanus de seruitute altius nõ tollendi locutus fuerit, subdit de seruitute altius tollendi, *E contrario, &c.*

Non rectè Zasius, quia non est duplex seruitus, altius tollendi, & non tollendi, sed vna tantùm, quòd eleganter Franciscus Conanus explicat lib. 4. commentarior. iuris, cap. 7. ad finem, dum ait: *Has seruitutes ex formulis ipsarum actionum appellatas fuisse, modò aientibus, modò negantibus verbis, prout ab eo cui competerent, aut qui eas deberet nominarentur. Itaque seruitus altius tollendi, aut non tollendi eadem est, quia cum ago tecum, ius tibi non esse altius tollere, idq; tu negas, nullamq; te mihi debere eo nomine seruitutem asseris, hoc ius altius tollendi, aut non tollendi controuersum est inter nos: ideoq; dicitur hæc seruitus al-* D *tius tollendi, aut non tollendi: vt eiusdem seruitutis gratia datur actio confessoria & negatoria: Idem dicendum in reliquis seruitutib. quas enumerat Caius (in l. 1. ff. de ser. vrb. præd.) in quibus perridiculum fuerit putare esse aliquam seruitutem, qua quis compellatur officere meis luminibus.* Hactenus Conanus.

Rectè Cuiacius & conuenienter communi expositioni tractans hunc locum ad Africanum, tract. 9. *Si agam*, inquit, *ius mihi esse altius ædes extollere iure naturali, figura verborum confessoria est actio, vt ipsa negatoria, quia seruitutem nego ædes meas debere, altius non tollendi libertatem adseri ædibus meis.*

Verum est seruitutem altius tollendi deberi posse iure ĩposito, vt declarat ibi Cuiacius paulò superius: Verbi gratia, cùm tibi cessissem, ius mihi nõ esse ædes meas altius tollere, postea tu cessisti ius mihi esse. Nam si contendam nunc mihi ius esse, erit actio confessoria; seruitutem enim mihi assero, quia minuisti ius ædium tuarũ, auxisti mearum, l. Si domus. ff. de ser. vrb. præd.

Sed an de tali specie Africanus loquatur incertũ est. A Nec illa verba *E contrario, &c.* magnoperè vrgent, quia contrarietas est in hoc quod supra locutus est de eo, qui egit ius vicino non esse ædes altius tollere, nunc verò è contrario de eo, qui egit ius sibi esse altius ædes tollere: Illa cõfessoria est actio, hæc autem negatoria. Et sicut in illa contumax actoris partes sustinebit, quia non poterit ędificare, nisi prius egerit ius sibi esse altius ędes tollere, ita è contrario in ista contumax actoris partes sustinebit, quia nouum opus cauebit se non nunciaturum, nisi prius probauerit, aduersario ius non esse altius ædificare.

Ast, inquit Zasius, nullã hoc posteriori casu pęnam patietur contumax, etsi probare debeat, vicini ædes non esse liberas, & ideo non liceret altius vicino eas tollere.

Respondeo, hanc pœnam contumacem subiturum, quod eum cauere oportebit, nec opus nouum se nunciaturum, nec ædificanti vim facturum, vt inquit Africa- B nus. Hæc res pœnam continet satis grauem, quia si nunciare opus nouum posset priusquam ageret, ædificare volentem impediret, donec remissa esset nunciatio.

CAPVT XLVIII.

Ad l. vn. C. de operis noui nunciatione.


GRauis controuersia est, quomodo accipienda sit l. vn. C. de oper. no. nunc. *Sancimus si quis denunciationem emiserit in hac quidem regia vrbe, præfectum vrbi festinare, in prouincia verò rectorem eius intra trium mensium spatium causam dirimere. Sin verò aliquod fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum: licentiam habere eum, qui ædificationem deproperat, opus de quo agitur efficere: prius fideiussore ab eo dato officio vrbicariæ præfecturæ, vel prouinciali: vt si non rectè ædificauerit, omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumptibus destruet.*

Facit controuersiam, quòd anterioribus legibus cautum est, nunciationem seu prohibitionem remitti pręstita cautione de demoliendo. l. Stipulatio. §. 1. l. De pupillo. §. Si is cui, l. Prætor. §. Interdum. l. Non solùm. §. Si cũ possem. & §. Sciendum. ff. eod. tit. Iustinianus autem hac lege sua statuit tres menses ad expediendam causam, intra quod tẽpus si causa expediri nõ possit, tunc primum cautionem præstandam decernit, de opere demoliendo, quod factum erit post nunciationem.

Veteres Glossographi varias attulerũt explicationes. Prima, Iustinianum loqui cùm operis noui nũciatio per Prętorem fit, Superiores autem leges, cùm per nos ipsos fit nunciatio.

Non placet, quia huius distinctionis nullum argumen D tum adferri potest.

Secunda, in arbitrio nũciatoris esse, an velit recipere cautionem, si receperit, nunciationem remitti; si non receperit, sed petierit causam expediri dicens, se iura sua in promptu habere, tunc expectandum esse terminum trium mensium, & si intra illud tempus causa non fuerit expedita, locum esse cautioni de opere destruendo.

Non satisfacit, quia in iudicijs seruanda est æqualitas, quare non magis hæc res ex nunciantis arbitrio, quàm eius cui nunciatio facta est, pendere debet.

Tertia, in arbitrio esse ędificantis, cui fit nunciatio, an velit statim satisdare, & postea ædificare.

Nullo modo recipienda est, quia repugnat verbis textus, Iustinianus enim præfixit trium mensium spatium, vt causa terminetur, quo elapso, tunc primùm cautionem præstandam voluit.

Quarta est solutio, distinguendum, vtrum ædificans locum possideat, in quo ędificat, & tunc admittendum esse statim cum satisdatione, secundum anteriores leges, si verò

si verò non possideat, tunc seruandum esse, quod hac lege constitutum est. A

Sed non placet hæc sententia, quia huius distinctionis nullum vestigium apparet, siue anteriores leges spectemus, siue postremam hác legem Imperatoris Iustiniani.

Quinta sententia est, distinguendum inter publica & priuata ædificia, de publicis ædificijs accipiendam esse Iustiniani legem, cæteras autem leges de priuatis.

Non probatur hæc expositio vlla probabili ratione. Verba legis indistinctè loquẽtis repugnat, idcirco mihi placere non potest.

Sexta expositio est Socini iunioris, Ruini, & aliorum, quos sequi videtur Senatus Pedemontanus, apud Antoninum Thesautum decis. 204. si mora periculũ ædificanti, ac præiudicium allatura sit, tunc statim cautione præstita de opere demoliendo prohibitionem remitti, secus si periculum allatura non sit; quare in arbitrio iudicis erit, consideratis circumstantijs omnibus, an rem differendam in tempus trium mensium existimet. Priori B membro distinctionis suffragari videtur. l. De pupillo. §. Si quis riuos. ff. eod. tit.

Sed cùm nulla fiat à Iustiniano Imperatore huius distinctionis mentio, imò verba legis generalia magnoperè refragari videantur, vix est, vt huic sententiæ acquiescendum putem. Tribuit enim iudicis arbitrio, quod satis clarè ipsa lege comprehensum est, licet vbi mora periculum allatura sit, à regulis iuris discedendũ fore non dubitem, vt in d. §. Si quis riuos.

Postrema igitur sentẽtia est, legibus anterioribus, hac Iustiniani lege, hac in parte, aliquantulum esse derogatum, licet enim cautione præstita remittat Prætor operis noui nunciationem, nec quicquam de lite intra tres menses expedienda legibus anterioribus fuerit constitutum, hac tamen Iustiniani lege id apertè sancitum est, vt videlicet priùs iudices studea[illegible]ntra trium mensium spatium omnem litem dirime[illegible]interim non ędificetur. Cæterùm, si non possit res eo temporis spatio dirimi, tunc cautione præstita de destruẽdo opere, ædificanti licere vlterius pergere, atque adeò prohibitionem remitti. Ita docent Iason in l. 1. nu. 15. ff. eod. tit. Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 16. num. 17. C

Hæc sententia mihi maximè probatur; Verbis Iustiniani consentanea est, & nullũ absurdum continet. Nec enim absurdum est, quę prioribus legibus cõstituta sunt adiuuare, supplere, moderari, & in nouam formam quodammodo redigere id; quod maximè semper facere solitus sum. Hanc legem ita S. Pontifex accepisse videtur in c. pen. & vlt. de ope. no. nunc. cũ ait: *Is cui opus nouum nunciatum est non obstante cautione, quæ ab ipso offertur de opere destruendo, si non iure ædificatum existat, tenetur et per trium mensium spatium expectare, iuris sui præiudicium probare volentem, &c.*

CAPVT XLIX.

Vtrum minor XXV. annis restituendus sit aduersus spretam operis noui nunciationem. D



ACcursius in l. 1. §. Nũciatio. ff. de operis noui nunc. negat minorem annis XXV. restituendum esse aduersus spretam operis noui nunciationem, quoniam restitutio esset ei inutilis. Est enim restitutio in pristinum statum repositio, Ergo ędificium demoliendum esset, vt in pristino statu res esset. Ad hunc tamen effectum, vt aduersarij sumptibus ędificium destruatur esse cõcedendum in integrum restitutionem, respondenunt Riminaldus senior in cons. 427. nu. 51. & Natta cons. 17. nu. 6.

Sed non puto istos audiendos esse, quia cùm quęritur an minor restituendus sit aduersus contemptam nunciationem, non illud quæritur, an sit ædificium demoliendum, & ad hunc effectum cõcedenda restitutio: id enim inutile est minori, & ridiculum: sed hoc quæritur, an minor præstare possit, nunc cautionem de opere demoliendo, quam tunc ei cùm nunciaretur nouum opus, præstando ædificare potuisset, ad hunc scilicet effectum, vt non statim ędificium destruatur, sed data cautione prius de iure minoris cognoscatur, an licuerit ei opus facere, & simul de iure aduersarij.

Bartolus in l. 1. §. Nunciatio. ff. eod. tit. minorem putat restituendum, vbi constat eum iustè ædificasse. Sed non satisfacit mihi, quia id cognosci non potest, sed inprimis demoliendum est opus l. 1. §. Sed si is. ff. eod. tit. nisi restituatur in integrum.

Ruinus in d. §. Nunciatio, nu. 77. vers. Vel fortè restituendum minorem docet, vt cautionem præstet, & ea præstita audiatur, & res definiatur, argum. l. Minor 25. annis omissam. ff. de minoribus.

Sed Alciatus eundem locum tractans nu. 66. hãc sententiam impugnat, ea ratione, quia aduersarius minoris dicere potest causam expediri potuisse intra spatium trium mẽsium, & ideo cautionẽ non fuisse necessariam, secundùm l. Vn. C. de ope. no. nunc.

Verùm sententia Ruini placuit doctissimo Oddo de restitut. in inte. parte secunda, quæstione 80. artic. 3. & mihi quoque placet, quia minor lęsus ob missam allegationem in integrum restituendus est d. l. Minor 25. annis omissam: sed hic minor omisit cautionem, quam præstare potuisset: ergo per in integrum restitutionem ea præstita, audiendus est.

Argumentum Alciati in alijs qui sunt maiores 25. annis locum habere potest, non in minoribus, quibus speciale auxilium restitutionis cùm indulgetur, simul & ea concedi debent, sine quibus in integrum restitutio vtilis esse non potest.

CAPVT L.

Ad l. Vn. ff. de remissionibus.



Ait Prætor quod ius sit illi prohibere, ne se inuito fiat, in eo nunciatio teneat. Cæterum nunc actionem missam facio: sed hoc titulo remissiones proponuntur, & verba Prætoris ostendunt remissionem ibi demum factam valere, vbi nunciatio non tenet. Nunciationem ibi demum voluisse Prætorem tenere, vbi ius est nunciantis prohibere, non se inuito fiat. Cæterum, siue satisdatio interueniat, siue non, remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio. Verba sunt Vlpiani in l. 1. de remissionibus. Sic enim affirmant legendum esse ex Pandectis Florentinis, Antonius Augustinus lib. 1. Emendationum, cap. 3. & Iacobus Cuiacius lib. 1. obseruar. c. 16.

Cæterùm in eodem capite subiungit Cuiacius, cùm Vlpianus dicat: *Item Iuliano placet fructuario vendicandarum seruitutum ius esse, secundum quod opus nouum nunciare poterit vicino, & remissio vtilis erit; ipsi autem domino prædij, si nunciauerit, remissio inutilis erit,* subiungit, inquam, Cuiacius, Iuliani sententiam referri tantùm ab Vlpiano, sed non probari, quia vsufructuarius nec nunciare nouum opus suo nomine potest l. 1. §. Vsufructuarius. ff. de oper. nou. nunc. nec seruitutem vendicare. l. 1. ff. Si vsusfructus petatur.

Rursus putat corrigẽdum textum, cùm ait, si fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, remissionem vtilem esse. Et legendum putat inutilem esse, quia tunc est vtilis remissio, cùm nunciatio non tenet: Igitur vbi nũciatio tenet, inutilis est remissio. Rursus dum ait tex. *Ipsi autem domino prædij, si denunciauerit, inutilis erit remissio* legẽdum putat, *vtilis erit,* quia vbi nunciatio non tenet, vtilis est remissio.

Cęterùm hæc non probãtur Roberto Aureliano lib. 2. receptar. iuris Ciuilis lectio. c. 12. nec Duareno ad tit. de

oper.

oper.non.nunc.Prælect.6.nec Hotomano responsorum amicab.lib.2.cap.16.

Isti docent Iuliani sententiam Vlpiano probari, sed ita accipiendam, vt vsufructuarius non suo nomine, sed nomine domini nũciare possit, iuxta l.1.§.vlt.ff.de ope.no.nunc. Et licet fructuarius ius non habeat vendicandarum seruitutum directum, vtilem tamen vendicationem habet.l.Si vsusfructus.ff.de aq.plu.arcen.

Quod verò attinet ad illa verba textus, quæ corrigenda putauit Cuiacius, ipsi existimant nihil esse mutandum, quia sensus legis est, si fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, vtilem esse remissionem, id est, necessariam. Nam valet tunc nunciatio consequenter prodest, & vtilis est remissio. Cæterùm, vbi non tenet nunciatio, ibi remissio est inutilis, id est, superuacanea, & nullam adferens vtilitatem, vtpotè nõ necessaria, cùm ipsa nunciatio non valeat.

Mihi hæc posterior interpretatio aduersus Cuiacium maximam videtur habere verisimilitudinem, etenim verbis legis consentanea est, & nullam continet absurditatem.

Ad argumentum Cuiacij respondeo, non dicit textus in superioribus verbis vtilem esse remissionem, vbi nunciatio non tenet, & cõtrà, inutilem vbi nunciatio tenet; sed textus dicit, remissionem factam valere, vbi nunciatio non tenet. Rectè, quia nunciatio remittitur, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuit.l.1.ff.de oper.no.nunc. Itaque si iure fit nunciatio, non valet remissio. Contrà remissio valet, si non iure nunciatio facta sit.

Cæterùm, quod attinet ad fructuarium, magis probo sententiam Cuiacij, quia Vlpianus in l.1.ff.si vsufr.pet. amplectitur sententiam Labeonis & sequacium, existimantium fructuario non competere ius vendicãdarum seruitutum. Huic autem repugnat sententia Iuliani, cuius facit mentionem in d.l.1.de remission.

Huc accedat, quod Vlpianus dicit, *& secundum hoc*, id est, secundùm hanc Iuliani sententiam, fructuarius poterit opus nouum nunciare, quod est falsum, quia nõ potest; nisi nomine domini.l.1.§.vlt ff.de ope.no.nunc.

Nec obstat l.Si vsusfructus.ff.de aqua plu.arcen.quia loquitur de actione aquæ pluuiæ arcendæ, nec de vtili actione Iulianus sensisse videri potest, cùm dixit, fructuario ius competere vendicandarum seruitutum, vt in d.l.1.de remission.

CAPVT LI.

Vtrum fideiussor, qui in maiorem summam se obligauit quàm deberetur à reo principali, teneatur saltem vsq; ad summam debitam.



ADnectam hic paucula quoq; de fideiussoribus controuersia; & sibi primum vendicabit locum celebris, & sæpe agitata quæstio de fideiussore, qui se in maiorem summam obligauit, an saltem teneatur in summam verè debitam. Cõis est veterum opinio, non teneri. Vide Bart. & alios ad l.Græcè.§.Illud.ff.de fideiussoribus.

Contrarium docuit Alciatus lib.5. parergon, cap.17. Duarenus in tit.de fideiussorib.cap.3. nouissimè Fornerius select.lib.3.cap.11.

Eandem sententiam, & ipse secutus sum, nõnunquam docendo, disputandoque, nunc verò communem antiquorum sententiam amplector. Rationem adferam, si prius testimonia indicauero, quibus vtraque sententia defendi solet.

Communis sententia, quæ fideiussorem teneri negat, fundamentum habet in d.l.Græcè.§.Illud.ff.de fideiuss. dum textus ait: *Omnimodo non obligatur.*

Contrariæ sententiæ fundamentum est primùm, quia non ita legendum sit in d.§.Illud, sed *omnino non obligatur*. Secundò, quia illa negatio postposita signo vniuersali, non semper æquipollet suo cõtrario, vt patet ex l.Si seruus.§.Si plurium.ff.si quis cautio. Tertiò, in l.Rogatus 33.ff.mand.in l.Si vltra.C.de fideiuss.in l.17.§.Mulier.ff.ad Velleian.in l.Siue.ff.de iure dotium, in l.Si totius.ff.de fideiussorib.

Sed cur sñiam priorem, istis non obstãtibus, nunc amplectar, fecit doctissimus Conanus, qui ita apertè hanc sententiam argumentis contrarijs refutatis euincit, vt cuilibet veritatis studioso & amãti persuadere possit, id ita esse. Reddam ipsius verba elegantiæ plena & eruditionis. Is lib.6.commentariorum iuris, c.6. nu.8. sic ait:

In iudicijs tamen quod ad summas attinet, minor videtur esse in maiore, & qui poscenti X. spondet V. in V. erit adstrictus, vt placet Vlpiano: Fideiussoris alia ratio est, qui non constituit obligationem per se, sed ei accedit. Ideò minus polliceri, quàm debitor dum illud quod promittit sit pars primæ obligationis; maius aut aliud, non potest. Nec enim quod maius est, accedere ei quod est minus, potest; nec pars esse totius, quod aliud est à toto. Quapropter in hac ipsa lege & sequenti Themate negat ex Marcelli sententia Vlpianus fideiussorem obligari, qui pro Stichi debitore promittit Stichum, aut X: non solùm quia durior est fideiussoris causa, sed magis quod alia est à principali: veluti si pro eo qui scyphum aureum promisit, ego adpromitteam argẽteum. leuior est causa mea obligationis: neque tamen valet, quia separatam habet rationẽ à prima, nec eius omnino pars esse potest. Ex quo dicendum videtur, non esse iustam fideiussionem eius, qui pro eo qui debet XV. promittit XX. quoniam hæc summa in illa esse non potest. Quod si nec eadem summa est, nec pars eius, relinquitur alterius rei & summæ factam esse fideiussionem, & propterea nullius esse momenti. Atq; in alijs speciebus expeditum est, vt non obligetur fideiussor, qui purè vel breuiori die spopondit pro eo qui sub conditione, vel in longiorem diem tenebatur. At ista comparat Iustinianus, & eodem iure censet; Fideiussores, inquit, ita obligari non possunt, vt plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest, quàm in principali re. At ex diuerso vt minus debeant obligari possunt. Itaque si reus X. aureos promiserit, fideiussor in V. rectè obligatur. Contra verò obligari non potest. Præterea nulla est Imperatorum Constitutio nullum Iurisconsultorũ responsum, quod dicat fideiussorem in duriorem causam acceptum teneri in eo tantum, & quatenus reus ipse est obligatus, quod omissum non fuerant. Est enim cognitione dignissimum, & magni in hac materia ponderis. Imò verò apertè ac dilucidè vbique dicunt non obligari. Et Vlpianus dicit, ne quis relinqueretur hac de re scrupulus, eum commodè non obligari.

Et post pauca hæc subijcit, respondens ad l.Si vltra. C.de fideiusso.& ad l.Rogatus.ff.mandati. Nam cætera quæ superiùs attulimus testimonia, nulla egent confutatione, quia ad rem non faciunt.

Quod si contra formam iuris est fideiussio, inquit Conanus, *quæ iniquiore est conditione, certè nulla in parte valere potest. Atque hæc in fideiussore, qui propriè dicitur, qui interuenit post cõstitutam obligationem debitoris, ad quam omnino accommodandus est, vt minus vel tantum quantum reus ipse promittat, nihil præterea. In fideiussore, qui præcedit obligationem, quem propriè mandatorem dicimus, secus est dicendum. Nam antecedentem fideiussionem interpretatur, & pro arbitrio limitat subsequens obligatio, sic vt ad illam hæc nihil possit addere. detrahere de ea aliquid & diminuere valeat. Veluti si mandaui tibi, vt X. aureos crederes Meuio Calendis Ianuarijs reddendos, tu quinque tantum dedisti, aut X. reddendos longiore tempore puta Calendis Martijs, quamuis aliud mandaueram. Sed in eo tu nihil fecisti contra mandati legem, cum feceris conditionem meam meliorem. Fideiussores enim & in partem pecuniæ, & in partem rei rectè accipi possunt, vt ait Pomponius. Sin dedisti Meuio XV. præsenti die reddendos, tamen sum obligatus, quatenus mandaueram, vt X.*

tibi

tibi restituam Calendis Ianuarij. Mandatum enim meum post trahitur adaptaturq; contractæ obligationi, cuius portio quædam est, aut potius ad partem eius tantùm refertur, & catenus obligor, vt si postquam Titio XV. aureos Calendis Martijs soluendos mutuasti, interponam fidem meam pro X. aureis reddendis Calendis Martijs, obligatus sum promissione mea, cùm minus contineat, quàm prima cui accedit, & melioris conditionis sim, quàm reus ipse. Et post pauca: *Hac ratione fundatum est, quod Iulianus respondit. tit. Mandat. l. Rogatus, & q. & Diocler. & Maxim. in l. Si vltra. C. de fideiussor.* Sic ille, cui rectè monenti, & assertior, & ab omnibus etiam studiosis in hac disciplina legali gratias habendas existimo.

CAPVT LII.

An exceptio excussionis competens fideiussoribus ex Nouella Iustiniani dilatoria sit, & necessariò ante litem contestatam proponenda.



EXceptionem excussionis Doctores multi dilatoriam esse censuerunt, & idcirco ante litem contestatam proponēdam iux. l. Exceptionem. C. de probation. cap. Inter monasterium, de sent. & re iud. Alij anomalam esse dicunt, & ideo tam ante, quàm post litis contestationem obijci posse. Alij dilatoriam esse fatentur, & ante litis contestationem opponendam, sed tamen, & si non fuerit opposita, condemnandum non esse fideiussorem, nisi probet actor inopiam principalis debitoris. Vide Bartolum in l. 3. ff. de except. Portium comm. opinionum lib. 1. conclus. 41. in 3. Ampl. Antonium Gabriel. commun. concl. tit. de fideiussorib. conclus. 1. nu. 12. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 27. num. 3.

Ego sic me breuiter expedio, hanc esse dilatoriam exceptionem, & consequenter ante litis contestationē opponendam esse. Nam exceptio dilatoria est, quæ differt actionem, ad tempus nocet, & temporis dilationem tribuit. l. 2. ff. de except. §. Appellantur. Instit. eod. tit.

Eiusmodi hæc est, quia differt actionem, donec facta sit excussio principalis debitoris.

Fundamentum contrariæ sententiæ est, quia fideiussor non simpliciter obligatus videtur, sed sub ista conditione, quatenus à principali debitore non exigatur. Hic enim videtur effectus huius beneficij excussionis prius faciendæ ex bonis debitoris.

Respondeo, id non rectè dici, quia nullam obligationi fideiussoris conditionem iniecit excussionis exceptio quam concessit Imperator Iustinianus, imò purè obligatus est fideiussor. Veruntamen vti exceptione hac potest, quæ cùm dilatoria sit, meritò ante litis contestationem opponenda est.

CAPVT LIII.

Excussionis exceptio an locum habeat cum causa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt loquuntur, vel sine strepitu & figura iudicij sola facti veritate inspecta cognoscenda est.



TRactant confusè hanc quæstionem nostri Doctores, nec est eadem omnium sententia. Vide Baldum ad l. Si mancipium. §. 1. ff. de Euict. Aretinum in §. Item si quis in fraudem, numero 10. vers. Quæro statuto cauetur, de except. & ibidem Iasonem, num. 78. Socinum seniorem in consi. 24. lib. 1. Alexandrum ad l. Si constante, col. 9. ff. sol. matrim. Gabrielum lib. 3. commun. conclus. tit. de fideiussorib. concl. 1. nu. 71. Straccam de mercatura, tit. quomodo in causis mercator procedatur. num. 8. Andream Geyll. lib. 2. obser. 27. num. 26. Decisionem Genuensem 90. Decisionem Pedemontanam Thesauri 25. Menochium tit. de arbit. iudicum, quæst. 51. Nattam consi. 231.

Ex his aliqui negant excussionis exceptionem in his casibus, quos proposuimus locum habere, quia ex iuris apicibus esse videtur.

Alij affirmant locum habere, quia non tam ordinem iudicij respiciat, quàm partis beneficium.

Alij hac distinctione vtuntur, vt siquidem fideiussor ea vtatur exceptione ad iudicium infirmandum, quasi nullum sit, & tunc nequaquam admittēda sit. Sin autem ad alium finem, nimirum ne ipse cogatur soluere, sed prius debitor excutiendus sit, & tunc admittenda sit.

Ego verò totam hanc controuersiam explicari commodè & solidè existimo, propositis aliquibus cōclusionibus in hunc modum.

Prima conclusio: Inter mercatores qui argentarij seu argenti distractores appellantur, locum non habet excussionis exceptio. Ita statuit disertè Imperator in Nouella de fideiussoribus & mandatoribus, ad finem.

Secunda conclusio. Si inter alios mercatores res agatur, locus est huic constitutioni de excussione facienda. Probatur, quia Imperator in d. Nouella excipit tantùm argenti distractores. Ergo in alijs mercatoribus firma manet constitutio.

Tertia conclusio. Vbi summariè, simpliciter, sine figura iudicij procedendum est, locum habet excussionis exceptio. Probatur, quia in huiusmodi causis cautū est, exceptiones dilatorias & frustratorias reijciendas esse. Legitimas verò exceptiones admittendas, vt habetur in Clem. Sæpe, de verb. sign. Sed exceptio, qua de agitur, legitima est, & iusta à Iustiniano tributa iustas sanè ob causas, vt habetur in d. Nouella de fideiussorib. & mandatoribus. Ergo reijcienda non est.

Quarta conclusio. Vbi ex bono & æquo causa cognoscenda est, locum habet exceptio ista: Probatio, Nam exceptio hęc summam continet æquitatem, vt priùs debitor qui pecunias accepit, & debitum contraxit, soluere cogatur, quàm fideiussor, vt latè prosequitur Imperator in d. Nouella de fideiusso. & manda.

Non obstat quod obijcitur exceptionem hanc esse ex apicibus iuris. Nam nulla lex hoc dicit, nō l. Fideiussor. §. Quædam ff. mand. non alia vlla lex. Quomodo enim respiceret apices iuris exceptio, quam summa ratione & æquitate inniti, tam latè ac diligēter Iustinianus demonstrat in dicta Nouella.

Postrema conclusio. Sed & si procedēdum sit, in causa & lite sola facti veritate inspecta, idem puto respondendum, quia legitima est hæc exceptio. Iudex autem qui sola facti veritate cognoscit, eam sequi veritatem debet, quæ legib. roborata est, vt docet Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 42. num. 2.

CAPVT LIV.

Si fideiussor obliget se, vt principalem debitorem in solidum, an beneficium amittat excussionis?



TRes sunt Doctorum sententię hac de re. Prima fideiussorem non amittere beneficium excussionis cùm se obligat vti principalem debitorem in solidum. Ita Accursius in Authent. de fideiusso. §. 1. in vers. fideiussorem. Speculator tit. de Renunciatio. nu. 18. Papiensis in forma libelli contra plures reos debendi, in ver. beneficio nouatum, num. 3. Iaffredus decis. 83. cent. 1. & alij quos commemorat Antoninus Thesaurus decis. Pedemont. 166. vbi testatur senatum illum hanc sententiam secutum fuisse.

Fundamentum est, quia nouatio non inducitur, nisi expressè id agatur. l. vlt. C. de Nouatio. Consequēter nō est obligatio ipsa principalis debitoris sublata, Ergo neque

que fideiussoris obligatio, quæ accessoria est, ac perinde suam retinet naturã, vt scilicet fideiussor non prius conueniatur, quàm principalis debitor fuerit excussus.

Secunda est sententia Cyni & aliorum, quos refert & sequitur Natta in consi. 345. Alexandri in consi. 31, lib. 5. & aliorum, quos Antonius Gabrielius citat cõmun. conclus. tit. de fideiussorib. concl. 1. nu. 99. si fideiussor eodẽ tempore se obliget quo principalis debitor, non habere beneficium excussionis, quia ipse & principalis debitor constituti videntur duo rei debendi, quibus non competit excussionis beneficium, Si verò diuerso tempore fideiussor obliget se, tunc quia duo rei debendi constitui non possunt, institut. de duob. reis, in princip. ideo fideiussori competit solitum beneficium excussionis.

Tertia est sententia in proposita facti specie fideiussorem amittere beneficium excussionis, ita Marsilius ad Rubr. de fideiussoribus, nu. 62. Ancharanus quæst. famil. in prima parte, c. 32. nu. 9. Rota Genuensis decis. 78. nu. 2. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 28, nu. 2. 6.

Fundamentum est, quia verba contrahẽtium ita sunt accipienda, vt aliquid operentur, & ne superflua sint, argum. l. Si quando, de legatis 1. c. Si Papa, de priuil. lib. 6. Ergo vt aliquid operentur illa verba, quibus fideiussor obligat se tanquam principalem debitorem, dicendum omnino est non habere locum excussionis beneficium.

Hæc postrema sententia maiorem mihi verisimilitudinem habere videtur in re tam obscura & ancipiti: ea ratione, quòd huiuscemodi fideiussoris obligatio videatur continere tacitam renunciationem beneficij excussionis. Nam si fideiussor vult se obligatum tãquam principalem debitorem, Ergo non vult gaudere beneficijs fideiussorum, quia hoc applicaret maximam repugnantiam. Quilibet autem renũciare potest fauori suo. l. pen. C. de pact. si itaque creditor cõuenerit in proposita specie fideiussorem, & is exciplat, prius conueniendum esse principalem debitorem, replicare poterit, imò non esse conueniendum, quia fideiussoris obligatio sic constituta est: ac si non fideiussor sit, sed debitor principalis. Non potest autem videri sic constituta esse, si ipse velit vti exceptione illa excussionis.

Non obstat illud argumentum contrariæ opinionis, Nouationem nõ induci, nisi expresse id agatur; quia hoc concedo, sed nego consequentiam. Ratio est, quia hæc duo possunt simul cohærere, & cohæret, vt debitor principalis remaneat obligatus, & simul quoque fideiussor, sine beneficio excussionis. Non potest hoc in casu fideiussoris obligatio naturam suam seruare, quia repugnat fideiussoris conuentio, qua se vti debitorẽ principalem obligauit. Si enim vt principalis debitor obligatus est, ergo non vt fideiussor. Consequenter non habet fideiussoris beneficium, quasi tacitè illi renuntiauerit.

Non obstat quoque si dicatur, fideiussorem si ex interuallo se obligauit, haberi nõ posse pro correo debendi; quia id cõcedo. Dico enim haberi pro fideiussore, sed ita comparato & constituto, vt videatur esse principalis debitor; ex hoc enim efficitur, eum vti nõ posse exceptione excussionis. Nullum autem ius repugnat, nulla iuris ratio, quò minus & si non sint duo rei debẽdi, nihilominus esse queant vnus debitor, alter fideiussor sine beneficio excussionis.

CAPVT LV.

Vtrum confiscatis bonis principalis debitoris conueniri possit fideiussor antequam fiscus conuentus fuerit?

Controuertitur quoque, si debitoris bona confiscata sint, vtrum creditori liceat fideiussorem conuenire, antequam fiscum bonorum possessorem conueniat. Quod videtur Ancharano consilio 294. Socino seniori consilio 46, libro quarto, & Panormitano consilio 29, num. 12. lib. 2.

Fundamentum est, quia fiscus non est debitoris hæres, sed possessor bonorũ debitoris. l. 1. §. An bona. ff. de iure fisci. Deinde, quia is cuius bona confiscantur, plerunque non est præsens, sed vel capite plectitur, vel in contumaciam cõdemnatur, ex moribus & constitutionibus passim ferè receptis. Cùm autem debitor præsens non est, fideiussorem conuenire licet, nec obijci potest illa exceptio, prius debitorem esse conueniendum, vt expresse constituit Imperator in Nouella de fideiussoribus & mandatoribus.

Denique, hęc sententia probatur ex l. Sententia. C. de fideiussor. & mãdator. *Sententia*, inquit textus, *bonorum omnium ademptionẽ continẽte, rei damnati principalis intercessores eligendi creditori potestas non adimitur*. Idem probatur in l. 3. C. eod. tit.

Contrarium docuerunt Bartolus, Castrensis, Decius in l. vlt. ff. si certũ pet. & alij à Gabrielio citati lib. 3. cõm. conclus. tit. de fideiussorib. conclus. 1. num. 3. nouissimè M. Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1. nu. 66.

Fundamentum est, quia fiscus succedit in bonis debitoris ad instar hæredis, licet hæres non sit, & ideo tenetur creditoribus satisfacere, sicut hæres tenetur. l. 2. C. ad l. Iul. de vi pub. l. Si marito. ff. sol. matr. l. Si vt proponis. C. de bonis præscrip. l. 2. C. de sentent. passis. l. 1. C. de fideiusso. Cõsequẽter fiscus loco esse videtur ipsius debitoris, Ergo ex Nouella Constitutione Iustiniani de fideiuss. & mãdat. conueniendus est priùs quàm fideiussor.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, & æquior.

Ad primum argumentum respondeo, fiscum quidem non esse absolutè hæredem, sed nec absolutè censeri debere, tãquam tertium possessorem bonorum debitoris. Nam si videretur esse tertius quidam possessor, actionibus personalibus conueniri non posset, quia illæ nõ dantur contra possessorem bonorum. l. 1. §. Si hæres. ff. ad Trebell. Fiscus autem conuenitur actionibus personalibus, vt dictum est.

Ad secundum argũ rñdeo, licet debitor sit absens, fiscum tñ qui loco debitoris est quantum ad hoc, vt creditoribus satisfacere teneatur, præsentem esse; & consequenter non rectè adaptari ad hanc quæstionem, quod de debitore absente ab Imperatore adiectum est, in dicta constitutione de fideiussoribus & mandatoribus.

Ad vltimum argumentum respõdeo, leges quæ adferuntur, locum non habere inspecta constitutione Iustiniani, qua nunc vtimur, vt nimirum fideiussor cõueniri non possit, antequam debitor conueniatur: olim cùm legibus illis locus erat, electio dabatur creditoribus conueniendi vel debitorem, vel fideiussorem eius, quã electionem sublatam non esse, cùm ad fiscum bona debitoris peruenerunt, dictis legibus declaratur. Sed alio iure nunc vtimur, vt dixi, ex Iustiniani constitutione, qua creditoribus electio adempta est conueniendi vel debitorem, vel fideiussorem. Debet enim prius debitor conueniri, quàm fideiussor conueniatur.

CAPVT LVI.

Excussio principalis debitoris, si facta sit, & eo reperto non soluendo, actum sit aduersus fideiussorem, cæterùm iudicio pendente debitor factus fuerit soluendo, an creditori opponi possit, vt prius agat contra debitorem?

Præterea controuersia est, si facta sit excussio debitoris, & inuentus fuerit non soluendo, & ideo creditor agere aduersus fideiussorem cœperit, an si inter moras debitor diues factus sit, competat fideiussori exceptio ista, vt prius creditor agat contra debitorem. Affirmant Iacobus Beluisius in §. Sed neque, in Authen. de Fideiussor. Raynerius ciuis meus, & Iacobus de Arena in Authen. Præsente. C. de

Fide-

Fideiussor. Alex. ad l. vlt. ff. si cert. pet. & ad l. Si mulier. ff. sol. matr. & in cons. 100. lib. 5. alios citat Antoninus Gabrielius lib. 3. cōm. concl. tit. de Fideiussor. cócl. 1. nu. 80. A

Cæterum, negant Decius ad l. vlt. ff. si cert. pet. & ibidem Castrens. Petrus & Cyn. in d. Authent. Præsente, & alij à Iasone citati in l. Si constante, nu. 224. ff. sol. matr. & à Gabrielio loco proximè citato.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia exceptio lite pendente superueniens reo, prodest, vt eam obijcere possit, vt probatur in §. vlt. instit. de perpet. & temp. act. in l. Cùm decem. §. vlt. ff. de sol. in l. Si diuerterit. ff. sol. matr. in l. Sin autem. § 1. ff. de rei vend.

Facit pro confirmatione. l. De ætate. §. Ex causa. ff. de interrog. act. ibi. *Quod ea quæ postea emergunt, indigent auxilio.* Et l. His oneribus. §. penult. ff. de vaca. mun. ibi. *Auctis post appellationem medio tempore facultatibus non excusantur.*

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. vlt. ff. si cert. pet. in illis verbis: *Sed si cum Seio egero, quantumcunque est, quò minus à Titio exigere potero eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est, tanto minus à Titio postea petere possum.* Sicut ergo ibi creditori non licet omisso Seio, à quo partem petebat secundùm formam stipulationis, totum à Titio petere postea diuite effecto; sed quantumcunque fuit, quod à Seio petijt, amplius à Titio petere non potest; ita & in quæstione nostra tempus iudicij cæpti attendi debet; ita scilicet, vt si tempore iudicij cæpti soluendo debitor non sit facta excussione, & idcirco contra fideiussorem agatur; non liceat creditori postea agere contra debitorem, & ab eo petere amplius id quod à fideiussore petijt. B

Huc accedit ratio. Nam creditor iam conuenit debitorem, & excussit eum secundum Iustiniani constitutionem in Nouella de fideiussor. & mandator. non videtur ergo iustum, vt cogatur iterum debitorem conuenire, licet dicatur effectus iam diues & soluendo. C

Ego sanè si id certum sit debitorem litis contestationis tempore bona acquisiuisse, & factum esse locupletem, nec vlla calumniæ suspicio subsit, existimo priorem sententiam æquiorem esse, & iuri magis consentaneam, tum ex ijs argumentis quę superius allata sunt, tum etiā arg. l. Inter eos. §. Fideiussor. ff. de fideiusso. ibi. *Sed humanius est, &c. Si alter soluendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui soluit succurri.*

Cæterùm, si id non vsque adeò certum & exploratum sit, nec nullus omnino calumniæ timor sit, non puto creditorem esse compellendum, ad nouum iudicium aduersus debitorem instituendum. Primò, quia iam satisfecit præceptis legis conueniendo prius debitorem. Deinde, ne altera super his altercatio oriatur, an post semel factam excussionem debitoris, is soluendo factus sit, ac proinde conueniri iterum debeat: quod nimis magnam hominum astutijs & calumnijs fenestram aperiret.

Porrò l. vlt. ff. si cert. pet. non facit ad rem, quia in illa specie creditor spontè redire volebat ad Titium, quem reliquerat, Seium conueniendo, qui promiserat soluere, quātò minus à Titio exigere posset. Non poterat ad Titium redire, quia via quam elegerat ei patens erat, nec variare & consilium mutare in damnum alterius quisquam potest. At in quæstione nostra creditor, qui semel conuenit debitorem, & excussit, non vult ad eum redire, imò recusat, sed fideiussor vellet eum compellere. Dicimus non iure id velle, nisi eo tempore, quo lis contestatur inter ipsum creditorem & fideiussorem, hoc est, initio ipsius iudicij, exceptio ista opponatur: & nullus sit calumniæ metus, secundùm ea, quæ superius deducta sunt. D

CAPVT LVII.

De fideiussore iudicatum solui in prima instantia dato, an teneatur ex sententia lata à Iudice appellationis?



FIdeiussor iudicatum solui apud primum iudicem, cuius nomen expressum est, in causa appellationis non tenetur. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. solui. idque inter omnes constat. Sed si Iudicis nomen expressum non sit, vtrum teneatur nec ne, non est eadem omnium sententia. Nam Martinus antiquus Glossator existimauit teneri, quem alij multi secuti sunt apud Vincentium Francom decis. 208. num. 2. & 220. parte 1. & apud Antoninum Thesaurum decis. Pedemont. 202. Egid. Bellern. decis. 353. Cautiones.

Cæterùm Gulielmus de Cunio, quem & alij secuti sunt ab Antonino citati, hac vtebatur distinctione. Aut is pro quo fideiussor interuenit à primo iudice condemnatus est, aut absolutus. Si fuerit condemnatus, licet à sententia appellauerit, tamen committi stipulationem aduersus fideiussorem dicebat: sin autem absolutus fuerit, licet postea à Iudice appellationis fuerit condemnatus, nequaquam committi stipulationem, atque hoc in casu fideiussorem non teneri.

Bartolus autem in d. l. Cùm apud Semproniū. ff. iud. sol. cui sequaces non desunt, arbitratus est, appellatione interposita fideiussorem, de quo agimus, non teneri.

Prioris sententiæ, quę fideiussorem teneri asserit, fundamentum est, quia causa appellationis eadem esse videtur cum causa principali, quātum ad exceptiones dilatorias, arg. l. Ita demum. C. de Procu. Fideiussio autem iudicatū solui pertinet ad dilatorias exceptiones. l. Pomponius. §. Ratihabitionis, ff. de procur. Denique videtur esse idem iudicium, arg. l. Proponebatur. ff. de iud.

Fundamentum autem distinctionis Gulielmi est, quia si debitor pro quo fideiussor interuenit condemnatus est à primo Iudice, meritò commissa videtur stipulatio, ne sit in potestate debitoris condemnati appellando liberare suos fideiussores, arg. l. Ne in potestate. ff. de arb. Si verò debitor absolutus sit à primo Iudice, non committitur stipulatio: quia fideiussor promisit iudicatum solui. At debitor à iudice condemnatus non est, sed absolutus. Ergo nō est opus, vt fideiussor iudicatum faciat, etsi enim à Iudice appellationis debitor sit condemnatus, ad hunc tamen casum obligatio fideiussoris pertinere non videtur. Et hoc est quod ait tex. in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. *Ideo in stipulatione adijci, quive in eius locum substitutus erit.*

Denique fundamentum Bartoli est primò in l. a C. de procur. Secundò in §. Si verò, in Instit. de satisdat. in illis verbis: *Omnia dabit fideiussor quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum.* Tertiò, quia mutatione instantiæ, liberantur fideiussores. l. 2. ff. iud. solui. Quartò, quia actio oritur ex sententia confirmante, non ex confirmata, vt no. in l. eos. C. de appellat.

Sed nullum ex ijs argumentis idoneum mihi videtur excepto eo, quod sumitur ex d. §. Si verò aliquis: Institu. de fideiusso. vbi cùm habeamus clarum & euidens testimonium, non videor cur Bartoli sententia præ alijs amplectenda non sit, & nostrum quoque approbationis calculum non mereatur. Erit igitur fideiussoris obligatio ita latè concipienda, vt ad hāc speciem producatur, qua fuerit à priori Iudicis sententia prouocatum.

Ad argumentū prioris sententiæ respōdeo. quantū ad exceptiones dilatorias æquiparari rectè causam principalē, & causam appellationis hoc modo, vt exceptiones quæ dilatoriæ sunt, ac proinde initio litis proponendæ, non possint opponi post litem cōtestatam, nec apud Iudicem causæ appellationis: Sic loquūtur leges allegatæ,

quæ res toto cęlo distat ab hac disputatione nostra. Licet enim fideiussiones huiusmodi nonnihil commune habeant cum dilatorijs exceptionibus, quãtum ad hoc, vt ante litem contestatam proponi debeant, tamen hac de re nostra disputatio non est, sed de ipsa stipulatione & obligatione fideiussoris an sit commissa, quod cum dilatorijs exceptionibus nihil prorsus commune habet,

Ad argumentum prioris membri distinctionis Gulielmi (nam posterius nobiscum consentit) respondeo, commissam non videri stipulationem, quia fideiussor quidem promisit iudicatum solui, sed sententia, qua iudicatum continetur, per appellationem rescissa est, l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil. Consequenter stipulatio committi non potest. Etsi enim postea sententia confirmetur à Iudice causæ appellationis, tamen non est illud iudicium, cui fideiussor se satisfacturum promisit, sed aliud longè diuersum; ad quod stipulatio, quæ strictè accipienda est, l. Quidquid astringendæ. de verborum oblig. non tam facilè extendenda videtur. Porrò ad hanc rem non pertinet. l. Proponebatur. ff. de iud. quæ mutatione personæ nõ mutari iudicium ad alium longè diuersum effectum statuit: nos enim hic de fideiussoris obligatione agimus, quæ strictè accipienda est, & restringenda ad eum casum, quo iudicatum sit à primo Iudice, apud quem fideiussio interposita est, non ab alio nisi dictum sit. Et non solùm iudicatum esse oportet à primo Iudice, sed etiam hoc requiritur, vt maneat iudicatum, hoc est, non extinguatur prouocationis remedio, iux. d. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil.

CAPVT LVIII.

Tutor vel curator, an condemnari & cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes administrationis?

TVtorem seu curatorem cogi posse ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis, respondit Socinus senior in consil. 24. lib. 1. quem sequitur Petrus Beuuttendus decis. Rotæ Bononiensis 90.

Fundamentum est, quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem eis quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè obijcitur compensatio. l. vlt. C. de compensa.

Sed hoc fundamentum valde infirmum est. Negari enim summa ratione potest, debitum tutoris vel curatoris liquidum esse, quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit, potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi & exponendi in vtilitatem & necessitatem pupilli vel adulti, quare iniquum est priusquã reddat rationem administrationis suæ, ex quibus apparebit an sit debitor vel creditor, eundem compelli ad redden dam pecuniam, atque ita rectè docuerunt Alexander in consi. 192. lib. 7. Ancharanus cons. 235. Prima facie. Crauetta cons. 275. nu. 13. Caualcanus de tutore & curatore, num. 214. quibus me socium adiungo.

CAPVT LIX.

Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à successione eius excluso; an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, si & ipsi tutorem non petierint, quasi annus eis currere incipiat.

SI proximior agnatus non petierit tutorẽ dari pupillo intra annum, excluditur ab eius successione, & idem est in matre ac substituto. l. 2. ff. qui petant tuto. l. 2. ff. ad Tertyl. l. Sciãt. C. de legit. hæred. Sed an proximiore non petente, incipiat annus currere sequenti in gradu,

A controuersia est. Bartolus enim affirmat in Lege, Nepotibus. C. qui pet. tuto. & idem respondit Calcaneus in consilio 33. nu. 11. & alij à Gabrielio citati comm. conc. tit. de Tutelis, conclus. 1. num. 9. Contrarium autem docuerunt Paulus Castrensis in d. l. Sciant, & alij à Gabrielio citati, loco proximè annotato.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia proximiore non petente alij possunt petere d. l. Nepotibus. Ergo si non petant à successione excluduntur. d. l. Sciant.

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. 2. §. vlt. ff. ad Tertyl. vbi dicitur matre tutorem non petente, successionem ad alios pertinere, nec id requiritur, vt etiam ab alijs agnatis, qui in ordine & gradu post matrem vocantur, tutor & petatur.

Huc accedat, quòd si essent quatuor vel quinq; agnati, & nemo eorum peteret tutorem dari pupillo, nemo posset hæreditatem obtinere, & fisco esset applicanda, quod absurdum esse videtur, & iniquum.

B Huic posteriori sententiæ subscribo. Licet enim proximiore viuente & negligente, alijs inferioris gradus cognatis liceat tutorem petere; non tamen eis pęna legibus irrogatur, vt nisi petierint hæreditatem amittant: sed pęna matri & proximioribus irrogatur, eorumque negligentia, non aliorum mulctatur, & ita accipienda est. l. Sciant. C. de legitim. hæred.

CAPVT LX.

Vtrum minori inuito dari possit curator ad litem, si actor sit.

MInori inuito curatorem ad litem dari non posse, si actor sit, haud obscurè docuerunt Alexander & Salicetus in l. Tutori. C. de negot. gestis. Glos. & Bartolus in l. 3. §. Si pupillus. ff. de tute-
C lis. Glo. & Albericus in l. Ait Prætor, 7. §. Permittitur. ff. de Minoribus.

Alij dixerunt, hoc verum esse, si minor cum tutore agat, aliàs secus Archidiac. & Ioan. Andr. in cap. Si annum, de iud. lib. 6. Alex. consil. 122. num. 5. lib. 1. Vrsillus ad Afflictum decis. 256.

Alij nulla distinctione adhibita minori etiam inuito, siue agat, siue conueniatur tutorem ad litem dari censuerunt, Angelus Aretinus in Instit. de curat. in principio, num. 6. authoritate tex. in §. Item inuiti. Instit. eodem tit.

Hanc difficultatem simul & controuersiam peperit, l. 3. §. Si pupillus. ff. de tutelis, cuius hæc sunt verba: *Si pupillus pupillave cum tutore, tutorve cum eorum, quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur, vtrum ipsis poscentibus datur, an verò & aduersarie? Et sciendum est, siue agant, siue conueniantur dari his hunc curatorem posse: sed non aliàs, quam si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique Caius lib. 6. scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem, neque cuiquam, nisi præsenti & postulanti: Itaque infanti non potest dari. Idemque Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debuisse.*

D Difficultas ex hoc oritur, quia textus dicit curatorem non dari, nisi is petat, cui dari eum oportet, & paulò inferiùs ait, si pupillus curatorem petere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debere. Ita igitur hunc textum aliqui accipiunt, vt prior pars loquatur de pupillo actore, & sensus sit ei, inuito curatorem ad litem dari non debere: posterior autem pars loquatur quando pupillus conuenitur, & ait, ei curatorem esse dandum, etiam inuito.

Sed hic est error manifestus, primũ, quia in prima parte textus loquit, siue pupillus agat, siue cõueniat, vt patet ex illis verbis: *Et sciẽdũ est, siue agãt, siue cõueniãtur, & c.* nõ ergo rectè intelligit eo in casu duntaxat, quo pupillus agit. Deinde, quia nõ hæc est sñia legis, non esse dandum curato-

curatorem ad litem pupillo inuito, sed nō esse dandum ei curatorem, nisi petat. Ipse enim prius petere debet, sed si non petierit, tunc ei etiam inuito dandus est curator à Prætore, ita hanc rem explicat Imperator Antoninus in l.1. C. qui pet. tuto. *Admone adolescentem aduersus quem consistere vis, vt curatores sibi dari postulet, cum quibus secundùm iuris formam consistas: qui si in petendis eis cessabit, potes tu competentem Iudicem adire, vt in dandis curatoribus officio suo fungatur.*

Atque istud est etiam quod ait tex. in d. §. si pupillus, in vers. Idemque Cassius.

Et licet Antoninus loquatur quando adultus conuenitur, eadem tamen ratio est, si agat. Nam is qui ab eo conuenietur, rectè petet ei curatorem ad litem dari, ne frustrà litigetur, quia si Iudex secundùm minorem pronunciauerit, valebit sententia, l. Non eo minus. C. de procurat. si verò contra minorem non valebit, l. Cùm & minores. C. si aduersus rem iud. Cogetur itaque minor non præcisè, vt sic dixerim, sed causatiuè, curatorem accipere, hoc est, si agere voluerit, & aduersarium cogere ad litem contestandam, & consistendum in iudicio. Et hoc est quod Imperator Iustinianus docet, inuitis adolescentibus curatores non dari, præterquam ad litem, vt in §. Item inuiti. in Instit. de curato. Maneat ergo hæc sententia, minorem siue agat, siue conueniatur, cogendum esse accipere curatorem ad litem.

CAPVT LXI.

Gesta per falsum procuratorem, an post latam sententiam ratificari à domino possint, in sui commodum & fauorem?

Constat inter omnes pendente iudicio dominum ratificare posse gesta per falsum procuratorem, ex Vlpiani responso, in l. Licet 56. ff. de iud. Similiter dubium non est, quin in sui præiudicium dominus possit, etiam post latam sententiam ratificare gesta per falsum procuratorem ex l. 3. §. Falsus. ff. rem ratam haberi. Verùm controuersia est, an etiam in sui fauorem possit dominus ratificare gesta per falsum procuratorem, puta si lata sit sententia in fauorem falsi procuratoris. Et affirmant quamplurimi. Gloss. in l. Si mater. §. Hoc iure. ff. de except. rei iud. Bart. in d. l. Licet. §. 6. ff. de iud. Iason in l. Licet. C. de procurat. Sebastianus Vantius tract. de nullitatibus. tit. quibus modis sentent. null. nu. 102. Egidius Bellamera decis. 29. Antoninus Tessaurus decis. Pedemont. 7. Andreas Geyll. lib. 1. obser. 47. vbi testatur, cùm hæc quæstio ex facto proponeretur, ita in Auditorio illo Spirensi conclusum fuisse.

Fundamentum est primò in d. l. Licet, 56. ff. de iud. sed nihil ad rem facit, quia loquitur de ratificatione pendente iudicio facta. Secundò, quia ratificatio mādato æquiparatur & retrotrahitur. l. vlt. C. ad Maced. sed responderi potest id locum habere re integra, cùm videlicet ratificatio fit eo tempore quo actus celebrari potest. Tertiò, quia videtur imputandum aduersario, cur mandatum procuratoris diligentius non examinauerit, & exceptionem falsi procuratoris non opposuerit. Sed nihil mouet hoc argumentum, quia maior est culpa falsi procuratoris, quàm negligentia aduersarij. Item, quia fieri potest, vt opposuerit exceptionem, sed Iudex non attenderit. Quartò, nam iudicium est nullum hoc in casu, quia consensus domini nō adfuit. Ergo quandocunque consensus eius superueniat, quod fit per ratificationem, reconualescit. argum. l. vlt. C. ad Maced.

Sed nihil etiam hoc euincit, quia ratificatio debet fieri re integra, & tempore congruo, non autem post ius quæsitum aduersario. Non enim potest superueniens consensus vnius, auferre alteri ius quæsitum secundùm regulas vulgares.

Contrariam igitur sententiam veriorem ac probabiliorem esse iudico, quam amplexi fuere Salicetus in l. Si tutor. num. 4. 5. C. In quib. cau. in integr. rest. non est necess. Petrus de Ferrarijs in pract. in forma libelli responsionis rei conuenti, in verbo Simoni Spelte. nu. 4. Mynsingerus cent. 1. obseru. 44. Rota Romana decis. 13. Nota quod gesta, & decis. 149. Nota quod vbi in antiquis & decis. 428. Si habens, in nouis, & apud Cassiodorum decis. 40. introducta super reg.

Fundamentum est primò, quia ratificatio fieri debet tempore congruo, quo actus celebrari potest. l. Bonorum. ff. rem rat. haberi. Sed post latam sententiam actus iudiciales fieri non possunt, iam enim facti sunt. Ergo post sententiam gesta per procuratorem falsum ratificari non possunt. Secundò, quia malitijs & dolis obuiandum est, l. In fundo. ff. de rei vendic. Occurritur autem hominum malitijs, si ratificatio hoc in casu non valeat. Nam si valeret, occasio daretur domino expectandi finem iudicij: Et si sententia contra se proferretur, eum non ratificaret, si pro se, ratificaret; quod est iniquum.

Tertiò, in iudicijs seruanda est æqualitas. l. vlt. C. de fruct. & lit. expen. Sed æqualitas non seruabitur, si valet ratificatio. Nam si lata esset sententia contra falsum procuratorem, non esset in potestate eius aduersarij, hoc obtinere, vt domino præiudicaret; hic autem in potestate domini, pro quo lata esset sententia, foret hoc efficere, eam ratificando vt aduersario suo præiudicaret.

Postremò, quia vbi falsus procurator inuenitur, nec controuersiæ dici solent, nec potest esse iudicium. l. Licet. C de Procur. Ergo non est in potestate hominis priuati per ratihabitionem efficere, vt iudicium, quod nullum est, valeat atque consistat. Et vt ius aduersario suo iam quæsitum, nullum esse iudicium, dicendo, auferat. Atque ita sentio.

CAPVT LXII.

Vtrum in absolutione à iuramento, ad effectum agendi requiratur partis aduersæ citatio? & an Ecclesiasticus Iudex, qui absolutionem à iuramento concessit, remaneat Iudex causæ principalis?

Antiqua est & celebris hæc controuersia. Videbatur prima, quod aiunt, fronte citationem partis requiri in absolutione impetranda à iuramento ad effectum agendi. Primò, quia iuramenti absolutio requirit causæ cognitionem. cap. Quanto. de iureiur. Causæ autem cognitio requirit partis citationem. l. In causæ 14. §. Causa autem cognita. ff. de Minoribus.

Secundò, quia pars lædi potest ex ipsa iuramenti absolutione. Nam absolutus à iuramento agere potest, & multa commoda habet ex ea absolutione. Citatio autem semper requiritur eius qui lædi potest. l. Nam ita diuus. ff. de Adopt. l. De vnoquoque. ff. de re iud.

Tertiò, quia si pars citaretur, forsitan ostenderet absolutionem per calumniam peti. argum. l. Satis apertè. C. ad leg. Corn. de Falsis. Ergo aduersus partem inauditam nihil definiendum est. cap. 1. de caus. possess. & propriet. cap. Caueant, 3. quæst. 9. cap. Inter quatuor. de maior. & obed.

Quartò, propter authoritatem eorum qui ita expressè docuerunt. Ita docuerunt Aocharanus in cons. 198. Prædictis subtiliter, & in cons. 382. Retento. nu. 3. Federicus Senens. cons. 300. Dominicus à S. Gemin. cons. 16. ad finem. Alexander in cons. 222. nu. 8. lib. 2. Guido Papæ quæst. 225 Felinus in c. 1. num. 23. de iureiur. Curtius senior cons. 43. in 2. artic. Hippolytus Marsilius ad l. De vnoquoque. num. 163. de re iud. Ruinus consil. 26. lib. 4. Panormitan. consil. 12. lib. 2. Socinus senior consil. 59. lib. 3. Bertrandus consil. 41. lib. 1. & 154. eod. Iason ad l.

Nec quicquam. §. Vbi decretum, col. 9. de off. procons. & leg. Gozadinus cons. 69. ad finem. Ioannes de Amicis cons. 31. Loffredus cons. 12. Paris. cons. 45. nu. 85. & 96. nu. 88. lib. 1. Vrsillus ad Afflictum decis. 120. nu. 11. Andreas Geyll. lib. 1. obseru. 22. num. 3.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam semper secutus fui, eo argumento adductus, quoniã per absolutionem à iuramento concessam ad effectum agendi, nullum aduersario præiudiciũ generatur, cuius de iure sit habenda ratio, consequenter citandus nõ videtur.

Consequentia satis certa est. Antecedens autem probatur.

Nam absolutio conceditur tantùm ad effectum agendi, hoc est, vt qui iuramento obstrictus est, agere valeat, nec à limine iudicij repellatur, tanquã periurus. Ex hoc autem quod aliquis agere possit, nullum præiudicium alteri generatur, cuius habenda sit ratio. Nam aut agendo probabit iniustitiam & turpitudinem contractus, propter quam meritò rescindendus sit, aut nõ probabit. Si non probabit, nihil eum iuuabit absolutio à iuramento concessa, manebit enim obligatus vinculo ipsius contractus, nec poterit ab eo recedere. Si verò probabit, tunc aduersarius quidem præiudicium sentiet, sed summa ratione, quia non expediebat eiusmodi contractum seruari, turpem ac iniustum, sed magis vtile eidem fuit eum rescindi, ne contra iustitiam ex alieno damno compendium faceret, ne animæ suæ iacturam faceret. Quid enim prodest homini, si vniuersum mundum lucretur, animæ verò suæ detrimentum patiatur?

Non obstat si dicatur interesse aduersarij, ne sumptibus in iudicio vexetur. Nam huius præiudicij rationem habendam nõ esse, vel cæco perspicuum est, quod si habenda esset ratio, nullus posset alterum ad iudicium vocare, & ad agendum admitti, nisi prius causa cognita appareret, eum bonã & iustam causam obtinere; quod est absurdum & ridiculum. Pœnæ sunt enim aduersus temerè litigantes constitutæ, quibus iniustè vexatis opportunè consultum est. l. Cùm quem temerè. ff. de iud. in Inst. de pœna temerè litigan. c. Calumniam. de pœnis, & alibi.

Exemplum adferunt Doctores liberti, qui patronum suum, vt in ius vocet, veniam à Prætore petit. Itẽ emancipati filij, qui litis instituendæ causa aduersus patris testamentum inofficiosum bonorum possessionem apud Iudicem agnoscit. Hæc enim omnia expediuntur parte non citata, quia nullum verè præiudicium infertur, tametsi ratio illa adferri possit, Patroni interesse ne temerè à liberto in lite vexetur. Item hæredis instituti interesse, ne temerè inofficiosum testamentũ arguatur. Non habetur ratio huius præiudicij, quia temerè litigãtes suis subiacebunt periculis & pœnis; & iniquè vexatis sua nõ desunt legum auxilia, quibus indemnes conseruentur.

Et hanc sententiam, quæ docet citationem nõ requiri, secuti sunt etiam plurimi, Ancharanus sibi parũ constans in cons. 18. Oldradus cons. 120. Io. Calderinus consil. 7. tit. de iureiur. Io. And. ad Specul. tit. de iureiur. vers. Vbi autem iurasset. Alciatus ad c. Cùm cõtingat. nu. 125. de iureiur. Afflictus decis. 220. nu. 10. Natta in cons. 167. Io. Crotus cons. 106. nu. 8. Crauetta in cons. 7. nu. 7. & ibi Stracca in addit. adiungit alios Couar. variarum resol. lib. 1. c. 4. nu. 6. Rolandus à Valle alios citans in cons. 12. nu. 38. & 42. nu. 28. lib. 1. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 18. in 1. part. Rota Romana in antiquis decis. 767. Sciendum est, quod aliquoties.

Ad argumenta contrariæ sententiæ hanc adfero responsionem. Concedo requiri causæ cognitionẽ aliquam in absolutione concedenda; sed quia per eam non infertur præiudicium, cuius ratio habenda sit, nego citationẽ requiri. Cõcedo eum esse citandum qui lædi potest, qui actum impedire potest, nihil inaudita parte decernendũ esse, sed nego aduersarium lædi propter absolutionẽ iuramenti, quis omnia ei iura sunt salua, & nihil contra eum decernitur, nec posset impedire absolutionẽ, quia

A conceditur tantùm ad effectum agendi, nec cuiquam ius suum aufertur, aut imminuitur, denique conceditur sub ea conditione, si preces veritate nitantur, de qua postea cognoscetur.

Quod attinet ad alteram quæstionem, Bald. in l. Ordinarij. C. de rei vendic. existimauit Iudicem Ecclesiasticum absolutione à iuramento concessa totius principalis causæ iudicem fore: & eandem sententiam secuti fuere quamplurimi, Alex. & Ias. in l. Quoties. C. de iudi. Fel. in cap. Cùm sit generale. nu. 4. de Foro competent. Curtius iunior in rubr. C. de Edendo, nu. 14. & multi alij à Couar. citati lib. 1. variar. resol. cap. 4. nu. 8. & ab Vasco decis. Pedemont. 78.

Sed contrarium docuerunt plurimi alij, quos ijdem citant, quibus addi potest Serafinus Senensis de priuilegijs iuramenti, Priuilegio 60. nu. 19. & Prosper Farinacius lib. 1. quæstionum, tit. de Inquisitione, quæst. 8. nu. 144. & quibus ipse quoque consentio.

B Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia ratione iuramenti Iudex Ecclesiasticus est competens. c. vlt. de foro competen. siue agatur de eius obseruantia, vt ibi, siue de inobseruantia, vt in cap. 1. de iureiur. Secundò, quia Iudex competens in causa præparante, est etiam competens in causa præparata. l. Ordinarij. C. de rei vendicatione.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est primò in l. 1. C. ad exhib. illis verbis: *Præses prouinciæ eam exhiberi iubebit, vt apud iudicem de rei veritate quæratur.* quibus verbis probatur, non esse eundem iudicem in actione ad exhibendum, & in rei vendicatione, cùm tamen actio ad exhibendum præparatoria esse vulgò dicatur rei vendicationis. l. 3. §. Est autem personalis ff. ad exhib.

Secundò, quia actor sequitur forum rei. l. 2. C. de iurisd. omn. iud. l. vlt. C. vbi in rem actio. c. Cùm sit generale: de foro competen. Ergo si iudex laicus sit compe-
C tens iudex rei conuenti, ille adeundus erit, non autem Ecclesiasticus Iudex.

Et hoc postremum argumentũ mouet me. Nam cùm hæc sit generalis iuris regula, vt actor sequatur forũ rei, non est ab ea recedendum, nisi de exceptione doceatur. Non probatur autẽ hæc exceptio argumentis contrariæ opinionis. Nam Iudicem Ecclesiasticum competentem esse quoties de iuramenti obseruantia agitur, lubens fateor: sed hic non agitur de iuramento seruando, sed de iustitia vel iniustitia contractus & obligationis, quam rescindi actor postulat, reus negat rescindendam esse.

Fateor quoque Ecclesiasticum Iudicem cogere posse creditorem ad iuramentum relaxandum, vt in c. 1. de iureiur. Sed quid hoc ad quæstionem nostram facit? Iam enim relaxatum esse iuramentum supponimus, & de ipsa re principali quærimus, an à Iudice Ecclesiastico cognoscenda & tractanda sit.

D Ad brocardicum illud quod attinet, iudex causæ præparatoriæ, est iudex causæ præparatæ, vix dignum puto responsione. Nego id verum esse. Non hoc dicit l. Ordinarij. C. de rei vend. cuius hæc sunt verba: *Ordinarij iuris est, vt mancipiorum orta quæstione, prius exhibitis mancipiis, de possessione iudicetur: & tunc demum causa proprietatis ab eodem Iudice decidatur.*

Nego possessionis causam, præparatoriam esse causæ proprietatis. Nihil enim commune habet possessio cum proprietate. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acquir. possess. Nego ab eodem Iudice ideo vtramque causam decidendam, quia altera alterius sit præparatoria: Hæc est ratio, quia causæ continentia diuidenda non est: Et quod in vno eodemque iudicio terminari potest, apud diuersos iudices ventilari non debet, vt in l. Nulli. C. de iudicijs, quæ ratio in quæstione ista locum non habet, quia absolutionis à iuramento causa nõ pertinet ad obligationem & contractum, & ad iustitiam vel iniustitiam eius. Nego Iudicem qui de possessione cognoscere potest, alioqui incompetentem fuisse ad cognoscen-

gnoscendum de proprietate, vt in specie nostra incompetens alioqui Iudex Ecclesiasticus esse præsupponitur, quantum ad causam principalem attinet. A

CAPVT LXIII.

De potestate Principis circa tollendum ius quæsitum.

MAximi momenti est, & maximum vsum habet illa controuersia, quæ de Principis potestate circa ius quæsitum auferendum agitari solet. Ego quia multa habet capita, sex quæstionibus omnia comprehendam, quæ videntur mihi præcipua.

Prima quæstio est, Vtrum Princeps ex certa scientia, & de plenitudine potestatis auferre possit alicui ius suum sine causa. Affirmat Angelus ad l. Item si verberatum. §. 1. ff. de rei vend. Iason ad l. vlt. in 6. limit. C. si contra ius vel vtili. pub. Decius in cons. 169. nu. 7. alios commemorat Antonius Gabrielius lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæsito non tollen. conclus. 1. B

Fundamentum est, quia sacrilegij instar est de Principis potestate disputare. l. Disputare. C. de crim. sacrileg. Deinde, quia duplex est potestas Principis, vna ordinaria, altera absoluta. Hæc postrema nullis legibus restricta est, nullis regulis subijcitur, ideoque Principis est pro ratione volūtas, & legis habet vigorem. l. 1. ff. de const. Princip. Tertiò, quia Princeps dicitur esse dominus totius mundi. l. Deprecatio ff. ad l. Rhod. de iactu. l. Bene à Zenone. C. de quad. præscript.

Contrarium docuerunt multi alij à Gabrielio citati loco proximè citato. Zasius in consil. 10. lib. 2. & ad l. 2. vers. Ratum esset. de orig. iuris. Menochius in cons. 103. nu. 68. lib. 1. Harmannus Pistorius lib. 2. quæst. iuris, parte posteriore, cap. 4. nu. 43.

Et istis ego assentior. Probatur hæc sententia ex lege Quoties. C. de precibus Imper. off. ibi: *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit sine grauis partis alterius dispēdio, conuelli nō potest, &c.* C Probatur quoque ex l. 3. & l. 7. C. eod. tit. in l. vlt. C. si contra ius vel vtil. publ. in l. Iubemus nullam. C. de sacrosan. Eccles. in l. 3. & 4. ff. de Natalibus restitut. in l. Prædia. C. de locatione prædio. Ciuit. lib. 11.

His adstipulantur l. Digna vox. C. de legib. l. Causas. C. de transact. l. vlt. C. sentent. rescindi non posse. l. 2. C. de incest. nupt. l. Authoritate. C. vnde vi. l. Nec auus. C. de emancip. lib. l. 2. §. Meritò, & §. Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publ.

Ad primum argumentum respōdeo, legem allegatam non hoc velle, sed aliud longè diuersum, nimirum: *Disputare de Principis iudicio non oportere. Sacrilegij enim instar est dubitare an dignus sit, quem elegerit Imperator.* Nullum verbum est ibi de potestate Principis.

Ad secundum respondeo, absolutam illam Principis potestatem nullis legibus circumscriptam iure nostro non probari, ideoq; à doctissimis Iureconsultis reijci solere Couar. lib. 3. variar. resolut. c. 6. nu. 8. Zasius cōs. 10. nu. 7. lib. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obser. 56. num. 9. Arius Pinell. ad Rub. C. de rescind. vend. par. 1. c. 2. nu. 24. D

Ad tertium respondeo, Principem esse dominū mundi, quantum ad Iurisdictionem & protectionem; non quantum ad dominium rerum priuatarum: nec contrarium probant leges in argumento allatæ.

Secunda quæstio est, an Princeps auferre possit sine causa ius quæsitum ex beneficio iuris ciuilis, puta præscriptione, re iudicata & similibus modis acquirendi dominij iure ciuili constitutis.

Affirmant circiter viginti Doctores, quos commemorat Gabrielius lib. 3. commun. concl. tit. de iure quæsito non tollen. concl. 1. nu. 18. Negant alij plurimi ab eodem relati, quibus addo Pinellum ad Rub. C. de rescin. vend. 1. parte, cap. 2.

Conciliat opiniones Gabrielius, vt prima locum habeat cùm ius ciuile nulla æquitate nititur. Posterior autem cùm agitur de iure ciuili æquitatem habente.

Sed mihi negantium sententia maximè probatur, eo argumento, quod Principis rescripta contra ius & in læsionem alterius non valent, vt patet ex legibus allatis in præcedente quæstione, quibus accedant l. Si quando. C. de inoff. testam. l. 3. C. de rescind. vend. lib. 5. C. de reuo. donat. l. 3. l. Si testamentum. C. de testam. l. Ex imperfecto, de leg. 3. Et denique regula generalis. l. Id quod nostrum, de reg. iuris.

Non obstat tex. in l. 2. §. Si quis à Principe, in fine. ff. Ne quid in loco pub. in illis verbis, *nisi fortè hoc impetrauerit.* Nam illud accipiendum est, cùm iustas ob causas id à Principe impetratur: sine iusta causa non solet, nec debet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lędatur.

Non obstat si dicatur, Principem fuisse authorem & causam vt dominium quæreretur, Ergo illud pro libito auferre potest. Quia nego consequentiam. Potest enim Princeps, ius quod ipse condidit tollere, abrogare, & infirmare, sed hoc legem generalem condendo, ob iustas aliquas causas, cuius rei exempla suppeditant Nouellæ Cōstitutiones: quod autem possit dominium sine causa alicui auferre, quod iure acquisiuit, puta ex testamento, ex præscriptione, & alijs legitimis modis, id verò negatur, nec puto demōstrari posse vlla lege, vlla iuris authoritate & ratione, imò verò repugnāt leges superius adductæ, quibus probatur, non licere Principi ea decernere, rescribere, mandare, quæ cōtra ius, cōtra singulorum vtilitatem repugnare videntur, nisi iusta subsit causa.

Tertia quæstio est, an Princeps sine causa possit in re modica alteri præiudicare, & auferre ius quæsitum. Et respondendum est posse, ex l. Quoties. C. de precib. Imper. off. Vide Felinum in c. Quæ in Ecclesiarum, nu. 47. vers. Quarta declaratio, de Constitut. Decium ibidem nu. 26. vers. Quartus casus. Ruinum consil. 191. num. 13. lib. 1. & 48. nu. 13. lib. 4.

Quarta quæstio est, an Princeps alicui auferre possit ius quæsitū spe, hoc est, ius quod ex aliquo futuro euentu quis sperat se consecuturum: Et respondendū est posse, puta naturales & spurios natalibus restituendo, vel aliam gratiam indulgendo, licet ex his ius alteri auferatur, quod consistit in spe, iuxta Nouellam quibus modis natur. eff. sui. §. Et quoniam variè. l. 1. §. Filius. ff. ad Tertyll. Gloss. in c. 1. §. Naturales, si de feudo defuncti contten. sit inter dom. & agnat. defuncti. Vide Felinum in d. cap. Quæ in Ecclesiarum, nu. 49. vers. Primus est, quando lex dedit modum, de Constitut. Ruinum consil. 7. nu. 6. & 36. nu. 3. lib. 1. Albertum Brunum cons. 1. nu. 54. Iasonem ad l. Gallus. §. Et quid si tantùm, num. 121. de lib. & posthumis. Gabrielium de iure quæsito non tollen. conclus. 1. num. 30.

Sed vide præterea ne impingas in præclaram distinctionem Ludouici Gomes, ad regulam Cancellariæ, de non tollendo ius quæsitum, quæstio. 4. & Socini iunioris consil. 95. nu. 33. lib. 3.

Quinta quæstio est, vtrum Princeps ex causa publicæ vtilitatis auferre possit subdito ius quæsitum. Communis est & vera Doctorum sententia posse, vide Felin. ad d. c. Quæ in Ecclesiarum, num. 26. vers. Tertia conclusio. de Constit. Decium ibidem, nu. 19. Abbatem Panorm. nu. 11. & alios à Gabrielio citatos comm. concl. lib. 3. tit. de iure quæsito non tollendo, concl. 2. quibus adde doctissimum Oddum de in integrum restitutione, parte 2. q. 99. art. 8. Andream Geyll. lib. 2. obser. 56.

Adferri solet tex. in l. Item si verberatum, §. 1. ff. de rei vend. in illis verbis: *Item si fortè ager fuit, qui petitus est, & militibus assignatus est modico honoris gratia possessori dato.* Item l. Lucius. ff. de Euictio. ibi *partim distractus, partim veteranis in præmia assignatas, &c.*

Sed assentior Cuiacio lib. 2. obseru. c. 9. dictas leges ad hanc rem nō pertinere, quia loquuntur de prędijs bello

acquiſitis, quæ victores partim diſtrahebant, partim militibus aſsignabant, ſæpè etiam veteri poſſeſſori aliquid relinquebant honoris gratia.

Probatur igitur hæc communis ſententia ex l. 5. §. vlt. ff. de iniur. *Seruo*, inquit, *forſi an & libertate præſtanda. Quid enim ſi publica vtilitas ex hoc emergit?* Item ex ratione. l. ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. Et quia vtilitas publica præferenda eſt priuatæ. l. vn. §. vlt. C. de cad. toll. §. Quamobrem in Nouella. de reſtit. & ea quæ parit, &c.

Huic ſententiæ etiam congruit communis Theologorum ſentẽtia, Principem poſſe propter publicum bonum diſpenſare contra leges, quod præter alios nouiſsimè explicat R. P. Gregorius noſter, noſtriq; ſeculi præclarum lumen in 2. tomo Comment. diſput. 7. q. 5. pun. 9.

Oportet tamen Principem compenſare priuatis, iuſta ratione ius ablatum. l. Serui. C. quib. ex cauſis ſerui pro præmio libert. accip. l. Mulier in opus ſalinarium. ff. de capti. l. Venditor, §. Si conſtat. ff. commu. præd.

Et ceſſante cauſa publicæ vtilitatis, ius ſuum priuatis reſtituendum eſt ex Innocentij doctrina in c. Quia plerique. de immun. Eccl. de qua per Gabrielium lib. 3. commun. concl. tit. de iure quæſito non tollen. concluſ. 4.

Sexta quæſtio eſt, an cauſa iuſta motus Princeps præſumatur, cùm alicui aufert ius ſuum? Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, præſumendam. Altera, non præſumendam. Tertia, præſumendam ſi Princeps eam exprimat, ſecus ſi nullam exprimat cauſam, vel minus idoneam. Vide Alciatum de Præſumpt. reg. 3. Præſumpt. 8. Menochium de Præſumpt. lib. 2. præſump. 10. Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 58.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt, quia Princeps iuſtus eſſe præſumitur. l. 2. §. Meritò. ff. ne quid in loco pub. l. Ex facto. ff. de vulg. l. 4. & 5. ff. de nata. reſtit.

Sed reſponderi poteſt, id locum habere in dubio, ſed quãdo Princeps ius ſuum alteri aufert, iam videtur ceſſare illa bona præſumptio, cùm iniquè faciat, & contra ius. Sic dicimus quemlibet bonum præſumi. l. Meritò. ff. pro ſocio. Verùm hæc p̃ſumptio ceſſat, cùm aliquid facit iure prohibitũ. c. 1. de Præſumpt. l. 1. C. ad l. Corn. de falſ.

Fundamentum autem alterius ſententiæ eſt ex Clem. Paſtoralis, de ſent. & re iud. ex c. 1. de cau. poſſeſſ. & propriet. ex c. Nouit. de iudicijs: quæ ſanè iuris loca quo pacto ad hanc rem accommodari poſſint, non ſatis video.

Adfertur etiam quod notatur in l. Si fortè. ff. de Caſtr. pecul. & in l. Si donatione. C. de collat. non eſſe credendum aſſertioni eius, qui dicit ſe aliquid facere ex cauſa, quoties agitur de eo quod liberè facere non poteſt.

Sed hæc generalia pronunciata non ſatis tuta ſunt: vt enim aliquando locum habere poſſint, ex certis rerum circumſtantijs; non tamen rectè colligitur ea perpetuò locum habere, præſertim cùm non ſint iuris regulæ ſumptæ ex Iureconſultorum reſponſis, ſed traditiones quædam ac obſeruationes interpretum, non contemnendæ quidem, ſed nec paſsim amplectendæ.

Denique Menochius hanc rationem adfert, quia hæc res non pendet ex voluntate Principis, ſed neceſſaria eſt iuſta cauſa. Ergo Principi aſſerenti ſe iuſtam ob cauſam motum fuiſſe, credendum nõ eſt, quia nullus in propria ſua cauſa idoneus teſtis eſt. l. Nullus idoneus. ff. de teſtib.

Reſponderi poteſt, hoc teſtimonium Principis non eſſe in cauſa propria, cùm res non pertineat ad ipſum Principem, ſed ad alios quibus aliquid concedit.

Tertiæ denique ſententiæ, cuius author Alciatus fuit, illud eſt firmamentum, quoniam cùm Princeps cauſam exprimit, ex qua ſe adductum fuiſſe teſtatur, videtur omnino ei fides adhibenda. Clem. 1. de Probation.

Rñdet D. Menochius textum illum ad cauſas beneficiales pertinere. Sed replicari põt eandem eſſe rõnem in alijs; neq; enim vſque adeò exploratũ eſt, S. Pontificẽ in beneficialib. ſuis ſuũ cuiquam auferre poſſe ſine cauſa. Et reuera durum valde eſt, & ab omni iuris ratione alienũ, ſuſpicari Principem eſſe mendacẽ, cùm in reſcriptũ

A cauſam exprimit, cum alioqui nec in priuatis hominib. mendacium præſumendum eſſe, palam ſit, ex ijs quæ latiſsimè adſert Maſcbat. de prob. vol. 2. concl. 1142. nu. 2.

Quare vt Alciati ſententiam iuri magis cõſentaneam exiſtimem, magis inclinat animus.

CAPVT LXIV.

Vtrum promiſsio facta præſenti & tacenti in eius commodum, ſit pactum, vel pollicitatio?

TRiplex eſt Doctorũ ſententia hac de re. Prima, eiuſmodi promiſſionẽ pollicitationem videri. Ita Decius ad rub. C. de pact. Aret. ad l. 2. de leg. 1. Duarenus ad l. 1. ff. de pact.

Altera, pactum eſſe ſi vltra præſentiam alia conſenſus ſigna præceſſerint, ſi verò non præceſſerint, pollicitationem eſſe. Ita Bald. & Corneus ad l. Senium. C. qui teſtam. fac. poſſ. Alciatus ad rub. de verb. oblig. & ibidem Albertus Bolognetus Cardinalis Illuſtr. cap. 17.

B Tertia, hanc promiſſionem pactum eſſe. Ita Bart. & Cyn. in l. 1. C. de pact. Iaſ. ad rub. de verb. obl. nu. 8. Ang. conſ. 183. Ruinus ad l. 2. de legat. 1. Ripa & Cagnolus ad rub. C. de pactis. Couat. ad rub. de teſtam. in 3. parte, Menoch. de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 42. Petrus Calefatus ad l. Iuriſgentium, num. 40. verſ. Retenta communi.

Prioris ſnĩæ argumenta ſunt iſta. Primũ ex l. Pactum. ff. de Pollicit. vbi dr̃, pactũ eſſe duorũ pluriumve *cõſenſum*; pollicitationem verò, ſolius offerẽtis *promiſſionẽ*.

Secundum ex l. Ex pollicitatione. ff. eod. *tit. vbi* I. C. appellat pollicitationem, quæ fit apud rempublicam in ipſius reipublicæ vtilitatem.

Tertium ex l. 1. §. Si ſtipulanti. de verb. oblig. vbi dr̃, ſi tibi ſtipulanti decem, promitto viginti, obligationem duntaxat contrahi in decem: Et tñ ſi pactum eſſet, cùm aliquid promittitur præſenti & tacenti, in eius commodum, obligatio ſaltem naturalis oriretur ad alia decem.

C Quartum argumentum eſt, quia pactum eſt duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus. l. 1. ff. de pact. Conſenſus autem propriè dicitur expreſſus, *non autem* tacitus. l. 2. §. Voluntatem. ff. ſol. matr.

Quintum, quia promiſſio commodum *reſpicit ipſius* præſentis & tacentis, conſequenter in eius poteſtate eſt voluntatem ſuam declarare: Cùm *non* declaret, videtur contra eum interpretatio ſumenda, vt non videatur conſentire. argum. l. Veteribus. ff. de pactis.

Sextum argũ eſt, quia is qui tacet conſentire non videtur. l. Qui tacet. de reg. iur. c. is qui tacet. eod. tit. lib. 6. Ergo pactũ eſſe nõ poteſt, quoniã conſenſum requirit.

Septimum argumentũ eſt, quia ſi non eſſet pollicitatio, nimis reſtringeretur natura eius, vt nimirũ nunquã eſſet pollicitatio niſi abſenti fieret, quod eſt abſurdum.

Octauũ argũ eſt, quia is qui pñs eſt, & tacet, modeſtia quadã deliberare vr̃, non aũt conſentire, cùm fortaſſè re ſua id futurũ non eſſe credat, aut beneficiũ accipiẽdo

D libertatẽ vendere nolit, vt dicebat Duarenus. Neque.n. põt (ait Illuſtr. Bolognetus) qui ingenuo aĩo præditus ſit quicquã acceptare, quin de referẽda gratia ſtatim cogitare incipiat, ad quam rem natura ipſa oẽs obligamur. l. Sed & ſi lege. §. Conſuluit. ff. de pet. hæred. & ppea rectè regula conſtituta eſt, vt tacere ſit mediũ inter affirmare, & negare. l. Qui tacet. de reg. iur. *Qui tacet*, inquit Paulus, *non vtiq; fatetur, ſed tamen verũ eſt, eum non negare.*

Argumenta verò affirmantiũ pactum eſſe nõ pollicitatioẽ, hæc ſunt. Primum ex l. Qui patitur. ff. mand. vbi I. C. *Qui patitur ab alio mandari, vt ſibi credatur, mandare intelligitur.* Ergo ex patiẽtia cõſenſus p̃ſumitur. Ergo duorũ conſenſus hic adeſt, ex quo pactum cõficitur.

Scd̃m eſt ex l. Donat. §. Spẽs. ff. de donat. *Species extra dotẽ à matre filia nõie viro traditas, filiã q̃ præſens fuit donatas, & ab ea viro traditas videri, &c.* Hic ſimiliter cõſenſus filiæ arguitur ex pñtia, qm̃ de eius cõmodo agit.

Tertiũ eſt ex regula, *Qui tacet, cõſentire videtur*, de reg. iur. lib. 6. Nam cùm hæc regula locum nõ habeat, vbi de

tacentis

tacentis præiudicio vel obligatione agitur. l. filiusfam. §. Inuitus. ff. de procurat. sequitur eam locum habere saltem, cùm de commodo agitur præsentis & tacentis.

Tertiæ autem opinionis fundamētum positum est in eo, quod in d. l. Qui patitur. ff. mandat. & in l. Donationes. §. Species. ff. de donat. aliquid aliud interuenit, ex quo consensus tacētis arguitur, nimirum fideiussio siue mandatum, & traditio facta. Istis cessantibus non præsumeretur tacens consentire. l. Qui tacet. de reg. iur.

Non refero Galiaulæ, Tornielli & aliorum respōsiones, nec nō Menochij replicationes loco annotato, quia non puto operępretium, cùm non sint magni momenti, & facilè ex Menochio videri possint.

Ego video doctores omnes, qui dixerūt hanc promissionem pactum esse, in eo vehementer laborare, vt ostēdant, præsentem & tacentem in ijs quæ eius cōmodum respiciunt videri consentire, ex hoc enim argumentantur pactum esse, quia pactum est duorum in idem cōsensus. Et hic est error manifestus, quia cùm Vlpianus ait in l. 3. ff. de Pollicitatione, pactum esse duorum consensum atq; conuentionem, pollicitationem verò solius offerentis promissum, non dicit pollicitationem esse solius offerentis consensum, sed esse vnius promissum. Nam & in pollicitatione duorum inest consensus, sed nō expressus neque declaratus, nisi ab eo qui promittit alteri tacenti & non roganti: at in pacto nō consensus est duorum tantùm, sed etiam conuentio de eo quod vtriusque verbis conuentū est, & conclusum vt fiat. Pactum est itaq; cùm plures hoc agūt, & in eam decurrunt sniam, vt quid fiat aut non fiat. l. 1. ff. de pact. Pollicitatio cū quid promittitur alicui non petenti, & tamen duorum inest consensus, quòd is cui facta est promissio nō reclamat, sed promissis acquiescit. Et hoc est illud vulgatum. Qui tacet, consentire videtur. Hæc habeo ex Francisco Conano lib. 5. commētario. iuris, c. 8. in principio. Ex quibus infero in proposita quæstione, hāc promissionem non pactū sed pollicitationem esse, quod tam luculēter Vlpianus docet in d. l. 3. ff. de pollicitat. vt nullus dubitandi locus relinquatur: & ex dictis patet frustrà laborasse eos, qui ex præsentia consensum arguunt. Nam vt id maximè verum sit, non tñ sequitur, pactum esse: sed pollicitatio est: cùm illa sit solius offerentis promissio, facta præsenti & tacenti, qui proculdubio consentire videtur. Pactū verò præter consensum requirit conuentionem quandam, vt aliquid fiat vel nō fiat, detur vel non detur. Et ideo dum dicit. l. 1. ff. de pactis Pactum esse duorum pluriumve in idem placitū & consensum, rectè exponitur in *idem dandum vel faciendum*. Non igitur oīs consensus duorū pluriumve pactū dici potest. Ergo & in proposita quæstione solius offerentis promissio pactū non erit, licet is cui fit, præsumatur consentire: sed pollicitatio dicenda erit, cùm nullam aliam admixtam habeat cōuentionē (quòd est proprium pacti) sed solam offerentis liberalitatē, non reclamante eo cui facta est, quod est pollicitationis proprium, teste Vlpiano in d. l. 3. ff. de pollicitation.

CAPVT LXV.

Vtrum rescripta ad lites sint perpetua, an verò anno expirent.

DVo sunt iuris loca hac de re, quæ cōtrouersiam pepererunt. Vnum iuris canonici. Alterum iuris Cæsarei. Innocentius III. in c. Plerunque, de rescriptis, scribit in hæc verba: *Plerunque contingit, quod aliqui nostris literis impetratis, illis vti mult o tempore postponentes, tunc demùm eas exhibent, cum aliarum authoritate ab eis contra quos primitus literas impetrarant, ceperint conueniri, dicentes posteriores literas non valere, vtpotè non facientes de prioribus mentionem. Cùm igitur non sit malitijs hominum indulgendum, statuimus, vt si quis nostras literas impetrans, intra annum postquam copiam in-*

A *dictum habuerit, ex malitia vel negligentia postposuerit vti eis, authoritate posteriorum literarum valeat cōueniri, licet in ipsis nulla de prioribus mentio habeatur.*

Cæterùm, Imperator Claudius in l. 2. C. de diuersis rescrip. sic ait: *Falsò adseueratur authoritatē rescriptorum deuoluto spatio anni obtinere firmitatem suam nō oportere. Cùm ea quæ ad ius rescribūtur perennia esse debeāt, si modo tēpus in quo allegari vel audiri debē, non sit comprehēsum.*

Prima fuit sententia Baldi, teste Felino in c. Si autem, nu. 1. de rescrip. iure canonico rescripta esse annalia, iure autem ciuili perennia.

Non placet, quia non est inducenda inter ius canonicum & ciuile discordia, nisi apertè expressum sit.

Secūda snia Petri Rebuffi de rescriptis in præfatione, nu. 4. rescripta esse perpetua, quę iura partiū respiciunt. Veluti si princeps alicui concedat, vt conueniatur sub certo iudice; quia decet principis beneficium esse mansurū, secus dicendū in rescriptis instinæ, quę iudicis comprobatione egent. quia illa ferè anno pereunt. Vel quædam, inquit Rebuffus, intelligūt ea, quæ ad ius rescribuntur, id est, ad obseruationē iuris vel elucidationem. Illa enim sunt perpetua, sicut & ius priorem sensum amplectitur Menochius de arbitrarijs iudicū, casu 202. nu. 77.

Non placet, quia nullo iure probatur hæc distinctio: nec ius canonicum dicit rescripta anno perire, sed eum qui rescriptum obtinuit, si eo non vtatur intra annum, cōueniri posse ex alio posteriori rescripto, licet nullam prioris mentionem faciat.

Quare puto etiam Iacobum Cuiacium lapsum esse, dum ad tit. de diuersis rescriptis dixit, iure veteri rescripta annalia fuisse, ex d. c. Plerunque, de rescript.

Tertia igitur vera & cōis snia est. Rescripta ad lites perpetua esse, & tamdiu durare, quādiu actio seu ius durat, super quo impetrantur, vt in d. l. Falsò. Cæterū, si dolo vel negligentia is qui rescriptum impetrauit, eo intra
C annū non vtatur, tunc aduersariū eius experiri posse, & aliud rescriptū impetrare, illudq; posterius valere, licet nullā prioris mentionē faciat. Hæc est snia S. Pontificis in d. c. Plerunq;. vti declarant Bar. Castrensis, & Iason. in d. l. Falsò. C. de diuers. rescrip. Abb. & Fely. in d. c. Plerunque. de rescript. Goffredus in Sūma de rescriptis, nu. 48. Menoch. de arbi. iud. casu 204. nu. 1. & in cōs. 100. nu. 33. 34. lib. 1. D. meus Cephal. cōs. 304. nu. 61. lib. 3. D. meus Decianus cons. 18. nu. 1. lib. 1. quibus & ipse assentior.

CAPVT LXVI.

Rescriptum ab vno impetratum, an alijs prosit rem communem habentibus?

REscriptum communi nomine ac precibus impetratum etsi ad vnum tātùm ex socijs directum
D sit, alijs quoque socijs prodesse perspicuum est ex l. 1. C. de diuersis rescript. quod & diligenter adnotarunt Crauetta in cons. 45. nu. 2. Minsingerus cons. 8. primæ decadis, num. 15. & post istos Robertus Lancellotus de attentatis, parte 2. c. 12. Ampl. 11. num. 5.

Cæterùm nonnulla controuersia est, an si vni tantùm ex socijs rescriptum directum sit eo casu, quo ille solus supplicauit pro obtinendo rescripto, prosit alijs quoque rem cōem habētibus, & consortibus eiusdē rei. Etenim prodesse respōdit Paulus Castrēsis in d. l. 1. C. de diuers. rescript. & Frācīscus Marcus decis. 149. nu. 4 in 2. parte.

Fundamentum statuunt in l. 1. & 2. C. Si vnus ex pluribus appellat. vbi constitutum est, si vnus ex pluribus consortibus appellauerit, & eius appellatio iusta pronunciata sit, id prodesse quoque alijs consortibus.

Sed contrarium responderunt Cynus & Albericus in d. l. 1. C. de diuersis rescript. & alij quos refert & sequitur Petrus Antonius Angusciola lib. 2. consi. 43. quibus addi potest Tiraquellus, obiter tamen rem tractans de retractu consang. §. 26. Glos. 1. nu. 4.

Horum

Hotum fundamentum est, quia rescriptum non exten(A)ditur ad personas in eo nõ nominatas, vt in c. Significante. de rescrip. & ideo textus in d. l. 1. C. de diuers. rescrip. non sine causâ mentionem facit precum cõmuni nomine porrectarum: *Si libellum, inquit, de communi causa, tu fra erque tuus dedisti, quamuis rescriptum ad vnius personam directum sit, vtrique tamen prospectum est.*

Hæc posterior snia videtur mihi probabilior. Nam hæ duæ quæstiones diuersæ sunt. Prima, an victoria litis ab vno ex socijs obtenta, alijs quoq; prosit rem communem habentibus: & siquidem res indiuidua sit, certum est prodesse. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus appell. l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si serui. vend. & huc spectat prioris sniæ fundamentum. Altera quęstio est, an rescriptum quod vnus ex socijs suo nomine impetrauit, alijs quoq; prosit à principio, & dicendum est, non prodesse, quia si prodesset, deberet quoque nocere. l. Secundùm naturã. de regul. iuris. Consequenter alij consortes & socij coge(B)rentur inuiti litigare, & causam prosequi in iudicio contra regulas iuris, quibus nemo inuitus agere compellitur. C. vt nemo inuitus agere, &c. Non ergo integrum esset alijs socijs ab vsu talis rescripti abstinere, aduersario id petente, si rescriptũ sua vi ac potestate ad eos quoque extenderetur. Sed hoc cùm contra iuris rõnem sit, melius est dicere rescriptum huiusmodi, quia communi nomine impetratũ non est, alijs non prodesse; secundùm iuris regulam, Rescriptum non extenditur ad personas in eo non expressas. d. c. Significante. de rescrip.

CAPVT LXVII.

Donatio propter nuptias, an ipso iure cõstituta videatur?

DOnationem propter nuptias ipso iure à marito vxori constitutam videri secundũ dotis quantitatem, authores sunt Martinus, Azo, Cynus, Salicetus, Iacobus de Rauenna, Raynerius & Bartolus, si credimus Mario Anguisciolæ eos referẽti & sequẽti in cõs. 25. & 152.

Sed contrarium docuerunt Glos. in Auth. Dos data. C. de don. propter nupt. Odofredus, Bald. & Angel. ibid. Idem Angelus in §. Aliud, in Auth. de Æqual. dotis. communẽ dicit Afflictus decis. 242. nu. 1. Grammaticus decis. 97. nu. 4. Clarus §. Donatio, q. 11. vers. Sed quæro. Ruinus cons. 110. nu. 2. lib. 5 Federicus Scotus cons. 39. lib. 3. tomo 2. Hippolytus Riminaldus in Instit. de donationibus, in princ. nume. 254. & in cons. 29. num. 11. lib. 1. & in cons. 496 lib. 5. Bursatus cõs. 178. nu. 8. lib. 2. Menochius de recuper. possess. remedio 15. nu. 166.

Fundamentum prioris sententiæ est in Auth. Dos data. C. de don. propt. nupt. vbi tex. dicit: *Dos data donationem propter nuptias meretur.* Deinde dicit, mulieri dotem offerenti actionem donationis propter nuptias compe(D)tere, ex quo verbo, *Exactionis,* arguitur donationẽ iam constitutam fuisse.

Fundamentum autem posterioris sententiæ est, quia mulier sibi imputare debet, cur donationem non petit sibi constitui. Deinde, quia hoc videtur esse in arbitrio mariti, donationem propter nuptias vxori suę constituere. l. vlt. C. de donat. propter nupt. quæ lex non est sublata, nec correcta ex d. Auth. Dos data. C. eod. tit. quia illa verba textus: *Dos data donationem propter nuptias meretur.* sunt Irnerij, qui Authenticas composuit, & ex Nouellis sumpsit. Nec habentur in ipsa Nouella siue corpore, vnde sumpta est Authentica, vt patet ex §. Illud. in Auth. vt exactio. instante dotis, siue ex Haluandri editione Nouella 91.

Ego nõ puto ex arbitrio mariti hoc pendere, an velit donationem propter nuptias vxori suæ constituere, nec l. vlt. C. eo. tit. hoc dicit, sed hęc est sententia d. l. vlt. maritum licentiam habere donationem constituendi pp nuptias, tam ante matrimonium, quàm etiã constante ma(A)trimonio. Cæterùm non ei tribuit liberam potestatem constituendi vel non constituendi donationem propter nuptias, imò patrem teneri donationem propter nuptias pro filio suo cõstituere, certum est l. vlt. C. de dotis promiss. quod non rectè diceretur, si hæc res ex arbitrio mariti penderet. Tenetur ergo maritus pro dotis securitate donationẽ vxori suæ propter nuptias æqualem doti constituere, vt patet ex Auth. de æqualitate dotis. & donationis propter nupt. in princ. quæ est Nouella. 97. vbi Iustinianus: *Hoc igitur inter alia vniuersa corrigimus, æqualia in dotibus esse, & propter nuptias donationibus, & ea quæ offeruntur, & ea quæ in stipulationem deducũtur pacta: Et tantam quidem quantitatem conscribere virum, quantam & mulierem, tantum quoque lucrum stipulari, & tanta parte ex quanta voluerint æqualis tamen mensura: non enim aliter iustitia & æquitatis seruabitur ratio, si negociatione alterutros circumueniant, & videantur quidem æquas (B) facere stipulationes; pro vero autem inæqualis maneat effectus, non prius quantitate datorum eadem consistente. Irrideri videatur vndique lex, si ille quidem conscribat duo millia aureorum, mulier autem sex millia fortè in dotem offerat, &c.* Et paulò pòst: *De cætero autem, in omni datione sancimus æquas quidẽ esse oblationes, ipsos autem mediocria lucra pacisci, vt per omnia iustitiam æquitatemq; honoremus.*

Ex hac Nouella, in qua Imperator æquiparat *dotem* & donationem propter nuptias, tam in lucris, *quàm præ*stratione & constitutione ausim affirmare *donationem* propter nuptias mulieri constitutam videri *secundùm* quantitatem dotis, & pacto inito, vt præmoriente vxore maritus dotem lucretur, simili modo vxorẽ lucrari donationem propter nuptias præmoriente viro. Sed hæc locum habere poterunt in locis, in quibus donationes propter nuptias sunt in vsu, sicut in Germania, in regno Neapolitano, & alibi in Italia, vt in Placentina ciuitate, (C) in qua hanc sententiam iudicando secutus sum, licet aliæ in facto circumstantiæ concurrerent.

CAPVT LXVIII.

Si dos non fuerit soluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias.

SI dos non fuerit soluta, donatio propter nuptias non debetur, vt apertè statuit Imperator in Nouella 2 de non elig. secundò nub. §. vlt. ex qua sumpta est Auth. Sed quæ nihil. C. de pactis conuentis, & idem habetur in Nouella, vt exactio. instante dotis. §. Illud est. Nouella 91. ex qua sumpta est Auth. Dos data. C. de dona. propter nupt. Atque ita docuerunt Guido Papæ, quæst. 274. Afflictus decis. 242. Boerius decis. 22. num. 21. Paritius (D) cons. 95. num. 42. lib. 2.

Sed quid est, quod contrarium docuerunt idẽ Guido Papæ quæst. 430. & 565. Afflict. decis. 333. & ibi Vrsill. Grammaticus decis. 97. Rolandus à Valle cons. 10. lib. 1.

Rñdeo, non isti inuicem aduersantur, sed diuersa potius loquuntur. Sit iuris constituta regula, donationem pp nuptias non deberi mulieri, quæ dotem non soluit. Accipe hãc regulam cum exceptionibus istis. Prima qñ mulier in mora non fuit dotem soluendi. Secunda, quando fuit habita fides de dote. Tertia, qñ data est dilatio ad soluendã dotem, & antequam dies cederet, solutum est matrimonium. Quarta, qñ per maritũ stetit, quo minus dotem acciperet. Vno verbo explicati, & ad vnã exceptionem omnia reuocari possunt: cùm videlicet mulier nullam in soluenda dote moram admisit. Sic accipiendi sunt qui donationis exactionem mulieri concedunt dote non soluta. Alij qui negant secundùm regulæ terminos exaudiendi sunt. Hæc admonenda putaui, vt intelligeretur, nullam hac in re cõtrouersiam esse, licet prima (vt aiunt) fronte controuersia esse videatur.

CAPVT

CAPVT LXIX.

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iuxta c. Quamuis, de pactis, lib. 6. an propter enormem læsionem rescindere eam renunciationem possit?

EX facto proponebatur in hoc amplissimo Iuridicæ facultatis collegio, an rescindi possit ac debeat renunciatio paternæ hæreditatis filiæ, quæ dotem accepit iuxta cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. si fuerit enormiter læsa. Et dicebatur hãc rem in vtramque partem disputari posse hunc in modum.

Nam rescindi nõ posse videtur, primùm, quia eiusmodi renunciatio videtur esse transactionis species. argu. l. De fideicommisso. C. de transact. Transactio autẽ non rescinditur ob læsionem quamcunque. l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell.

Secundò, quia renunciatio est donatio. arg. l. 1. ff. de transact. l. Modestinus. ff. de donat. Donatio autem cùm ex mera liberalitate proficiscatur, rescindi non solet ob aliquam læsionem.

Tertiò, quia nõ videtur ratio habenda alicuius læsionis, cùm agitur de iure nondum quæsito, sed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet: ex doctr. Bart. in l. 1. §. Nunciatio. no. 34. ff. de oper. no. nunc. Sed filia quæ renunciauit, ius futurũ incertumq; & nondũ quæsitum remisit; Ergo nulla ratio habenda vr̃ eiusmodi læsionis.

Quartò, Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis. l. 1. §. Si impuberi. ff. de collat. bonor. Tempore autem mortis patris quid & quantum in bonis eius futurum sit, incertum est: Ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hæreditati, læsionem allegare nõ potest. Ita ratiocinantur Paulus Castrensis in cons. 174. num. 3. lib. 1. Craoetta cons. 124. nu. 13. Ancharanus q. 50. nu. 13.

Quintò, Filia dotẽ à patre accepit, Ergo læsionẽ allegare nõ potest; quia pater præsumitur melius cõsulere, q̃ vllus quispiã filijs suis. l. Nec in ea. ff. ad l. Iul. de Adul. Ita Castrensis cons. 275. nu. 6. lib. 1. Decius cõsi. 26. nu. 2. & 89. nu. 4. Menochius de arbit. iudicum casu 149. nu. 5.

Sextò, propter authoritatem eorum qui in terminis quæstionis huius responderunt, renunciationem filiæ rescindi non posse propter enormem læsionem. Citantur à Gabrielio lib. 3. commu. conclus. tit. de iure dotiũ, conclus. 1. Adde citatos à Didaco Couar. ad c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. nu. 3. vers. Contrariam, & à Menochio cons. 410. num. 174. lib. 5.

Cæterùm pro contraria sententia hæc adferebantur.

Primùm l. Si superstite. C. de dolo, illis verbis: *Sanè si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Secundò, l. Maioribus. C. commun. vtriusque iud. illis verbis: *Quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, reformabitur.*

Tertiò, l. 2. C. de rescind. vend. quam in omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris contractibus locum habere, Authores sunt plurimi apud Pinellum in prima parte, capite tertio in principio, & nu. 7. 8. 9.

Quartò, quia propter immodicam læsionẽ illatam, est perinde ac si dolus intercessisset, l. Si quis cũ alter. ff. de verb. oblig. Dolus autem si intercessisset, rescinderetur. l. Et eleganter. ff. de dolo. l. Qui cum tutoribus. §. Qui per fallaciam. ff. de Transact. l. vlt. C. mand.

Postremò, authoritas eorũ qui in terminis præpositæ quæstionis locũ esse dixerũt rescissioni, citãtur à Gabrielio d. lib. 3. cõmu. conclus. tit. de iure dotium. concl. 1. & à Couarr. ad d. cap. Quamuis. in tertia parte §. 4. num. 3. Adde Pancirolum cons. 1. nu. 79. Mynsingerum Centuria 5. obseruat. 59. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 147.

Conclusum fuit hanc posteriorem sententiam, quam & Imperialis Camera sequitur, probabiliorẽ videri. Verùm læsionem spectandã esse tempore dotis datæ ex traditis per Deciũ cons. 26. Parisiũ cons. 26. nu. 89. lib. 3. Ale-

A xandrum cons. 29. lib. 3. Didacum Couar. ad d. c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. in duodecima conclusione. Menochium de arbitrar. iudicum casu 149. nu. 17. 18.

Ad primum argumentum respondetur, hanc non esse transactionem, quia nulla est lis, nec timor litis, sed quandam conuentionem & renunciationem dote accepta, quæ si iniusta sit, & grauem inferens læsionem, meritò rescinditur.

Ad secundum negatur donationem esse, quia filia renunciat propter dotem, quam putat esse sufficientem & cõgruam, ideo si decepta sit, meritò potest rescissionem petere.

Ad tertium respondeo, læsionem considerandam habita ratione tempore dotis datæ, & renũciationis factæ, quod tempus certum est, & spectandum in læsione dijudicanda. l. Si voluntate. C. de rescind. vend.

Ad quartum eadem rñsio accommodari potest. Licet B enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuentis, incertumq; sit, quid & quãtum mortis tempore in eius hæreditate futurum sit, habenda est tñ ratio temporis, quo facta renũciatio est: & illud satis certum est, vt dixi, & ius futurũ, hoc est, quod mortuo patre filiæ cõpetiturum est, cõsiderari debet: & secundũ illud, & dotis quantitatem filiæ datam, læsio existimari & cognosci debet.

Ad quintum respondeo, patrem quidem præsumi bonum cõsilium capere pro filijs suis: sed in claris præsumptiones cessant. Hic enim loquimur cùm de immodica filiæ læsione constat.

Ad postremum argumentum respõdetur, etsi contrariam sententiam multi fuerint secuti, hanc tamen nunc communiorem esse, & magis amplectendam, præsertim cùm Imperialis Auditorij Assessores eam sequi soleant.

Absolutionem autem à iuramẽto petendam esse non dubito, ex his quæ dixi lib. 2. Controuersiarum, cap. 26. & lib. 3. cap. 14. circa finem, in prima parte.

C

CAPVT LXX.

An constitutio c. Quamuis. de pactis, lib. 6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri.

SEd quando in hanc constitutionem Bonifacij VIII. Pontificis Maximi incidimus, duas hic inseram controuersias, quas lib. 3. Controuersiarum in 1. parte omisi. Prima est, an locum dicta constitutio sibi vendicet, cũ filia renunciat hæreditati paternæ, nõ patri, sed fratribus suis sine patris cõsensu. Altera est, an renunciatione facta, iuxta formam dictæ Constitutionis, filia patri intestato morienti succedat. Priorem hoc capite tractabo. Posteriorem aũt sequenti.

Quod igitur attinet ad priorem, hæc est communior sententia, dictam cõstitutionem locum nõ habere quando filia non ipsi patri, sed fratribus renunciat sine cõsen- D su patris, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, lib. 3. cõmu. Conclus. tit. de iure dotium. Concl. 1. nu. 31. & ex Didaco Couar. ad c. Quamuis. de pactis. lib. 6. in tertia parte in initio, nu. 5. cui sententiæ & ipse assentior.

Fundamentum est firmissimum, quia cõstitutio dicti c. Quamuis. loquitur de filia renunciante hæreditati paternæ ipsi patri, non autem fratribus. Cùm enim fratribus renunciat sine patris cõsensu, talis renunciatio videtur continere pactum de hæreditate viuentis, quod absque eius voluntate & consensu nõ valet, quæ dicitur esse contra bonos mores, vt in l. vlt. C. de pactis. Huiusmodi pactiones de hæreditate viuentis non iuuat dicta constitutio. cap. Quamuis, Ergo non valent.

Et licet controuersia sit, an iuramento firmentur pactiones huiusmodi de hæreditate viuentis, tamen verior est sententia non confirmari, vt ostendam paulò inferiùs cap. 72. hoc eodem libro. Ex quo capite confirmari poterit sententia hæc, quam nunc defendimus.

Contrarium docuerũt Ludouicus Romanus ad l. Qui superstiti-

superstitis.ff.de acq.hæred. Mathæus Afflictus in cap.Si quis inuestierit,nu.33.de feudo daro in vicem legis Cõmissoriæ. Iason ad l.vlt. C.de pactis,nu.13. alioa quosdam citat Gabrielius loco proximè citaro,nu.32.

Fundamentum est primò, quia maior est ratio, vt valeat eiusmodi renunciatio facta in manibus fratrum(sic loquuntur nostri)quàm in manibus patris.Siquidem maior reuerentia patri,quàm fratribus debetur,ideoque facilius ad renunciandum patri filiæ inducitur, quàm ad renunciandum fratribus. Secũdò,quia l.vlt.C.de pactis, loquitur de pacto, quod fit de hæreditate viuentis. Hac verò agitur de pacto de non succedendo,quod est longè diuersum,& de quo loquitur dicta Constitutio. cap. Quamuis. Tertiò, quia etiam hoc in casu locum habet ratio dicti c.Quamuis. nam iuramentum potest seruari sine interitu saluria æternæ. Postremò,quia etiam pactũ de hereditate viuentis iuramento confirmatur ex plurimorum senteutia.

Respondeo,primum argumẽtum aliud non probare, quàm renunciationem factam in manibus fratrum, firmiorẽ videri,quasi ex magia libera voluntate procedat. Sed hoc non sufficit, nec ad rem nostram facit,quia non idcirco talis renunciatio infirmatur, quod non spontè facta sit,sed quia contra bonos mores facta sit, vt dixi suprà ex l.vlt. C.de Pactia.

Ad secundum respondeo, l.vltimam. C.de pactis. ad propositam quæstionem pertinere, quoniã cùm filia renunciat heredirari patris,qui tunc viuit, in fauorem fratrum,quid aliud est hoc,quàm pactum de hæreditate viuentis patris,vt scilicet illa tota ad fratres,non ad filiam perueniat? Hic apparet solticitudo de viuentis hæreditate,hinc improbum desiderium mortis nascitur.Hinc periculosissimi illi & tristissimi euentus meritò sunt metuendi,de quibus loquitur d.l.vlt.

Quid enim refert siue agatur de hæreditate viuentia, certo modo inter paciscentes diuidenda, siue vt tota ad alterum ex paciscentibus sub certis conditionibus perueniat? Certè eadem est ratio.

Ad tertium,nego rationem eandẽ hoc in casu locum habere,cuius fit mentio in d.c.Quamuis.quia scilicet iuramentum seruandum sit,&c. quia iuramentum istud dicitur esse contra bonos mores. Consequenter obligatorium non est. c.Non est obligatorium,de regu.iur.lib.6. vt dicam latiùs infrà cap.72. At in specie,de qua loquitur constitutio,non est contra bonos mores.

Ad vltimum respondeo,non esse iuri consonam eorũ sententiam,qui dixerunt, iuramento confirmari pactiones de viuentis hæreditate,vt patebit ex dicto cap.72.

CAPVT LXXI.

An filia quæ renunciauit, paterna hæreditati iuxta formam c.Quamuis.de pactis lib.6.succedat patri intestato morienti?

NOn defuerunt qui dixerint filiam, quæ patria hæreditati renunciauit, eidem patri intestato morienti succedere posse, duobus argumentis. Primò,quia pater intestatus moriena videtur tacitè vocare legitimus hæredes,quibus successio legibus defertur.l.Conficiuntur. ff.de iure Codicillor.Inter quos est filia. Secundò,quia renunciasse filia in hunc finem, & eam ob causam videtur,vt pater de suis bonis quoquo modo voluerit testari ac disponere valeat,quasi filia dote contenta promiserit iudicia eius non impugnarẽ,iuxta l.Si quãdo.§.Illud.C.de inoff.test.Si ergo pater non disposuerit de bonia suia, sed intestatus decesserit, vt causa renunciationis cessare,& cõsequenter renũciatio quoque. Vide Rotam Romanã decis.850.in antiquia incip.Virũ filia dotata,& alios à Gabrielio citatos lib.3. commu.concl.tit.de iure dotium,conclus.1.nu.40.

Sed cùm olim hæc sententia fuerit explosa,vt patet ex

A citatis ab eodem Gabrielio pro contraria opinione loco annotato & à Didaco Couarr,in c.Quamuis. de pactis, lib.6.in 3.par.§.3.nu.5.nunc quoq; explodenda est,quia hæc est vis ipsa renũciationis filiæ,vt nõ succedat in hæreditate paterna,patre siue testato, siue intestato moriẽte,nisi testatus pater eã hæredẽ instituerit. Ergo sic argumẽtari licet. Nemo habet regressum ad iua quæ renũciauit.l.Queritur vers.*Remittẽtibus enim*.ff. de ædil.Edicto.

Sed filia renunciauit hæreditati paternæ sibi ab intestato delatæ.

Ergo regressum nullum amplius habet.

Minor propositio probatur,quia filia renunciauit hereditati simpliciter.Ergo renũciauit hæreditati sibi debitæ ab intestato:quia ex testamento non potest dici debita, cùm in patris potestate esset testamentum facere vel non facere,imò si pater post renunciationem vellet eam instituere hæredem,inter omnes constat filiam succedere posse,quia pater eam renunciationẽ infirmat, & quo-

B dammodo filiæ suæ retrocedit ius suum.

Argumenta nullius sunt momenti, quia cùm filia hæreditati patris renunciauit, non potest ea coniectura locum habere, vt nimirum pater intestatus moriẽs videatur filiam suam ad successionem vocare, quia iam erat exclusa propter renunciationem, & pater id sciebat.

Ad alterum argumentum respondeo, ad hoc quidem renunciationẽ filiæ prodesse, vt pater possit liberè *testamentum* facere,& de rebus suis, nulla filiæ ratione *habita*,disponere. Verùm tamen hoc quoque *operatur,vt filia* excludatur à patris intestati successione, *quia simplex* renuuciatio hunc casum præcipuè comprehendit, quando pater intestatus moritur,vt dictum est.

CAPVT LXXII.

Pactum de hæreditate viuentis,sine eiusdem voluntate & consensu,an iuramento paciscentium firmetur.

C PActum de hereditate viuentis iureiurando vallatum plurimi valere responderunt Baldus in c.1.§.Moribus. si de feudo *fuerit* contro.inter do. & agna. Decius cons.516.nu.5.& 656. nu. 12.Corneus cons.257.lib.3. Cepola cautela 112.num.4. Aufrerius ad Capellam Tholosanam decis.452.Crauetta cons.139.nu.8. Guido Papæ cõs.51. Ioan.Campegius de dote,quæst.79.parte 5.Socinus iunior cons.65.nu.49. lib.1.Menochius cons.1. nu.168.

Sed nullum est huius sniæ solidum fundamentum. Imprimis adfertur tex.in c.Quamuis.de pactis.lib.6. maximeque in hanc sententiam perpenditur à Baldo loco proximè citato. Nam cùm Bartolus in l.Stipulatio ista. ff.de verb.oblig.& in l.Si quis pro eo. ff.de fideiuss.diceret ad rem nõ pertinere, quia loquitur de pacto quo renunciatur hæreditati, ac proinde non continet votum captandæ mortis, quod est potissima causa cur pactum non valeat iux.l. vlt. C.de pact.respondit Baldus rationẽ

D dicti c.Quamuis esse,quia omne iuramẽtum seruandum est, quod sine dispendio salutis æternæ seruari potest; quod verò attinet ad votum captãdæ mortis, nos nescire animum ipsorum paciscentium: sed hoc scire,eos pactum seruare posse sine dispendio salutis æternæ.

Hoc fundm̃ non satis firmum est, quia vt bene monet Alex.in cõs.28.lib.3.Cõstitutio illa loqtur de pacto filię, quo renũciat hæreditati paternæ:quod pactũ iure ciuili reprobatũ est, nõ qa sit cõtra bonos mores, veluti pactũ de quo agitur in quæstione nostra, sed ob alias causas.

Si dicatur, etiam hoc pactum de non succedẽdo continere in fauorem eius cui fit, quoddam pactum de succedendo, vt soluaille hæreditatem obtineat, respondet Alexander id euenire in cõsequentiam, ac proinde permitti posse.l.1. ff.de Autho. tuto. l.Si vnus. §.Illud.ff.de Pactis. & spectandum esse id quod principaliter fit. l.Si quis nec causam. ff.si cert.pet.

Causæ

Causæ autem cur pactum illud, quo filia renunciat hæreditati paternæ, iure ciuili non approbetur, ab Alexandro ibi commemorantur, & à Ioanne Inmolẽsi ad c.Cùm cõtingat, nu.35. de iureiur. à Tiraquello de iure primogeniorum, q.29. nu.9. et à Vasquio de Successionũ progressu lib. 2. §.18.

Sed nondum responsum est ad rationem dictæ constitutionis quam Baldus vrget, nimirum, quia iuramentum seruari potest sine dispendio salutis æternæ.

Respondeo, id negari meritò posse, quia vt iuramentum dicatur non posse seruari sine dispendio salutis ęternæ, sufficit peccatum etiam veniale cõmitti, quia & illud detrimentum affert animæ, secundum communem sententiam Canonistarum, vide Archidiaconum, & Io. Andr. in d.c. Quamnis. de pact. lib.6. Ioannem Immolensem in cap. vlt. in 3. notabili, de Præscript. Crauettam in cons.229. nu. 4. Sed eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, inducunt votum captandæ mortis; Ergo aliquã peccandi occasionem adferunt, vt dicebat Vasquius de successionum progressu lib.3.§.28. nu.11. Ideoque peccari esse nutritiua dixit Salic. ad l. Pactum quod dotali. C. de pactis. & post eum Socinus iunior cons.44. nu.39. lib.2. Cacheranus decis.100. nu.3. & Hippolytus Riminaldus in cons.164. nu 41.

Quamobrem mihi non probatur id quod scribit Couat. ad Rub. de Testam. in 2. parte, num.15. pacta ista de hæreditate viuentis non ideo reprobari, quod cõtineãt, vel inducãt ex voto captandæ mortis aliquod peccatũ, quia etiam in substitutionibus & primogenijs hæc ratio allegari posset, cùm tamen primogenta & substitutiones nemo dixerit inducere.

Etenim inter hæc & pacta nostra latum est discrimẽ, non enim primogenitus ac substitutus ostendit se esse solicitum de hæreditate viuentis, nec de ea disponit, sed testator est, quia omnia facit atque disponit, & lex vel cõsuetudo, quæ vocat primogenitum ad successionem, nullo eius facto interueniente, sicuti declarat Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, nu.39. & seq. At in quæstione nostra ex pacto ipsorum, qui de hæreditate viuentis paciscuntur, votum mortis captandæ oritur.

Multò minus placere potest quod dixit Zasius cõs.1. nu.38. lib.2. hæc quæ dicũtur de voto captandæ mortis, Italis esse relinquenda. Sunt enim hæc à nostris authoribus ad reipub. salutem & vtilitatem prudenter constituta, ac proinde ad omnes gẽtes pertinent Imperio Romano subiectas. Certè à S. Pontifice perpensa est hæc ratio voti captandę mortis in cap. Detestanda. & in cap. Nec captãdæ. de pręben. in 6. & ab omnibus passim consideratur & adducitur ex d. l. vlt. C. de pact. dũ ait, eiusmodi pactiones esse contra bonos mores, plenasque tristissimi & periculosi euentus.

Secundum argumentum est Philippi Decij. Statuto induci ac obtineri potest, vt pactum valeat de viuentis hæreditate, vt docet Baldus in l. Cùm Archimedoram. C. vt in possess. lega. Ergo & iureiurando eadem pactio confirmari potest. arg. l. Non impossibile. ff. de Pactis.

Respondeo, negãdo vtrumque, hoc est, & antecedẽs & consequens. Statuto enim induci hoc nõ posse aduersus Bald. plurimi docuerũt apud Cacheranum d. decis. 100. & apud Hyppolit. Riminaldum cons.164. num.31. lib.2. Menoch. cons.456. nu.21. lib.5. Consequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.

Tertium argumentum est Guidonis Papæ. Iuramentũ facit, vt actus qui alioqui non valet, confirmetur ex trad. per Bart. in l. Si quis pro eo. ff. de fideiussor. Aret. in cons.74. Crauet. consil. 102. Ergo & in quæstione nostra hoc efficiet, vt pactum confirmetur & valeat, licet alioqui nullum sit.

Respondeo, iuramento quidem multa confirmari, quæ aliàs non valent, veluti donatio inter virum & vxorem, quæ non est contra bonos mores, sed moribus recepta non est, vt declarat Socinus iunior cons.44. nu.34.

A lib.2. sed iuramentum non confirmat ea quæ contra bonos mores sunt, cap. Non est obligatorium. de reg. iuris. lib.6. Sunt autem pacta eiusmodi contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis.

Postremum argumentum est ex cap.25. Genesis, vbi Esau fratri suo vendit primogenituram, & valuit donatio propter iuramẽtum, cuius loci meminit Tiraquell. de iure primogen. q.29.

Responderi potest ex Tiraquello ibi num.3. & ex Cacherano dicta decis.100. iudicialia veteris testamẽti nõ astringere, nisi in quantum reperiuntur approbata, & illud ius primogenituræ, quod cõtra ius naturale vni tantum ex liberis successionẽ defert, faciliùs extingui posse. Denique illud concessum fuisse Iacob in figura, propterea quod ex eo debebat descẽdere beatissima Virgo Maria, ideo meruit primogenituram, hæreditatem, & benedictionem patris. Quæ autem in veteri testamento in figuram concedebantur, ad exemplum trahenda B non sunt.

Alij dixerunt pacta de viuentis hæreditate iuramento confirmari quidem non posse; Veruntamen paciscentes in periurium incidere, si ea non seruarint. Alexander post Inmolam, quem citat ad l. Stipulatin hoc modo cõcepta post num.7. de verb. oblig. Alciatus in c. Cùm contingat, nu.80. de iureiur. Vasquius de successionum progressu lib.2. §.18. nu.195.

Fundamentum est in c. Sicut ex literis. de Sponsalib. in Glos. c. vlt. vers. Reuocatus. de proc. li.6. in cap. Cùm quidam. de iureiur. in trad. per Rotam in antiquis decis. 653. vbi decidit iurantes in periurium incidere, qui non seruant iuramentum, licet actus super quo interponitur legibus sit reprobatus.

Responderi potest hæc esse dissimilia, quia nõ loquuntur, quando iuramentum adhibetur ad confirmandum id, quod est contra bonos mores, sicut in quæstione nostra. Vide Celsum Vgonem cons.100. nu.5.

C Tertia igitur est sententia vera & communis, eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, iuramento nõ firmari, Vide Bart. & alios in l. vlt. C. de pactis. Alex. in cons.28. lib.3. Decium cons.31. 63. 184. 225. 236. Capell. Tholos. decis.452. Curtium iuniorem cons.15. & cons.22. Tiraquell. de iure primogen. q.6. num. 18. Zasium cõs.1. nu. 18. lib.2. Socinum iuniorem cons.44. nu.15. lib.2. Cacheranum d. decis.100. Couat. ad cap. Quamuis. 2 parte, in initio, nu.2. Andr. Geyll. lib.2. obseru. 126. Hieron. Gabrielium cõs.137. nu.25. 26. Viuium commu. opin. vers. Pactum. 1. Celsum Vgonem d. cõs.100. nu.5. Io. Petrum Surdum cons.133. nu.9. Simonem Pret cons.123. nu.15.

Fundamentum est satis firmum in l. Non dubium. C. de legibus, quam multi ad hoc perpendunt, sed firmius est illud, quia non est obligatorium cõtra bonos mores præstitum iuramentum, c. Nõ est obligatorium. de reg. iur. lib.6. Huiusmodi pacta sunt contra bonos mores. l. D vlt. C. de pactis. igitur, &c.

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud esse accipiendum, quando iuramentum est cõtra bonos mores iuris canonici, quia scilicet peccatum continet, non autem contra bonos mores iuris ciuilis.

Sed pręterquam quod regula, c. Non est obligatoriũ, indistinctè loquitur, quod perpendunt Fortunius de vltimo fine iuris. Illatione 12. Socinus iunior d. cõs.44. nu. 44. lib.2. Couar. ad d.c. Quãuis in 2. parte, in initio, quorum argumentis respondere debuisset Vasquius de successionum progressu lib.3. cap.28. nu.10.

Præter hanc, inquam, rationem, illa etiam accedit, qđ pactiones hæ inducunt votum captandę mortis, & ideo sunt contra bonos mores, etiam secundum ius canonicum. c.2. c. Detestanda. de Concess. prębendæ lib.6. Sunt enim cõtra ius naturale. l. Quidam. §. vlt. ff. de donation. consequenter contra ius canonicũ ex trad. per Panorm. in c. Cùm contingat. post nu. 5. de iureiur. vt animaduertit Socinus iunior d. cons.44. nu.41. lib.2.

Imò

Imò vt superius dicebã ex sñia plurimorũ, pacta hęc dñt peccatum nutrire, seu peccandi occasionẽ pręstare.

Adde quod vergunt in præiudicium tertij. Cõsequenter iuramento confirmari non possunt. Consequentiam probat c. Cùm cõtingat, de iureiu. c. Quamuis, de pactis, lib. 6. vti notarũt Bartol. ad l. Titia Seio. §. Imperator. de leg. 2. Alciatus ad l. Pacta quę contra. C. de pactis. Tiraq. ad l. Si vnquam. nu. 91. C. de reuoc. donat.

Antecedens autem probatur ex l. vlt. C. de pact. dum ait, eiusmodi pactiones plenas esse tristissimi & periculosi euẽtus, propter insidias videlicet quæ parari possũt viuenti, cuius hæreditas in pactum deducitur, vti annotarunt Salicetus in l. Pactũ quod dotali. C. de pactis. Socinus iunior d. cõs. 44. post nu. 40. lib. 2. Vasquius de succes. progressu lib. 2. §. 18. nu. 64. & nu. 208. vers. Ex superioribus, & lib. 3. §. 28. post nu. 10. quibus adstipulatur quod scribit Andreas Isernia in c. 1. §. Moribus. si de feudo fuerit controuers. &c. & in c. 1. col. 7. qui success. teneantur.

Denique his accedit, quod perpẽdit Alciatus in l. Stipulatio hoc modo cõcepta, de verb. obl. ita iure ciuili pactiones istas reprobari, vt paciscentes quoq; puniantur, fisco scilicet hęreditatem auferente, iux. l. 2. §. 1. ff. de his quib. vt indig. l. Quidã. §. vlt. de donat. Quare haud quaquam iuri consonũ videri, iureiurando debere cõfirmari tam illicitas pactiones, arg. c. Et si Christus, de iureiu.

CAPVT LXXIII.

Filia an possit agere ex promissione dotis marito facta per patrem, marito vita functo?

Diocletianus. *Si pro te pater marito tuo stipulanti promiserit dotem: non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio.* l. 5. C. de dotis promiss.

Paulus in l. Si socer. 45. §. Lucius. ff. sol. matr. *Respondi, &c. necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei praestare, &c.*

Ex Diocletiano habemus actionem filiæ non competere contra patris sui successores, ex Paulo autem cõpetere aduersus maritum suum, sed quoniam ia dotem nõ recepit, & eam ob causam tenetur, quia actionẽ habet, ideo actionem cedendo liberari. Scæuola in l. Quod dicitur 52. *In omnibus quos ideo teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est.*

Hæc cùm ita sint, non rectè scripsit Guido Papæ, q. 375. & in cõs. 6. nõ procul à fine, Boerius decis. 328. nu. 2. mortuo marito ex æquitate actionem filiæ cõpetere aduersus patris successores; nam hæredes mariti defuncti, qui eius successores sunt, & vna eadẽque persona cum defuncto censentur, vt in Nouell. de iureiu. à moriente præstito. conueniẽdi sunt à muliere, vt aut dotem, si exacta est, reddãt. aut actiones aduersus patris successores cedant. Ex persona hæredis non mutatur conditio obligationis. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Et ita rectè in terminis sensit Corneus cõs. 1. col. pen. lib. 2. & cons. 318. vers. His tamen non obstantibus, lib. 3. Baldus in d. l. 5. vers. Sed pone. C. de dotis promiss.

Argumẽta Guidonis Papæ nullius sunt momenti. Primum est ex l. vn. §. Videamus. C. de rei vxor. actio. ibi. *Aequissimum nobis visum est, & in ex stipulatu actione mulierem dotem suam praecipuam accipere.*

Respondeo, text. loqui de dote iam soluta & data marito, & hoc velle, mortuo patre actionem cõpetere soli filiæ, ac in eam vt vulgò dicitur consolidari, licet emancipata vel exhæredata sit, quod ad quęstionem propositam nil facit.

Secundum argumẽtum est ex eadem l. vn. §. Accedit. ibi. *Tunc praesumatur, mulier ipsa stipulationem fecisse, vt ei dos ex huiusmodi casu accedat.*

Nihil ad rem, quia hæc est sententia legis, si extraneus qui dotem dedit pro muliere, non fuerit stipulatus eam sibi reddi, ad mulierem pertinere, & ei actionẽ ex stipulatu competere: Quid hæc ad propositum nostrum?

Multò minus ad rem pertinet quod S. Pontifex monuit in c. Dilecti filij, de iud. quem textum cõiungit Guido Papæ cum superioribus legibus, vbi S. Põtifex. *Prouideatur attentius ne ita subtiliter, sicut à multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter & purè factum ipsum, & rei veritatem secundum formam canonum & sanctorum patrum instituta inuestigare curetis.*

Hic non est quæstio, quæ actio competat mulieri, sed an competat aduersus patris successores ex promissione dotis marito facta, & negat Diocletianus cõpetere, Paulus respõdit competere aduersus maritum, eo vsque, vt ei actionem cedere compellatur. Si Pontifex illud monet, cùm certum est actionem competere, ne solliciti simus quæ competat actio, sed factũ ipsum & veritatem inuestigandam esse, quod non procul abest ab eo, quod Constantinus statuit in l. 2. C. de formulis sublatis. Solet c. Dilecti. à doctoribus nostris citari, cùm probare volũt nomen actionis in libello exprimendum non esse, non malè. Ad hãc verò quam in manibus habemus facti speciem, non benè a Guidone Papæ citari mihi videtur.

CAPVT LXXIV.

Si gener confessus fuerit se dotem à socero accepisse: deinde socer ei dotem promittat: an mortuo marito, vxori actio competat contra hæredes ipsius, vt dotem restituant, an verò ij cedendo actionem contra successores soceri liberentur?

Altera maioris momẽti ac lõgè difficilior q̃stio pponitur inter doctores maximè cõtrouersa. Maritus confessus est se à socero dotẽ accepisse, cũ matrimoniũ est contractũ. Deinde socer ei dotẽ promisit. Soluitur matrimoniũ morte viri. Quæritur an vxor cõpellere de iure possit hæredes viri ad dotẽ restituẽdã, licet maritus defunctus eã nõ acceperit, an verò ij actionẽ q̃ ex promissione habet cedẽdo liberẽtur. Videri põt cuipiã hoc mirabile, vt tales cõfessiones ac promissiones fiãt, sed pter quã qđ eo tẽpore, quo Bart. vixit, Angelus Perusinus, & alij antiquiores interpretes, in vsu erat eiusmodi cõuentiones, de hac cõsuetudine mẽtionẽ facit Iustinianus in l. vlt. C. de dote caut. non num. dũ ait: *In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cùm adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantùm subsecuta sit, &c.*

In hac igitur quæstione cõmunior sentẽtia est, quæ vt verum fatear, mihi quoq; magis probatur, hæredes viri obligatos esse, atq; adeò cõpelli posse ad dotẽ restituendam, nec liberari actionẽ cedendo, ita Bart. in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matr. Paulus Castr. ibidẽ, & Alex. Bald. in cons. 224. lib. 5. Abbas in cõs. 73. nu. 3. lib. 2. Alex. cõs. 36. nu. 2. lib. 2. & cons. 148. nu. 1. 2. lib. 5. Corneus in cons. 151. nu. 16. 17. lib. 1. & 209. lib. 3. & 109. li. 4. Soc. senior cõs. 279. col. pen. vers. Confirmatur postremò lib. 2. & cons. 64. nu. 8. lib. 3. & 88. nu. 21. & 130. num. 18. lib. 4. Iason. cons. 122. lib. 1. Ruinus cõs. 197. ad fin. lib. 1. Neuizanus lib. 2. Siluæ nuptialis, nu. 73. qui testatur sic iudicasse Senatum Mediolanẽsem, Afflictus decis. 323. n. 1. Cãpegius de dote in 1. par. q. 52. nu. 3. vers. Aduertẽdũ tñ est, & in 5. par. q. 75. Crau. cõs. 253. in fine, & 282. nu. 3. & 285. col. pen. Menochius qui oẽs istos citat, quos ego ĩ fonte volui videre de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 90. illis addo Cagnolum ad l. 2. nu. 20. C. de pactis inter empt. & vẽd.

Fundamentũ est hoc, quod ego latius explicabo. Semper in stipulationibus & cæteris contractibus inspicitur quod actum est. l. Semper in stipulationibus. de reg. iur.

Sed hoc actũ vr̃ inter cõtrahẽtes, vt vir vxori suę dotẽ soluto matrim. restituat, perinde atq; si eam accepisset à socero. Ergo eam reddere mulieri hęredes eius tenẽtur.

Assumptio

Assumptio argumenti probatur, quia maritus cōfessus A est, se à socero dotem accepisse, quam verè non accepit, pro cautione vxoris suæ, vt videlicet eum obligatum haberet ad restituendam dotem, non habita ratione an dotem acceperit, necne. Nam & ipsi marito prospectum satis est ex promissione postea facta per socerum, vt planè videatur, sicut rectè Bartolus dicebat, tanti promissionē illam æstimasse, vt se voluerit obligare, ac ei numerata esset. Quod sanè confirmari potest, primùm ex eo, quod in instrumento, in quo confessio de recepta dote ipsius mariti continetur, idem promittit, se eam vxori restituturū soluto matrimonio, & in omnem casum dotis restituendæ, vt fieri solet. Quare mulier ex stipulatu actionem meritò habet, iuxta l. Vnic. C. de rei vxor. actio.

Secundò, quia ea confessio non fit in fauorem soceri, & hoc certum est: nec enim gener confitendo se dotem accepisse, ipsum socerum liberat, imò adhuc obligatū habet ex promissione postea facta. Non etiā ea cōfessio fieri B vr̄ à marito animo donādi vxori suæ, iuxta l. 2. C. de dote cauta non num. quia maritū nolle aliquid donare ex eo apparet, quod postea stipulatur à socero sibi dotē præstari, & solui, & socer ei promittit se soluturū dotē. Vt igitur confessio non sit prorsus inanis, & absq; vllo effectu, dicendū est, eā in fauorē vxoris factam videri, vt maritum eiusq; hæredes conuenire possit ad reddendam dotem soluto matrimonio, ipsi autem marito & hæredibus eius actionem competere ad dotem promissam cōsequendā.

Sed contrariam sententiam Baldus est secutus in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matrim. & ibidem Angelus, vbi testatur sic fuisse decisum Perusij, & idem in cons. 145. Romanus in cons. 445. nu. 4. Andreas Siculus cons. 119. lib. 2. Curtius senior cons. 54. col. 2. & 3. Socinus senior cons. 27. nu. 24. lib. 4. alios citat Antoninus Thesaurus decis. Pedemont. 112. num. 3.

Horum argumentis respondendum est. Primum est C ex l. 1. C. de dote cauta non num. *Dotem numeratio non sola confessio constituit*. Sed hic nulla est numeratio, sed confessio sola mariti: Ergo, &c.

Respondeo, hanc esse legis sententiam, dotem constitui ex numeratione, non autem ex confessione, quia obstat exceptio dotis non numeratæ, intra tempus cōstitutum, vt in illo titulo habetur. Verumtamen etsi maritus dotem non acceperit, nihil tamen prohibet, quo minus dotem reddere teneatur. Veluti si socerum liberauit, qui dotem præstare tenebatur ex alijs causis, vt in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matr. l. Vir ab eo. l. Dotem. l. Prætermittendo. §. 1. ff. de iure dotium.

Hæc in proposita quæstione iusta causa est, quia vir suscepit in se periculum, & onus ac obligationem dotem vxori reddendi soluto matrimonio, contentus promissione soceri, vt suprà dictum est.

Secundum argumentum est, quia licet paternum officium sit dotem dare filiæ suæ. l. vlt. C. de dotis promiss. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. tamen filia dicitur à patre aliquod lucrum accipere, dum dotē accipit. l. vlt. §. Si à D socero. ff. quæ in fraudem cred. ibi: *Intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse*. Ergo filia factum patris, à quo causam habet, præstare debet: Consequenter sicut patri agenti ad repetitionē dotis obstaret exceptio propter promissionem postea factam, ita & filiæ obstare debet. l. Apud Celsum. §. De authore. ff. de doli mali excep. l. Ex qua persona. de reg. iuris. l. Mæuia. §. 1. ff. sol. matr.

Respondeo, non obstare filiæ hanc exceptionem, quæ patri obstaret (nisi hæres eius esset) q̄a nihil petit ex persona patris, sed petit ex confessione & promissione mariti, qui obligauit se ad restituendam ipsi vxori dotem, licet à socero non acceptam. Habuit enim promissionem soceri loco solutionis, ac proinde confessionē & promissionem fecit vxori suæ, perinde ac si dotē accepisset. Argumentum autem cōtrarium locum haberet, si versaremur in sola confessione mariti de recepta dote; nam intra tempora legibus cōstituta vxori dotem repetenti recte obijceretur exceptio dotis cautæ non numeratæ. Sed hic versamur in alia facti specie, cùm scilicet vir promisit vxori se dotem redditurum, non spe futuræ numerationis, sed simpliciter, quia scilicet promissionem habuit à socero, quam pro numeratione reputauit.

Tertium argumentum est, quia ex illa confessione mariti non est planè quæsitum ius vxori ante lapsum temporis, ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis constituti. Ergo repellitur exceptione, &c.

Respondeo, id negando, quod in argumento assumitur. Etenim ius quæsitum esse mulieri contra maritum & eius hæredes, ex promissione mariti de dote ei soluto matrimonio reddenda, & confessione facta, patet ex iam dictis.

Quartum argumentum est, cùm quis eam ob causam tenetur, quia actionem habet, cedendo actionem liberatur, l. Quod debetur. ff. de peculio. Sed ideo maritus tenetur hoc in casu, quia actionem habet ex promissione B contra socerum. l. Si pater 5. C. de dotis promiss. Ergo cedendo mulieri actionem, liberatur.

Respondeo, negādo, maritum ideo teneri, quòd actionem habeat, nam tenetur eā ob causam, quod vxori suæ promisit se dotem redditurum, quam cōfessus fuit se habuisse, licet enim reuera non habuerit; tamen quantum ad mulierē voluit esse obligatus, ac si eam habuisset, suoque periculo dotem à socero ex promissione exigere.

Quintum argumentum est, Nouatio non inducitur, nisi expressè id agatur. l. vlt. C. de Nouation. Ergo maritus qui confessus est se dotem accepisse, non videtur hoc fecisse animo nouandi, & obligationē in se suscipiendi.

Respondeo, imò videri: cuius rei luculentum est testimonium, ex eo, quod mulieri præsenti ac stipulanti promittit se dotem redditurū, ac in fauorem, & commodum eius fatetur se dotē accepisse, licet reuera non acceperit.

Vltimum argumentum est, quia eiusmodi confessio C est erronea, nam vir fatetur se dotem accepisse, & tamen constat id falsum esse. Erronea autem confessio non nocet. l. Error. C. de iuris & facti ignor.

Respondeo, nullum hic errorem esse, nullam falsitatem videri: Nā res sic se habet: maritus accipit à socero promissionem. Ea promissione vsque adeo contentus est, vt eam loco numerationis dotis habeat; ac proinde se accepisse dotem profiteatur, promittatque vxori se eam restituturum. Hic periculum est mariti, si postea non exigat, non vxoris; quia satis ei cautum est ex ea confessione & stipulatione.

CAPVT LXXV.

Ad l. 1. de dotis promiss. & ad l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

D Papinianus: *Gener à socero dotem arbitratu soceri certo die dari nō demonstrata re, vel quantitate stipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret: cum inter modum constituendæ dotis, & corpus ignotum, magna differentia sit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest, &c.* l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

At contra Imperator Alexander: *Frustrà existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec præstita sit, cum neque species vlla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quæ nubebat dotem dare promiserit.* l. 1. C. de dotis promiss.

Quinque præcipuas Doctorum sententias esse animaduerti, quas ordine referam, vt collatione inuicem facta lector facilius intelligere ac discernere valeat, quæ sit rationi ac iuri magis consentanea: qua in re operam etiam dabo, vt iudicium non desideret meum.

Prima fuit Accutsij & aliorum veterũ sententia, Papinianum loqui de dote per stipulationẽ promissa. Alexandrũ verò de dote in scriptura, vel nudo pacto promissa, quæ cùm incerta sit, non est præsumenda stipulatio, nec pactum nudũ actionẽ producere debet, ne duo specialia concurrant, Primum, vt ex nudo pacto detur actio. Alterum, ad incertũ, vel præsumatur stipulatio interuenisse.

Secunda fuit sententia Francisci Duareni lib. 1. anniuersar. disputat. cap. 56 distinguendum esse, an pater filię nomine dotem promiserit, an verò ipsa mulier. Posteriore casu nulla est promissio, propter incertitudinem, vt Alexander rescripsit. Priore autem casu promissio dotis vtilis est, vt respondit Papinianus, ea ratione, quia officium patris est dotare filiam, idque pro modo facultatum suarum, & dignitate mariti. Vnde promissio ex iure & legibus certitudinem accipit. Nullus autem legibus præfinitus est modus dotis, quo mulier citra conuentionem teneatur, imò potest indotata nubere.

Tertia est sententia Antonij Guiberti de dotibus, c. 4. generalem ac indefinitam dotis promissionẽ valere, siue mulier eam promiserit, siue pater vel alius eius nomine, quoniam ex facultatibus promittentis, & dignitate eorum, qui matrimonio coniunguntur, dos certitudinem capiet. Ad Alexandri rescriptum quod attinet, respõdet mulierem eo in loco dotem tantùm dicere promisisse, id est, solenniter constituere, secũdum antiquos emendatos Codices. Cùm itaque dotem mulier non promiserit, sed tantùm pacto nudo se dotem dictutam cauerit, meritò actio non competit, quia lex non confirmat talem dotis constituendæ pactionem, sed eam demùm quæ aliquam dotis constitutionem seu promissionem continet.

Quarta est sentẽtia Guilielmi Fornerij, lib. 3. selectionum, c. 24. in Alexãdri rescripto, nullã omnino à quoquã dotem Claudio fuisse promissam, non secus tamen, ac si promissa esset dotali adscripta instrumento. Ei rei argumento esse versiculum, *quia promissa*, quo sermone falsa ac temerè arrepta opinio significari solet. l. 4. C. de hære. instit. l. Quidam. ff. de probat. l. 2. §. Voluntatem. vers. Iulianus. l. Si alienã. ff. sol. matr. l. Si eum. ff. si cert. pet. l. Nec ignorans. C. de donat. §. Sed istæ. de actio. cap. Quæsijt. de verb. sig. Et licet regulariter instrumenti fidẽ sequamur. l. Sciẽdum. de verb. obl. Sæpe tamen tabellionum multa de suo adscribẽtium & affingentiũ vitio, negligẽtia, vel astutia hæc iuris definitio offendit. l. Si librarius. de reg. iuris, vt interdũ plus nũcupatũ, minus scriptũ; vel cõtra, plus scriptũ, minus cautum esse videatur. l. 4. C. de dotis promiss. Etsi pro scriptura pręsumatur, permissum est id, quod gestũ sit inuestigare, vt veritati locus supersit. l. Optimã. C. de cõtrah. & com. stip. Ex quib. indotatã vxotẽ Claudio nupsisse relinquit. d. l. t. quod nec nouũ, nec insolẽs videri debet. l. Si cùm dos. rer. amot. l. Quid si nulla. de relig. & sump. fun. Nou. 2. 74. 117. Hęc ferè Fornerius.

Quinta est sententia Roberti Aureliani, lib. 4. sent. iuris, c. vlt. Alexandri rescriptũ ad eam speciem pertinere, qua dotis promissor in animo habuerit eã taxare & pręfinire, neque tñ aliquo casu superueniente, aut errore id egerit, tunc enim inutilis est promissio. Hocque indicere videntur illa verba Alexandri: *Sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum*, nimirum ex proposita specie intellexisse Imperatorẽ, amplius quid adscribi voluisse instrumento partes, sed tamen hactenùs tantùm, vt dos simpliciter promissa appareret, fuisse adscriptũ: cùm neq; species vlla, neq; quãtitas promissa fuisset, verùm eo imperfecta promissio relicta, q cùm sic dotem promitteret mulier, vt simul dotis modum præstituere vellet, id tamen actum non esset, nec per consequens instrumento adscriptũ: quod sibi imputare debeat stipulator maritus, in cuius potestate esset apertiùs ea omnia concipere & cõscribi curare. Sic enim in cæteris, quę obscura dubiaq; & incerta sunt, contra stipulatorem interpretatio fit, cęterosque istiusmodi omnes, quibus ex conuentione aliquid quæritur, & cõmodũ adfertur. l. Stipulatio ista. §. In sti-

A pulationibus. ff. de verb. obl. l. Veteribus. ff. de pactis. l. Labeo scribit obscuritatem. de act. empt. Hęc Robertus.

Nunc de singulis quid ipse sentiã paucis accipe. Prior sentẽtia nullo pacto mihi placere potest, primò, quia tam Alexander quàm Papinianus intelligi possunt de dote promissa, vel pacto nudo, vel per stipulationẽ. Nec enim refert l. Ad exactionem. C. de dotis promiss. nec vllum est vestigium huius diuersitatis in vtroque responso. Secundò, quia illa ratio, ne duo specialia simul concurrant, admodum infirma est; nam concurrere posse, multa specialia indicant. l. Licet. §. 1. ff. de iure dot. Singularia. ff. si cert. pet. l. vlt. C. ad Velleian. §. Si ab hostib. Instit. quibus modis ius patriæ potest. soluitur.

Tertiò, quia ratio Alexandri Imperatoris non est posita in impediendo cõcursu duorum specialiũ, sed quia in instrumento dotali nil aliud erat adscriptũ, nisi quod ea, quę nupserat, dotẽ dare promiserat. Quibus verbis appa-

B ret, rationem eius esse propter incertudinem promissionis, quia nec species vlla, nec quantitas expressa fuerat.

Quod attinet ad sententiam Francisci Duareni, illa mihi verissima videtur. Imprimis eam amplexi sunt Franciscus Conanus, aut is, qui Conano additamenta fecit, lib. 8. c. 8. Deinde Corasius ad l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. nu. 92. Denique Cuiacius in recitationibus ad Codicem, tit. de dotis promissiooe, & ad Papinianum lib. 4. responsorum, dum tractat responsum illud Papiniani *in l.* Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

Ad hæc, adstipulatur huic sententiæ Hermanopulus lib. 4. c. 8. sic Latinè dicens: *Si spoponderit mulier dotem dare, non adiecta quantitate, aut re certa expressa, quæ in dotem detur, inutilis est eiusmodi dotis promissio, vtpote cùm possit mulier vel vilissimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia causa est patris dotem pro filia pollicentis, qui etsi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen est ac valida promissio. Hoc enim cum dicit pater, non sese quantamlibet*

C *dotem, sed quæ facultatibus par sit daturum indicat.*

Denique, his accedit argumentum ex ipsis verbis Papiniani & Alexandri, Papinianus enim apertè loquitur de patre promittente dotem, filię nomine; Alexander verò de muliere ipsa, quæ dotem promisit, Ergo hæc sententia verbis vtriusq; legis consentanea est, sed & rationi quoque conuenit. Nam pater debet dotem *filiæ*, tanquam æs alienum. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss. Quantum verò debeat obscurum non est. Debet enim dotem filiæ constituere pro modo facultarum suarum, & mariti dignitate. Si ergo pater pro filia dotem promittat, non est incerta huiusmodi promissio, nec incerta dos. Sed nulla dos est certa, quam sibi ipsi mulier constituere debeat aut cogatur: nam in arbitrio eius est, quam & quantam marito velit dare vel promittere, modò omnia bona sua. l. Mulier. 73. ff. de iure dot. modò exiguam pecuniam, modò etiam nullã. ideo

D mulier dotem promittendo simpliciter non adiecta re vel quantitate certa, nihil agit, quia quantum promiserit non apparet, & leuiculæ rei præstatione liberari potest, quam sibi suam dotem esse dicat.

His non obstat l. Quæro 61. ff. de iure dotium, quam Gunterius opponit ad probandum dotis promissionem incertæ quantitatis à muliere factam valere. Nam lex illa hoc non dicit. Celsus; *Quæro quanta pecunia dotem promittenti adultæ mulieri, curator consensum accommodare debeat? Respondi. Modus ex facultatibus & dignitate mulieris maritiq́, statuendus est, quousque vel ratio patitur.*

Hæc est sententia legis, si adulta mulier, quæ curatorem habet, dotem certæ quantitatis promittat, curatorem eius consensum accommodare debere, prout facultates mulieris, eiusque & viri dignitas, & ratio postulat & patitur. Itaque mulieri immoderatam dotem promittenti, suum consensum curator non accommodabit. De incerta dotis promissione & quantitate obscura, nullum verbum in dicta lege habetur.

Ad

Ad tertiam sententiam quod attinet, hoc mihi occurrit, non videri solidã. Primò, quia repugnant omnes Codices, in quibus scriptum est, mulierem dotẽ dare promisisse. Secundò, quia & si mulier dotem se dicturam, hoc est, constituturam promisisset, æquè (nisi incertitudo obstaret) deberetur ac si dotem promisisset. Nec enim verbis leges scriptæ sunt, sed rebus. l. 2. C. commu. de leg. tertiò. Quia licet Vlpianus in fragmẽtis, tit. 5. dicat: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dotis tamen actio tã ex dictione nascitur, quàm ex stipulatione, vt notat ibi Cuiacius, vbi etiam monet, sublatam esse dicendæ dotis solennitatem, & ideo Tribonianum in l. Ad exactionẽ. C. de dotis promiss. & alibi semper scripsisse, *doti promittere*, vbi olim scriptum erat, *doti dicere*.

De sententia Fornerij amplectenda, nunquam cogitaui, q̃m repugnat verbis legis, quibus euidenter apparet dotem reuera promissam fuisse indefinitam, & ita cõprehensum in instrumento, & ideo nullam falsitatem interuenisse manifestũ est, totaq; legis ratio in eo est posita, B quod nullus species, nulla quãtitas dotis expressa fuerit.

Postrema denique sententia Roberti nullo modo placere potest, quia nobis non constat, partes voluisse dotẽ taxare, & postea errore aut alia de causa nõ taxasse. Nulla huius rei mentio habetur in lege; nullũ, vel minimum argumentum. Nam illa verba illa, *sed hactenus instrumento dotali adscriptum*, non indicant partes voluisse dotem taxare ac definire, sed hoc significatur in instrumẽto dotali hoc solùm fuisse comprehẽsum, quod ea quæ nupserat dotem dare promisisset, scilicet nulla certa quantitate vel specie expressa: quæ ratio & causa fuit, vt actio Claudio non competeret.

CAPVT LXXVI.

An fideiussores dotium dari possint.



A Marito non esse exigendam pro dote satisdationem certum est ex l. 2. C. Ne fideiussores dotium dentur, cuius rei adfert rationem Imperator ibi, quam latius explicat Alciatus lib. 4. Parergon, c. 26. Sed an à marito volente præstari satisdatio possit, in controuersiam vocari potest. Quoniam Duarenus in c. 4. de dotibus & dotium iure, sub tit. sol. matr. affirmat. *Equidem arbitror*, inquit, *fideiussorem, qui à marito datus est obligari, ac conueniri posse, quamuis fideiussorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primum, quod omni obligationi potest accedere fideiussor. l. 1. de fideiuss. nec vlla lex est, quæ hanc fideiussionem prohibeat, aut ratio propter quã prohiberi debeat. Præterea, cùm certi iuris sit pignus à marito vxori pro dote dari posse. l. Quod autem. §. Si vxor. de dona. inter vir. & vxo. cur fideiussor non dabitur? Fideiussio namque pignoris dationi par similisq; esse videtur. l. Promissor. §. vlt. de constit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiussor pro muliere dotẽ promittente intercedens teneatur. l. Cùm dotis. de iure dot. ex quo consequens est, & pro marito intercedentem obligari, cùm nulla ratio diuersitatis, nisi perquam inepta, negatoriaq; adferri possit. Et sanè inter omnes conuenit soluto iam matrimonio, satisdationem hanc vtilem atq; efficacem esse. l. Si constante §. Quoties. ff. sol. matr. l. Exceptiones. de exception. §. Cùm autẽ. C. de rei vxo. act. sed constante matrimonio fideiussorem vtiliter dari negant. Ego verò fideiussionem valere contendo quocunque tempore data fuerit: Nec aduersatur nostræ sententiæ inscriptio illa siue titulus. Ne fideiussores dotium dentur: quem ego prohibitorium esse nego. Verba enim ea ambigua sunt, & possunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiussores dare, vel vt ne volens quidem, dare possit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio est, quæ vitio caret, non quæ rationi & iuri contraria est. l. In ambigua. de legib. Præterea duæ tantùm leges sub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi potest. Prioris etenim legis* A *hæc verba sunt: Siue ex iure siue ex consuetudine lex proficiscitur, vt vir vxori fideiussorem seruandæ dotis exhibeat, eam iubemus aboleri. Quibus verbis abrogantur leges ac consuetudines, quibus maritus ad dandum fideiussores cogebatur. Posterior lex clarè & apertè loquitur de fideiussionis exactione, non de ea, quæ à volente præstatur, vt satis constet, vel ea lege, tituli, seu inscriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur sensus earum legum est, atque adeò tituli ipsius, maritum vxori, ad dandum fideiussorem dotis nomine, cogendum non esse. Nam etsi plerunque cautiones huiusmodi interponi soleant, maximè in bonæ fidei iudicijs l. In bonæ fidei. de iud. tamen indignum visum est eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iustiniano proditam in lege posteriore. Nostræ huic sententiæ Hermanopulus adstipulatur lib. 4. tit. 8. Nihil autem in priscis autoribus iuris nostri extare putamus, quod nostræ interpretationi refragetur, nisi fortè quis obijciat nescio quam Theodosij constitutionem, quæ legitur in Theodosiano Cod. lib. 3. tit. 15. Sed in* B *eius constitutionis verbis nihilo minor est, quàm in titulo illo Iustiniani, cuius modo mentionem fecimus ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodosij nomine & titulo inscribitur, valdè mendosus est, nec Theodosij Codex est sed Alarici Gottorum Regis potius, qui in Theodosij Constitutionibus multa immutauit.* Hactenus Duarenus.

Sed hæc noua Duareni sñia contra oĩum veterum interpretationem ac sensum, nullo modo recipiẽda est. Primò, q̃a repugnãt verba l. 1. C. Ne fideiussores dotiũ dentur: quib. generaliter illa lex aboletur, quæ vir vxori seruãdæ dotis fideiussorẽ exhibeat. Secũdò, quia in Codice Theodosiano, ex quo illa lex sumpta est, ita legitur, li. 3. tit. 15. tit. de fideiussorib. dotiũ: *Omnium sponsorum vel fideiussorum, deinceps in cauẽda dotis sponsione promissiones absoluimus.* Et ideò rectè Cuiacius ad hũc tit. Etsi vltrò, maritus dederit fideiussorẽ vel mandatorẽ, vt nõ obligetur, quia hanc obligationẽ cõstitutiones improbant. l. 1. C C. Theod. de fideius. dotis. Tertiò, quia & Hermanopulus, cuius testimonio vtitur Duarenus huic cõi sententiæ adstipulatur. Sic enim scribit lib. 4. tit. 8. latinè redditus: *Vir dotem accipiens, fideiussores exhibere non cogitur. Nunquam enim pro muliebri dote fideiussor datur, nisi antequã sponsalia contraherentur, id conuenerit.* Si nunquã fideiussor datur, nisi ante sponsalia fuerit conuentum; Ergo sentit non valere fideiussoris dationem constante matrimonio, nisi ante sponsalia, vt præstetur, fuerit conuentum.

Argumenta Duareni non obstant. Primum, omni obligationi accedere posse fideiussorem, nihil mouet, quia hæc est exceptio, vt pro dote non accedat: Cõstitutiones enim fideiussoris obligationem hoc in casu improbant.

Secundum argumentũ est, pignus à marito vxori pro dote dari posse, ergo & fideiussorem. Respondeo, rationem hanc diuersitatis esse inter pignus & fideiussorem, quia dato pignore dos ponitur tantùm in tuto, nõ etiam committitur alterius personæ fidei, quàm mariti ipsius. D Fideiussor obtinet locum debitoris, pignus locũ rei debitæ. Non quæritur aliena fides, si quæritur pignus; secus si fideiussor: quod inter coniuges fieri absurdum, & perfidiæ occasionem esse Imperator censuit.

Tertium argumẽtum est, quia fideiussor pro muliere dotem promittente obligatur. l. Cùm dotis. ff. de iure dotium. Ergo & pro marito. Respondeo, l. Cùm dotis, non loqui de vxore, sed de eo qui dotem viro promissam ab vxore, id est, qui dotẽ quã debuit vxor expromittit, verba hæc sunt: *Cùm dotis causa aliquid expromittitur, fideiussor eo nomine datus tenebitur.* Expromittere est nouandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem, pro alio, soluto ab omni obligatione alio, quia nouatio liberat debitorem priùs obligatũ. Est ergo hæc sententia legis, si quis dotem debitam ab vxore, promiserit viro, nouandi animo, & fideiussorem dederit; vtique fideiussor tenebitur, nec enim ab vxore datus est, sed ab extraneo expromissore: quæ doctissima explicatio est Cuiacij ad tit. Ne fideiussores dotiũ dẽtur

A in liberis posthumis: nec enim aliena mihi vendicare solitus sum; licet furtum non vsq; adeo manifestum esset; Nam & furti non manifesti pœna legibus est constituta.

CAPVT LXXVII.

Confessio dotis receptæ à marito facta animo donandi, an confirmetur iuramento promissorio?

SI maritus animo donandi vxori suæ cõfiteatur se dotem accepisse, quam verè nõ accepit iuxta l. 2. C. de dote cauta non num. quæritur, & in cõtrouersiam vocatur, an ea confessio iuro confirmetur, quod promissorium doctores vocant; cùm scilicet iurat maritus, se dotem redditurũ vxori suæ. Vocant enim doctores nostri tradendæ disciplinæ gratia, iuramentum promissorium illud, quo quis promittit iureiurando se aliquid daturum vel facturum.

B Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ. Vna, non confirmari iuramento promissorio huiusmodi confessionem. Authores huius sententiæ non satis bene commemorantur. Cynus ad l. 1. circa finem. C. de sacros. Eccles. Bart. in l. Cùm quis decedẽs. §. Titia, de leg. 3. & quidam alij, qui loquũtur de iuramento simpliciter, quemadmodum Socinus senior in l. 1. nu. 98. ff. sol. matr. licet reuera eum hanc sententiam habuisse colligi non possit ex ijs quæ docet ibi post nu. 102. vers. Quartò & vltimò limita. Inuenio igitur huius sentẽtiæ Ruinum cons. 137. lib. 4. vt colligitur ex fine ipsius consilij, Didacum Conar. lib. 1. variar. resolut. cap. 7. num. 5. & Menochium de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. num. 43. Cæteros qui allegantur non inuenio hoc dicere.

Altera est sententia, confirmari promissorio iuramento huiusmodi confessionem. Authores sunt Bald. Nouella, de dote par. 10. nu. 10. vers. Tamen hæc sua, Crauet. in cons. 81. nu. 3. Ioannes Lupus ad rubr. de donat. inter vi-
C rum & vxorem. §. Si. Ripa lib. 5. cons. 6. Alios quis piscari potest, ex his, qui à Gabrielio adferuntur, commun. conclus. tit. de donat. conclu. 5. præsertim verò Curtium iuniorem, qui pro contraria sentẽtia adferri solet in cõs. 95. nu. 4. & Ruinum cõs. 154. lib. 5. & ex Serafino Senensi de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 71. num. 53. Sed non tam de numero authorum nos oportet esse solicitos, quam de argumentorum pondere, & rei ipsius vera decisione & explicatione indaganda.

Fundamentum prioris sententiæ est primò, quia iuramentum non cõfirmat actum simulatum, vt Glos. docet in l. 3. C. plus valere quod agitur, &c. citata l. Non dubium. C. de legib. quæ lex ita ad hanc rem accommodari potest. Quod fit, lege id fieri prohibẽte, nullius est momenti, licet iuramentum adijciatur, vt in illa lege constitutum est. Sed donatio inter virum, & vxorem, quæ hac simulata confessione continetur, lege prohibetur. l. 1. & toto titulo. ff. de donat. inter virum, & vxorem, Ergo nul-
D lius est momenti, licet iuramentum adijciatur.

Secundò, quia iurm tunc cõfirmat donationem inter virum & vxorẽ, cùm donatio palam fit verbis expressis, donatore id profitente: secus aũt dicendum de huiusmodi donatione, quę iuris pręsumptione nititur, quia nimirum ex cõfessione dotis receptæ oritur. Nam tunc & donatio præsumenda esset, & præterea iuramento confirmaretur, quod non videtur satis iuri consentaneum.

Tertiò quia cùm cõfessio simulata sit, & nulla; sequitur etiam iuramentum & alia accessoria nullius esse momenti, quia iuramentum sequitur naturam actus, super quo interponitur l. vlt. C. de non num. pec. c. Accessoriũ. de reg. iur. lib. 6. l. Cùm principalis, eod. tit.

Fundamentum posterioris sentẽtiæ est, quia hic adest consensus mariti donare volentis, & cõfitentis se dotem accepisse animo donandi. Ex eo cõsensus colligitur, quia promittit, iuramento etiam interposito, se redditurũ dotem, Quamobrem in ea versamur quęstione, an donatio

A inter virum & vxorem iuramento cõfirmetur. Et verior sententia est confirmari; argument. cap. Cùm contingat. de iureiur. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior ex ijs, quæ tradidi lib. 5. Controuersiarum, cap. 81. vbi probaui donationem inter virum & vxorem iuramẽto confirmari. Hæc autem est effectu donatio viri in vxorem collata. l. 2. C. de dote cauta non num.

Respondet Couar. & post eum Menochius locis suprà annotatis, non esse certum, maritum consensisse, vt illa confessio haberet effectũ donationis, & ex vno actu tot præsumptiones oriri non posse.

Replicari potest id supponi in hac quæstione, confessionem factam esse à marito animo donandi, non autem sub spe futuræ numerationis; Et ideo non esse laborandum de alia certitudine. Hoc ita supponi patet ex Menochio loco suprà citato. nu. 40. vers. secundus est casus.

Ad primum argm̃ rñdeo, confessionẽ factam esse ani-
B mo donandi, ac proinde non esse prorsus actum simulatum, sed verã donationẽ continere, siquidem maritus sic confessus fuit aĩo donandi, vt patet ex l. 2. C. de dote cauta non num. Non obstat quod dr̃ donationẽ inter vir. & vxor. lege prohibitam esse, & consequenter iurõ nõ confirmari ex l. Non dubium. C. de leg. Quia cùm agitur de vi & efficacia iuri, quod res spiritualis est, iuri Canonico standum est, non iuri Cæsareo. Sic aũt iure *canonico* constitutum est, vt iurm hmõi pactiones *confirmet, quæ* iure ciuili improbantur, si non nõ vi dolo *præstitum sit*, & seruari possit sine dispẽdio salutis æternæ, *nec vergat* in alterius pręiudicium, cap. Cùm contingat. *de iureiur.* d. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. cum alijs *similibus*.

Ad secundũ rñdeo, illud sibi locum vendicare posse, cũ dubiũ est, & incertũ, an confessio facta fuerit aĩo donandi, vel sub spe futuræ numerationis. Sed cum certũ est, atq; ita supponitur, non video rõnem vllam diuersitatis inter hanc donationẽ, & eam quæ palam fit, ac ver-
C bis expressis, donatore suam voluntatẽ apertè declarante. Nam & donatio quæ ex confessione oritur, pro vera donatione habetur, vt patet ex d. l. 2. C. de non num. pec.

Ad vltimum argm̃ responsio clara est, iurm pro confirmatione adiectum, accessorij vice non fungi, quia facit, vt actus valeat, qui alioqui non valeret, vt in d. c. Cũ contingat. de iureiur. d. cap. Quamuis. de pact. *lib. 6.*

CAPVT LXXVIII.

Confessio dotis receptæ à marito animo donandi facta, qui dotem non accepit, an confirmetur iuramento assertorio?

ALtera est cõtrouersia. Si vir constante matrimonio fateatur se dotem accepisse, & id verum esse interposito ẽt iuramẽto affirmet, (Hoc enim iuramẽtum assertorium doctores vocant) nequaquam
D tñ id verum sit, sed animo donãdi hæc facta sint, vtrum confessio eo vallata iuramento confirmetur, ac proinde non liceat marito eam vel reuocare, vel infringere, nec eius hæredibus. Multi responderunt confirmari. Paulus Castr. cons. 383. colum. 2. vers. Nos autem, lib. 2. Socinus senior cons. 82. nu. 2. lib. 3. Alciatus ad c. Cùm contingat. nu. 294. cum sequen. de iureiur. His adiungi possunt alij, qui simpliciter dixerunt confessionem hanc iuramento confirmari, Ancharanus cons. 307. Nulli dubium. Corneus consi. 284. colum. vlt. lib. 1. & 104. col. 2. lib. 2. & 41. col. vlt. lib. 3. & 108. lib. 4. alios citat Serafinus Senensis de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 59. num. 1.

Argumenta verò sunt ista. Primum, quia confessioni iuratæ omnino stãdum est: nam probat in præiudicium confitentis & suorum hæredum, vt in Auth. Quod obtinet. C. de probation.

Secũdum, quia generaliter valet donatio inter virum & vxorem iuramẽto confirmata, argum. c. Cùm contingat.

gar. de iureiur. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. Ergo valet etiam huiusmodi cõfessio, quia censetur facta animo donandi, cùm re vera dotem maritus non acceperit.

Tertium argũ est, quia si maritus qui iuramento interposito confessus est, se dotem accepisse, cõtrarium diceret, se non accepisse, diceret se periurum esse. & suam turpitudinem allegaret. Hoc autẽ iure permissum non est, vt quis veniat contra proprium factum, & suam turpitudinem alleget. l. Cùm profitearis. C. de reuoc. dona. l. Transactione 30. C. de Transact. l. Aliàs. ff. de iureiur.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam, & communiorẽ & veriorẽ esse non dubito. Cõmuniorem esse constat ex Doctorũ Catalogo, quos citat Antonius Gabrielius lib. 3. commu. conclus. titu. de donationibus, concl. 3. & quos citat Couat. variar. resolutionum, lib. 1. c. 7. post nu. 4. vers. Quinto eadem ratione, nec non Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 48. Clarus §. Donatio. q. 9. vers. Hæc tamen conclusio.

Veriorem autem esse hanc sententiam sic probo. Iuramentum non debet esse vinculum mendacij, & falsitatis ac simulationis, sed debet habere tres comites, veritatẽ, iustitiã, & iudicium, c. Et si Christus. de iureiur. Sed hic maritus confitetur id quod verum non est, & iurans verum esse, periurus efficitur, Ergo non confirmatur iuramento ipsius confessio simulata & falsa.

Et hoc est discrimen inter iuramẽtum assertorium & promissorium, quòd promissorium ostendit virum confitentem voluisse donationem, quæ ex confessione præsumitur, sua iurata promissione corroborare & confirmare: & ideo ne in periurium incidat, ab ea recedere nõ potest, vt in cap. præcedenti conclusum est. Assertorium aũt nihil aliud facit, nisi quod mendacio cõfessionis periurium addit, quod meritò nihil operatur. Possitne quis iurando id esse verum, quod simulatũ & fictum est, efficere vt verum sit? Minimè gentium. Ergo si hoc veritatem non immutat, si iurans est periurus, si nõ decet iuramento vti ad confirmationẽ actus simulati, quasi diuinũ testimonium esse possit ac debeat idoneum medium ac instrumentum ad tuenda & confirmanda mendacia, certè nihil iusiurandum in hac facti specie operabitur.

Ad primum argumentum respondeo, iuratam confessionem probare & præiudicare confitenti, quia vera esse præsumitur, vt in dicta Nouella quæ allegatur. Sed nos supponimus certum esse, confessionem fuisse fictam atque simulatam, animo donãdi factam, & dotem nequaquam fuisse numeratam.

Ad secundum concedo, iuramento confirmari donationem inter virum & vxorem: sed hæc non est donatio iurata. Est confessio simulata & ficta cum iuramento falso coniuncta, quod nequaquam ferẽdum esset in repub. tantum abest vt ex eo robur & confirmatio confessioni adijcienda esset.

Ad tertium argumentum respondeo, absolutionem à iuramento petendam esse, neque enim quis propria authoritate venire contra iuramẽtum potest, c. Si verò. de iureiur. c. Ad audientiam. c. Ad aures. de eo quòd metus causa. Absolutione obtenta nihil proponitur, cur is qui iurauerat venire contra promissa, & iuramento confirmata non possit, vt dixi lib. 2. cõtrouer. c. 17. circa fi. ver. Porrò absolutione. Regula illa generalis, Nemo potest allegare suam turpitudinẽ, in alijs casibus locum habet. Nam in terminis nostris locum non habere, nec impedimento esse, quo minus quis contra suam confessionem iuratam veniat, indicat l. vlt. C. de nõ num pecu. ibi. *Qua enim differentia est in huiusmodi exceptione, siue iuramentum positum est, siue non.* Quamquam nec mihi improbatur eorum rñsio, qui dicunt, hoc in casu remissam videri ab altera parte periurij exceptionem, & propriç turpitudinis allegationem permissam, quoniã in actum fictum & simulatum pariter cõsensit. Nil igitur Iudæus Iudæo, nil Catilina Cethego, vt dici solet. Et in pari causa turpitudinis, melior est cõditio illius, qui de damno euitan-

A do certat, quàm qui de lucro captando. argumen. l. vlt. C. de Codicill.

Non obstat, si dicatur, peti non posse absolutionem à iuramento, cùm periurium quis commisit. Nam dato hanc propositionem verã esse, de qua nunc nũ disputo, locum non habet, cùm iam constat de simulatione, vti nostra supponit quæstio, vt declarat Iason, in l. Nemo potest in prima lectura, nu. 47. de leg. 1. Ludouicus Bolognin, cons. 44. col. pen. vers. Vnde cum fraus. Serafinus Senensis, de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 59. nu. 7.

CAPVT LXXIX.

Quid si confessioni dotis receptæ accedat iuramentum assertorium ac promissorium simul?

B CVm suprà c. 77. disputatũ, & ni fallor satis probatum ac demonstratũ sit, solo iuramẽto promissorio confirmari confessionẽ dotis receptæ simulatam, atq; animo donandi factam, non dubito quin idem statuendum sit, cùm vtrumq; iuramẽtum accedit, assertorium, vt vocant, ac promissorium. Licet enim assertorium non sit idoneum, neq; sufficiens, vt dixi, præcedente capite; promissorium tñ adiunctum, hoc sanè efficere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle ratam donationem habere, quæ ex confessione præsumitur, atque supponitur, quod iuramento effici posse magis est vt credam, vt & aliàs defendi lib. 3. cap. 81.

Atq; hãc esse crebriorẽ doctorũ sñiam, affirmare non dubito ex his quę Antonius Gabrielius habet lib. 3. cõmu. concl. tit. de donationib. cõcl. 3. nu. 5. Rolandus à Valle, cõs 93. nu. 22. li. 1. Ioseph. Ludouicus decis. Perusina 66. nu. 11. vers. Tertia conclusio, in secunda parte, Serafinus Senensis, de Priuilegijs iuramenti, Priuileg. 71. nu. 55.

Sed contrariũ rñdisse video Marianũ Soc. cons. 65. &

C Bartholomæũ eius filiũ, cons. 66. lib. 1. Ruinũ cons. 130. & 190. lib. 1. & 137. lib. 4. & alibi, quẽ in terminis quibus de simulatione cõstat, sequitur Serafinus Senensis d. Priuilegio 71. post num. 56. 57. 58. & in vers. Amplius intelligo. Idem sensit Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 7. num. 5.

Argumenta pręcipua sunt tria. Primum, quia donatio inter virum & vxorem iuramento non firmatur, Ergo multò minus tacita donatio, quæ oritur ex confessione.

Secundum, quia dato quod donatio expressa confirmetur iuramento, non potest tamen confirmari tacita donatio, quæ oritur ex confessione, ne concurrant duo specialia, Vnũ, quod donatio præsumatur, Alterũ, quod donatio præsumpta iuramento confirmetur.

Tertium argũ est, quia iusiurandum non confirmat actum simulatum ex Glos. in l. 3. C. plus valere quod agitur.

Respondeo ad primum, non obstare, quia verius est donationem inter virum & vxorem iuramento confir-

D mari, vt aliàs dixi & ostendi d. c. 81. lib. 3.

Ad secundum dico, idem statuendum in tacita donatione, quę ex confessione resultat: quia nulla est ratio diuersitatis, cur expressa donatio iuramento cõfirmetur, tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concursu plurium specialium, quæ fundamẽtum habet in Glos. ad l. 1. C. de dotis promiss. iam diu à viris doctis explosa est, & tradita vera interpretatio dictę l. 1. sicut à nobis suprà disputatum & expositum est hoc eodem lib. cap. 75.

Ad tertium argumentum respondeo, distinguendum esse: nam si actus simulatus turpitudinẽ vel peccatum, vel aliquid contra bonos mores contineret, aut consensum agentis & contrahentis non haberet; tunc iuramento non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatione inter virum & vxorem, quæ ex confessione dotis receptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, sed animo donandi se accepisse confessus est, non video aliquid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudinem contineat. Tanũ peccari video contra iuris ciuilis præcepta, quorũ authoritas iurisiurãdi religioni meritò

Horum fundamentum est, quia rescriptum non extenditur ad personas in eo nõ nominatas, vt in c. Significante, de rescrip. & ideo textus in d. l. 1. C. de diuers. rescrip. non sine causa mentionem facit precum cõmuni nomine porrectarum: *Si libellum*, inquit, *de communi causa, tu fratreque tuus dedisti, quamuis rescriptum ad vnius personam directum sit, vtrique tamen prospectum est.*

Hæc posterior snĩa videtur mihi probabilior. Nam hæ duæ quæstiones diuersæ sunt. Prima, an victoria litis ab vno ex socijs obtenta, alijs quoq; prosit rem communem habentibus: & siquidem res indiuidua sit, certum est prodesse. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus appell. l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si serui. vend. & huc spectat prioris snĩæ fundamentum. Altera quęstio est, an rescriptum quod vnus ex socijs suo nomine impetrauit, alijs quoq; prosit à principio, & dicendum est, non prodesse, quia si prodesset, deberet quoque nocere. l. Secundùm naturã. de regul. iuris. Consequenter alij consortes & socij cogerentur inuiti litigare, & causam prosequi in iudicio contra regulas iuris, quibus nemo inuitus agere compellitur. C. vt nemo inuitus agere, &c. Non ergo integrum esset alijs socijs ab vsu talis rescripti abstinere, aduersario id petente, si rescriptũ sua vi ac potestate ad eos quoque extenderetur. Sed hoc cùm contra iuris rõnem sit, melius est dicere rescriptum huiusmodi, quia communi nomine impetratũ non est, alijs non prodesse; secundùm iuris regulam, Rescriptum non extenditur ad personas in eo non expressas. d. c. Significante. de rescrip.

CAPVT LXVII.

Donatio propter nuptias, an ipso iure cõstituta videatur?

DOnationem propter nuptias ipso iure à marito vxori constitutam videri secundũ dotis quantitatem, authores sunt Martinus, Azo, Cynus, Salicetus, Iacobus de Rauenna, Raynerius & Bartolus, si credimus Mario Anguisciolæ eos referẽti & sequẽti in cõs. 25. & 152.

Sed contrarium docuerunt Glos. in Auth. Dos data. C. de don. propter nupt. Odofredus, Bald. & Angel. ibid. Idem Angelus in §. Aliud, in Auth. de Æqual. dotis. communẽ dicit Afflictus decis. 242. nu. 1. Grammaticus decis. 97. nu. 4. Clarus §. Donatio. q. 11. vers. Sed quæro. Ruinus cons. 110. nu. 2. lib. 5 Federicus Scotus cons. 39. lib. 3. tomo 2. Hippolytus Riminaldus in Instit. de donationibus, in princ. nume. 254. & in cons. 29. num. 11. lib. 1. & in cons. 496. lib. 5. Bursatus cõs. 178. nu. 8. lib. 2. Menochius de recuper. possess. remedio 15. nu. 166.

Fundamentum prioris sententiæ est in Auth. Dos data. C. de don. propt. nupt. vbi tex. dicit: *Dos data donationem propter nuptias meretur.* Deinde dicit, mulieri dotem offerenti actionem donationis propter nuptias competere, ex quo verbo, *Exactionis*, arguitur donationẽ iam constitutam fuisse.

Fundamentum autem posterioris sententiæ est, quia mulier sibi imputare debet, cur donationem non petiit sibi constitui. Deinde, quia hoc videtur esse in arbitrio mariti, donationem propter nuptias vxori suę constituere. l. vlt. C. de donat. propter nupt. quæ lex non est sublata, nec correcta ex d. Auth. Dos data. C. eod. tit. quia illa verba textus: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, sunt Irnerij, qui Authenticas composuit, & ex Nouellis sumpsit. Nec habentur in ipsa Nouella siue corpore, vnde sumpta est Authentica, vt patet ex §. Illud. in Auth. vt exactio. instante dotis, siue ex Haloandri editione Nouella 91.

Ego nõ puto ex arbitrio mariti hoc pendere, an velit donationem propter nuptias vxori suæ constituere, nec l. vlt. C. eo. tit. hoc dicit, sed hęc est sententia d. l. vlt. maritum licentiam habere donationem constituendi pp nuptias, tam ante matrimonium, quàm etiã constante ma- A trimonio. Cæterùm non ei tribuit liberam potestatem constituendi vel non constituendi donationem propter nuptias, imò patrem teneri donationem propter nuptias pro filio suo cõstituere, certum est l. vlt. C. de dotis promiss. quod non rectè diceretur, si hæc res ex arbitrio mariti penderet. Tenetur ergo maritus pro dotis securitate donationẽ vxori suæ propter nuptias æqualem doti constituere, vt patet ex Auth. de æqualitate dotis & donationis propter nupt. in princ. quæ est Nouella. 97. vbi Iustinianus: *Hoc igitur inter alia vniuersa corrigimus, æqualia in dotibus esse, & propter nuptias donationibus, & ea quæ offeruntur, & ea quæ in stipulationem deducũtur pacta: Et tantam quidem quantitatem conscribere virum, quantam & mulierem, tantum quoque lucrum stipulari, & tanta parte ex quanta voluerint æqualis tamen mensura: non enim aliter iustitia & æquitatis seruabitur ratio, si negociatiuè alterutros circumueniant, & videantur quidem æquas* B *facere stipulationes; pro vero autem inæqualis maneat effectus, non prius quantitate datorum eadem consistente. Irrideri videatur vndique lex, si ille quidem conscribat duo millia aureorum, mulier autem sex millia fortè in dotem offerat, &c.* Et paulò pòst: *De cætero autem, in omni datione sancimus æquas quidẽ esse oblationes, ipsos autem mediocria lucra pacisci, vt per omnia iustitiam æquitatemq; honoremus.*

Ex hac Nouella, in qua Imperator æquiparat dotem & donationem propter nuptias, tam in lucris, quàm pręstatione & constitutione ausim affirmare donationem propter nuptias mulieri constitutam videri secundùm quantitatem dotis, & pacto inito, vt præmoriente vxore maritus dotem lucretur, simili modo vxorẽ lucrari donationem propter nuptias præmoriente viro. Sed hæc locum habere poterunt in locis, in quibus donationes propter nuptias sunt in vsu, sicut in Germania, in regno Neapolitano, & alibi in Italia, vt in Placentina ciuitate, C in qua hanc sententiam iudicando secutus sum, licet alię in facto circumstantiæ concurrerent.

CAPVT LXVIII.

Si dos non fuerit soluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias.

SI dos non fuerit soluta, donatio propter nuptias non debetur, vt apertè statuit Imperator in Nouella 2. de non elig. secundò nub. §. vlt. ex qua sumpta est Auth. Sed quæ nihil. C. de pactis conuentis, & idem habetur in Nouella, vt exactio. instante dotis. §. Illud est. Nouella 91. ex qua sumpta est Auth. Dos data. C. de dona. propter nupt. Atque ita docuerunt Guido Papæ, quæst. 274. Afflictus decis. 242. Boerius decis. 22. num. 21. Parisius cons. 95. num. 42. lib. 2. D

Sed quid est, quod contrarium docuerunt idẽ Guido Papæ quæst. 430. & 565. Afflict. decis. 333. & ibi Vrsill. Grammaticus decis. 97. Rolandus à Valle cons. 10. lib. 2.

Rñdeo, non isti inuicem aduersantur, sed diuersa potius loquuntur. Sit iuris constituta regula, donationem pp nuptias non deberi mulieri, quæ dotem non soluit. Accipe hãc regulam cum exceptionibus istis. Prima qñ mulier in mora non fuit dotem soluendi. Secunda, quando fuit habita fides de dote. Tertia, qñ data est dilatio ad soluendã dotem, & antequam dies cederet, solutum est matrimonium. Quarta, qñ per maritũ stetit, quo minus dotem acciperet. Vno verbo explicari, & ad vnã exceptionem omnia reuocari possunt: cùm videlicet mulier nullam in soluenda dote moram admisit. Sic accipiendi sunt qui donationis exactionem mulieri concedunt dote non soluta. Alij qui negant secundùm regulæ terminos exaudiendi sunt. Hæc admonenda putaui, vt intelligeretur, nullam hac in re cõtrouersiam esse, licet prima (vt aiunt) fronte controuersia esse videatur.

CAPVT

CAPVT LXIX.

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iuxta c. Quamuis de pactis, lib. 6. an propter enormem læsionem rescindere eam renunciationem possit?

EX facto proponebatur in hoc amplissimo Iuridicæ facultatis collegio, an rescindi possit ac debeat renunciatio paternæ hæreditatis filiæ, quæ dotem accepit iuxta cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. si fuerit enormiter læsa. Et dicebatur hãc rem in vtramque partem disputari posse hunc in modum.

Nam rescindi nõ posse videtur, primùm, quia eiusmodi renunciatio videtur esse transactionis species. argu. l. De fideicommisso. C. de transact. Transactio autẽ non rescinditur ob læsionem quamcunque. l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell.

Secundò, quia renunciatio est donatio. arg. l. 1. ff. de transact. l. Modestinus. ff. de donat. Donatio autem cùm ex mera liberalitate proficiscatur, rescindi non solet ob aliquam læsionem.

Tertiò, quia nõ videtur ratio habenda alicuius læsionis, cùm agitur de iure nondum quæsito, sed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet: ex doct. Bart. in l. 1. §. Nunciatio nu. 34. ff. de oper. no. nunc. Sed filia quæ renunciauit, ius futurũ incertumq́; & nondũ quæsitum remisit; Ergo nulla ratio habenda vt eiusmodi læsionis.

Quartò, Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis. l. 1. §. Si impuberi. ff. de collat. bonor. Tempore autem mortis patris quid & quantum in bonis eius futurum sit, incertum est: Ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hæreditati, læsionem allegare nõ potest. Ita ratiocinantur Paulus Castrensis in cons. 174. num. 3. lib. 1. Cranetta cons. 114. nu. 13. Ancharanus q. 50. nu. 13.

Quintò, Filia dotẽ à patre accepit, Ergo læsionẽ allegare nõ potest; quia pater præsumitur melius cõsulere, q̃ vllus quispiã filijs suis. l. Nec in ea. ff. ad l. Iul. de Adul. Ita Castrensis cons. 275. nu. 6. lib. 1. Decius cõsi. 26. nu. 2. & 89. nu. 4. Menochius de arbit. iudicum casu 149. nu. 5.

Sextò, propter authoritatem eorum qui in terminis quęstionis huius responderunt, renunciationem filię rescindi non posse propter enormem læsionem. Citantur à Gabrielio lib. 3. commu. conclus. tit. de iure dotiũ, conclus. 1. Adde citatos à Didaco Couar. ad c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. nu. 3. vers. Contrariam. & à Menochio cons. 410. num. 174. lib. 5.

Cæterùm pro contraria sententia hæc adferebantur.

Primùm l. Si superstite. C. de dolo, illis verbis: *Sanè si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Secundò, l. Maioribus. C. commun. vtriusque iud. illis verbis: *Quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, reformabitur.*

Tertiò, l. 2. C. de rescind. vend. quam in omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris contractibus locum habere, Authores sunt plurimi apud Pinellum in prima parte, capite tertio in principio, & nu. 7. 8. 9.

Quartò, quia propter immodicam læsionẽ illatam, est perinde ac si dolus intercessisset. l. Si quis cũ aliter. ff. de verb. oblig. Dolus autem si intercessisset, rescinderetur. l. Et eleganter. ff. de dolo. l. Qui cum tutoribus. §. Qui per fallaciam. ff. de Transact. l. vlt. C. mand.

Postremò, authoritas eorũ qui in terminis præpositæ quæstionis locũ esse dixerũt rescissioni, citãtur à Gabrielio d. lib. 3. cõmu. conclus. tit. de iure dotium, concl. 1. & à Couarr. ad d. cap. Quamuis, in tertia parte §. 4. num. 5. Adde Pancirolum cons. 1. nu. 79. Myntingerum Centuria 5. obseruat. 59. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 147.

Conclusum fuit hanc posteriorem sententiam, quam & Imperialis Camera sequitur, probabiliorẽ videri. Verùm læsionem spectandã esse tempore dotis datæ ex traditis per Deciũ cons. 26. Parisiũ cons. 26. nu. 89. lib. 3. Alexandrum cons. 29. lib. 3. Didacum Couar. ad d. c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. in duodecima conclusione. Menochium de arbitrar. iudicum casu 149. nu. 17. 18.

Ad primum argumentum respondetur, hanc non esse transactionem, quia nulla est lis, nec timor litis, sed quandam conuentionem & renunciationem dote acceptæ, quæ si iniusta sit, & grauem inferens læsionem, meritò rescinditur.

Ad secundum negaiut donationem esse, quia filia renunciat propter dotem, quam putat esse sufficientem & cõgruam, ideo si decepta sit, meritò potest rescissionem petere.

Ad tertium respondeo, læsionem considerandam habita ratione tempore dotis datæ, & renũciationis factæ, quod tempus certum est, & spectandum in lęsione dijudicanda. l. Si voluntate. C. de rescind. vend.

Ad quartum eadem rñsio accommodari potest. Licet enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuentis, incertumq́; sit, quid & quãtum mortis tempore in eius hęreditate futurum sit, habenda est tñ ratio temporis, quo facta renũciatio est: & illud satis certum est, vt dixi, & ius futurũ, hoc est, quod mortuo patre filiæ cõpetiturum est, cõsiderari debet: & secundũ illud, & dotis quantitatem filiæ datam, læsio existimari & cognosci debet.

Ad quintum respondeo, patrem quidem præsumi bonum cõsilium capere pro filijs suis: sed in claris præsumptiones cessant. Hic enim loquimur cùm de immodica filiæ læsione constat.

Ad postremum argumentum respõdetur, et si contrariam sententiam multi fuerint secuti, hanc tamen nunc communiorem esse, & magis amplectendam, præsertim cùm Imperialis Auditorij Assessores eam sequi soleant.

Absolutionem autem à iuramẽto petendam esse non dubito, ex his quæ dixi lib. 2. Controuersiarum, cap. 26. & lib. 3. cap. 14. circa finem, in prima parte.

CAPVT LXX.

An constitutio c. Quamuis de pactis, lib. 6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri.

SEd quando in hanc constitutionem Bonifacij VIII. Pontificis Maximi incidimus, duas hic inseram controuersias, quas lib. 3. Controuersiarum in 1. parte omisi. Prima est, an locum dicta constitutio sibi vendicet, cũ filia renunciat hæreditati paternæ, nõ patri, sed fratribus suis sine patris cõsensu. Altera est, an renunciatione facta, iuxta formam dictæ Constitutionis, filia patri intestato morienti succedat. Priorem hoc capite tractabo. Posteriorem aũt sequenti.

Quod igitur attinet ad priorem, hæc est communior sententia, dictam cõstitutionem locum nõ habere quando filia non ipsi patri, sed fratribus renunciat sine cõsensu patris, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, lib. 3. cõmu. Conclus. tit. de iure dotium. Concl. 1. nu. 31. & ex Didaco Couar. ad c. Quamuis. de pactis. lib. 6. in tertia parte in initio, nu. 5. cui sententiæ & ipse assentior.

Fundamentum est firmissimum, quia cõstitutio dicti c. Quamuis. loquitur de filia renunciante hæreditati paternæ ipsi patri, non autem fratribus. Cùm enim fratribus renunciat sine patris cõsensu, talis renunciatio videtur continere pactum de hæreditate viuentis, quod absque eius voluntate & consensu nõ valet, quia dicitur esse contra bonos mores, vt in l. vlt. C. de pactis. Huiusmodi pactiones de hæreditate viuentis non iuuat dicta constitutio cap. Quamuis, Ergo non valent.

Et licet controuersia sit, an iuramento firmentur pactiones huiusmodi de hæreditate viuentis, tamen verior est sententia non confirmari, vt ostendam paulò inferiùs cap. 72. hoc eodem libro. Ex quo capite confirmari poterit sententia hæc, quam nunc defendimus.

Contrarium docuerũt Ludouicus Romanus ad l. Qui superstiti-

Causæ autem cur pactum illud, quo filia renunciat hæreditati paternæ, iure ciuili non approbetur, ab Alexandro ibi commemorantur, & à Ioanne Immolési ad c.Cùm cótingat, nu.35. de iureiur. à Tiraquello de iure primogeniorum, q.29. nu.9. et à Vasquio de Successionũ progressu lib.2. §.18.

Sed nondum responsum est ad rationem dictæ constitutionis quam Baldus vrget, nimirum, quia iuramentum seruari potest sine dispendio salutis æternæ.

Respondeo, id negari meritò posse, quia vt iuramentum dicatur non posse seruari sine dispendio salutis ęternæ, sufficit peccatum etiam veniale cómitti, quia & illud detrimentum affert animæ, secundum communem sententiam Canonistarum, vide Archidiaconum, & Io. Andr. in d.c. Quamuis. de pact. lib.6. Ioannem Immolensem in cap. vlt. in 3. notabili, de Præscript. Crauettam in cons.229. nu.4. Sed eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, inducunt votum captandæ mortis; Ergo aliquã peccandi occasionem adferunt, vt dicebat Vasquius de successionum progressu lib.3. §.28. nu.11. Ideoque peccati esse nutritiua dixit Salic. ad l. Pactum quod dotali. C. de pactis. & post eum Socinus iunior cons.44. nu.39. lib.2. Cacheranus decis.100. nu.3. & Hippolytus Riminaldus in cons.164. nu.41.

Quamobrem mihi non probatur id quod scribit Couar. ad Rub. de Testam. in 2. parte, num.55. pacta ista de hæreditate viuentis non ideo reprobari, quod cótineãt, vel inducãt ex voto captandæ mortis aliquod peccatũ, quia etiam in substitutionibus & primogenijs hæc ratio allegari posset, cùm tamen primogenia & substitutiones nemo dixerit inducere.

Etenim inter hæc & pacta nostra latum est discrimẽ, non enim primogenitus ac substitutus ostendit se esse solicitum de hæreditate viuentis, nec de ea disponit, sed testator est, quia omnia facit atque disponit, & lex vel cósuetudo, quæ vocat primogenitum ad successionem, nullo eius facto interueniente, sicuti declarat Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, nu.39. & seq. At in quæstione nostra ex pacto ipsorum, qui de hæreditate viuentis paciscuntur, votum mortis captandæ oritur.

Multò minus placere potest quod dixit Zasius cós.1. nu.38. lib.2. hæc quæ dicũtur de voto captandæ mortis, Italis esse relinquenda. Sunt enim hæc à nostris authoribus ad reipub. salutem & vtilitatem prudenter constituta, ac proinde ad omnes gẽtes pertinent Imperio Romano subiectas. Certè à S. Pontifice perpensa est hæc ratio voti captandę mortis in cap. Detestanda. & in cap. Nec captãdæ. de pręben. in 6. & ab omnibus passim considerator & adducitur ex d. l. vlt. C. de pact. dũ ait, eiusmodi pactiones esse contra bonos mores, plenasque tristissimi & periculosi euentus.

Secundum argumentum est Philippi Decij. Statuto induci ac obtineri potest, vt pactum valeat de viuentis hæreditate, vt docet Baldus in l. Cùm Archimedoram. C. vnde in possess. lega. Ergo & iureiurando eadem pactio confirmari potest. arg. l. Non impossibile. ff. de Pactis.

Respondeo, negãdo vtrumque, hoc est, & antecedẽs & consequens. Statuto enim induci hoc nó posse aduersus Bald. plurimi docuerũt apud Cacheranum d. decis. 100. & apud Hyppolit. Riminaldum cons.164. num.31. lib.2. Menoch. cons.456. nu.21. lib.5. Consequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.

Tertium argumentum est Guidonis Papæ. Iuramentũ facit, vt actus qui alioqui non valet, confirmetur ex trad. per Barr. in l. Si quis pro eo. ff. de fideiussor. Aret. in cons.74. Crauet. consil.102. Ergo & in quæstione nostra hoc efficiet, vt pactum confirmetur & valeat, licet alioqui nullum sit.

Respondeo, iuramento quidem multa confirmari, quæ aliàs non valent, veluti donatio inter virum & vxorem, quæ non est contra bonos mores, sed moribus recepta non est, vt declarat Socinus iunior cons.44. nu.34.

A lib.2. sed iuramentum non confirmat ea quæ contra bonos mores sunt, cap. Non est obligatorium. de reg. iuris. lib.6. Sunt autem pacta eiusmodi contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis.

Postremum argumentum est ex cap.25. Genesis, vbi Esau fratri suo vendit primogenituram, & valuit donatio propter iuramẽtum, cuius loci meminit Tiraquell. de iure primogen. q.29.

Responderi potest ex Tiraquello ibi num.3. & ex Cacherano dicta decis.100. iudicialia veteris testamẽti nõ astringere, nisi in quantum reperiuntur approbata, & illud ius primogenituræ, quod cõtra ius naturale vni tantum ex liberis successionẽ defert, faciliùs extingui posse. Denique illud concessum fuisse Iacob in figura, propterea quod ex eo debebat descẽdere beatissima Virgo Maria, ideo meruit primogenituram, hæreditatem, & benedictionem patris. Quæ autem in veteri testamento in figuram concedebantur, ad exemplum trahenda non sunt.

B Alij dixerunt pacta de viuentis hæreditate iuramento confirmari quidem non posse; Veruntamen paciscentes in periurium incidere, si ea non seruarint, Alexander post Immolam, quem citat ad l. Stipulatio hoc modo cõcepta post num.7. de verb. oblig. Alciatus in c. Cùm contingat, nu.80. de iureiur. Vasquius de successionum progressu lib.2. §.18. nu.195.

Fundamentum est in c. Sicut ex literis. de Sponsalib. in Glos. c. vlt. vers. Reuocatus. de proc. li.6. in cap. Cùm quidam. de iureiur. in trad. per Rotam in antiquis decis. 653. vbi decidit iurantes in periurium incidere, qui non seruant iuramentum, licet actus super quo interponitur legibus sit reprobatus.

Responderi potest hæc esse dissimilia, quia nõ loquuntur, quando iuramentum adhibetur ad confirmandum id, quod est contra bonos mores, sicut in quæstione nostra. Vide Celsum Vgonem cons.100. nu.5.

C Tertia igitur est sententia vera & communis, eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, iuramento nõ firmari; Vide Barr. & alios in l. vlt. C. de pactis. Alex. in cons.28. lib.3. Decium cons.31.63.184.225.236. Capell. Tholos. decis.452. Curtium iuniorem cons.15. & cons.22. Tiraquell. de iure primogen. q.6. num.18. Zasium cós.1. nu.58. lib.2. Socinum iuniorem cons.44. nu.15. lib.2. Cacheranum d. decis.100. Couat. ad cap. Quamuis. 2 parte, in initio, nu.2. Andr. Geyll. lib.2. obseru. 126. Hieron. Gabrielium cós.137. nu.25.26. Viuium commu. opin. vers. Pactum. 1. Celsum Vgonem d. cós.100. nu.5. Io. Petrum Surdum cons.133. nu.9. Simonem Pret cons.123. nu.15.

Fundamentum est satis firmum in l. Non dubium, C. de legibus, quam multi ad hoc perpendunt, sed firmius est illud, quia non est obligatorium cõtra bonos mores præstitum iuramentum, c. Nõ est obligatorium. de reg. iur. lib.6. Huiusmodi pacta sunt contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis. igitur, &c.

D Respondent contrariæ sententiæ authores, illud esse accipiendum, quando iuramentum est cõtra bonos mores iuris canonici, quia scilicet peccatum continet, non autem contra bonos mores iuris ciuilis.

Sed pręterquam quod regula, c. Non est obligatoriũ, indistinctè loquitur, quod perpendunt Fortunius de vltimo fine iuris, Illatione 12. Socinus iunior d. cós.44. nu.44. lib.2. Couar. ad d.c. Quãuis in 2. parte, in initio, quorum argumentis respondere debuisset Vasquius de successionum progressu lib.3. cap.28. nu.10.

Præter hanc, inquam, rationem, illa etiam accedit, qđ pactiones hæ inducunt votum captandę mortis, & ideo sunt contra bonos mores, etiam secundum ius canonicum. c.2. c. Detestanda. de Concess. prębendæ lib.6. Sunt enim cõtra ius naturale, l. Quidam. §. vlt. ff. de donation. consequenter contra ius canonicũ ex trad. per Panorm. in c. Cùm contingat. post nu.5. de iureiur. vt animaduertit Socinus iunior d. cons.44. nu.41. lib.2.

Imò

Imò vt ſuperius dicebã ex ſnía plurimorũ, pacta hęc dñt peccatum nutrire, ſeu peccandi occaſionẽ pręſtare.

Adde quod vergunt in præiudicium tertij. Cõſequenter iuramento confirmari non poſſunt. Conſequentiam probat c. Cùm cõtingat, de iureiu. c. Quamuis, de pactis, lib. 6. vti notarũt Bartol. ad l. Titia Seio. §. Imperator, de leg. 2. Alciatus ad l. Pacta quę contra. C. de pactis. Tiraq. ad l. Si vnquam. nu. 91. C. de reuoc. donat.

Antecedens autem probatur ex l. vlt. C. de pact. dum ait, eiuſmodi pactiones plenas eſſe triſtiſſimi & periculoſi euẽtus, propter inſidias videlicet quæ parari poſsũt viuenti, cuius hæreditas in pactum deducitur, vti annotarunt Salicetus in l. Pactũ quod dotali. C. de pactis. Socinus iunior d. cõſ. 44. poſt nu. 40. lib. 2. Vaſquius de ſucceſ. progreſſu lib. 2. §. 18. nu. 64. & nu. 208. verſ. Ex ſuperioribus, & lib. 3. §. 28. poſt nu. 10. quibus adſtipulatur quod ſcribit Andreas Iſernia in c. 1. §. Moribus. ſi de feudo fuerit controuerſ. &c. & in c. 1. col. 7. qui ſucceſſ. teneantur.

Denique his accedit, quod perpẽdit Alciatus in l. Stipulatio hoc modo cõcepta, de verb. obl. ita iure ciuili pactiones iſtas reprobari, vt paciſcentes quoq; puniantur, fiſco ſcilicet hęreditatem auferente, iux. l. 2. §. 1. ff. de his quib. vt indig. l. Quidã. §. vlt. de donat. Quare haud quaquam iuri conſonũ videri, iureiurando debere cõfirmari tam illicitas pactiones, arg. c. Et ſi Chriſtus, de iureiu.

CAPVT LXXIII.

Filia an poſſit agere ex promiſſione dotis marito facta per patrem, marito vita functo?

Diocletianus. *Si pro te pater marito tuo ſtipulanti promiſerit dotem: non tibi, ſed marito contra ſucceſſores ſoceri competit actio.* l. 5. C. de dotis promiſſ.

Paulus in l. Si ſocer. 45. §. Lucius. ff. ſol. matr. *Reſpondi, &c. neceſſe habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei præſtare, &c.*

Ex Diocletiano habemus actionem filiæ non competere contra patris ſui ſucceſſores, ex Paulo autem cõpetere aduerſus maritum ſuum, ſed quoniam is dotem nõ recepit, & eam ob cauſam tenetur, quia actionẽ habet, ideo actionem cedendo liberari. Scæuola in l. Quod dicitur 52. *In omnibus quos ideo teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro ſolita præſtatione eſt.*

Hæc cùm ita ſint, non rectè ſcripſit Guido Papæ, q. 375. & in cõſ. 6. nõ procul à fine, Boerius deciſ. 328. nu. 2. mortuo marito ex æquitate actionem filiæ cõpetere aduerſus patris ſucceſſores; nam hæredes mariti defuncti, qui eius ſucceſſores ſunt, & vna eadẽque perſona cum defuncto cenſentur, vt in Nouell. de iureiu. à moriente præſtito, conueniẽdi ſunt à muliere, vt aut dotem, ſi exacta eſt, reddãt, aut actiones aduerſus patris ſucceſſores cedant. Ex perſona hæredis non mutatur conditio obligationis, l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Et ita rectè in terminis ſenſit Corneus cõſ. 1. col. pen. lib. 2. & conſ. 318. verſ. His tamen non obſtantibus, lib. 3. Baldus in d. l. 5. verſ. Sed pone. C. de dotis promiſſ.

Argumẽta Guidonis Papæ nullius ſunt momenti. Primum eſt ex l. vn. §. Videamus. C. de rei vxor. actio. ibi. *Aequiſſimum nobis viſum eſt, & in ex ſtipulatu actione mulierem dotem ſuam præcipuam accipere.*

Reſpondeo, text. loqui de dote iam ſoluta & data marito, & hoc velle, mortuo patre actionem cõpetere ſoli filiæ, ac in eam vt vulgò dicitur conſolidari, licet emancipata vel exhæredata ſit, quod ad quęſtionem propoſitam nil facit.

Secundum argumẽtum eſt ex eadem l. vn. §. Accedit. ibi. *Tunc præſumatur, mulier ipſa ſtipulationem feciſſe, vt ei dos ex huiuſmodi caſu accedat.*

Nihil ad rem, quia hæc eſt ſententia legis, ſi extraneus qui dotem dedit pro muliere, non fuerit ſtipulatus eam ſibi reddi, ad mulierem pertinere, & ei actionẽ ex ſtipulatu competere: Quid hæc ad propoſitum noſtrum?

Multò minus ad rem pertinet quod S. Pontifex monuit in c. Dilecti filij, de iud. quem textum cõiungit Guido Papæ cum ſuperioribus legibus, vbi S. Põtifex. *Prouideatur attentius ne ita ſubtiliter, ſicut à multis fieri ſolet, cuiuſmodi actio intentetur inquiratis, ſed ſimpliciter & purè factum ipſum, & rei veritatem ſecundum formam canonum & ſanctorum patrum inſtituta inueſtigare curetis.*

Hic non eſt quæſtio, quæ actio competat mulieri, ſed an competat aduerſus patris ſucceſſores ex promiſſione dotis marito facta, & negat Diocletianus cõpetere, Paulus reſpõdit competere aduerſus maritum, eo vſque, vt ei actionem cedere compellatur. Si Pontifex illud monet, cùm certum eſt actionem competere, ne ſolliciti ſimus quæ competat actio, ſed factũ ipſum & veritatem inueſtigandam eſſe, quod non procul abeſt ab eo, quod Conſtantinus ſtatuit in l. 3. C. de formulis ſublatis. Solet c. Dilecti. à doctoribus noſtris citari, cùm probare volũt nomen actionis in libello exprimendum non eſſe, non malè. Ad hãc verò quam in manibus habemus facti ſpeciem, non benè a Guidone Papæ citari mihi videtur.

CAPVT LXXIV.

Si gener confeſſus fuerit ſe dotem à ſocero accepiſſe: deinde ſocer ei dotem promittat: an mortuo marito, vxori actio competat contra hæredes ipſius, vt dotem reſtituant, an verò ij cedendo actionem contra ſucceſſores ſoceri liberentur?

Altera maioris momẽti ac lõgè difficilior q̃ſtio ꝓponitur inter doctores maximè cõtrouerſa. Maritus confeſſus eſt ſe à ſocero dotẽ accepiſſe, cũ matrimoniũ eſt contractũ. Deinde ſocer ei dotẽ promiſit. Soluitur matrimoniũ morte viri. Quæritur an vxor cõpellere de iure poſſit hæredes viri ad dotẽ reſtituẽdã, licet maritus defunctus eã nõ acceperit, an verò ij actionẽ q̃ ex promiſſione habet cedẽdo liberẽtur. Videri põt cuipiã hoc mirabile, vt tales cõfeſſiones ac promiſſiones fiãt, ſed ꝑter quã qđ eo tẽpore, quo Bart. vixit, Angelus Peruſinus, & alij antiquiores interpretes, in vſu erãt eiuſmodi cõuentiones, de hac cõſuetudine mẽtionẽ facit Iuſtinianus in l. vlt. C. de dote caut. non num. dũ ait: *In dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris eſt, cùm adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantùm ſubſecuta ſit, &c.*

In hac igitur quæſtione cõmunior ſentẽtia eſt, quæ vt verum fatear, mihi quoq; magis probatur, hæredes viri obligatos eſſe, atq; adeò cõpelli poſſe ad dotẽ reſtituendam, nec liberari actionẽ cedendo, ita Bart. in l. pen. §. Si vir. ff. ſol. matr. Paulus Caſtr. ibidẽ, & Alex. Bald. in conſ. 224. lib. 5. Abbas in cõſ. 73. nu. 3. lib. 2. Alex. cõſ. 36. nu. 2. lib. 2. & conſ. 148. nu. 1. 2. lib. 5. Corneus in conſ. 151. nu. 16. 17. lib. 1. & 209. lib. 3. & 109. li. 4. Soc. ſenior cõſ. 179. col. pen. verſ. Confirmatur poſtremò lib. 2. & conſ. 64. nu. 8. lib. 3. & 88. nu. 21. & 130. num. 18. lib. 4. Iaſon. conſ. 122. lib. 1. Ruinus cõſ. 197. ad fin. lib. 1. Neuizanus lib. 2. Siluæ nuptialis, nu. 73. qui teſtatur ſic iudicaſſe Senatum Mediolanẽſem, Afflictus deciſ. 323. n. 1. Cãpegius de dote in 1. par. q. 52. nu. 3. verſ. Aduertẽdũ tñ eſt, & in 5. par. q. 75. Crau. cõſ. 253. in fine, & 282. nu. 3. & 285. col. pen. Menochius qui oẽs iſtos citat, quos ego ĩ fonte volui videre de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 90. illis addo Cagnolum ad l. 2. nu. 20. C. de pactis inter empt. & vẽd.

Fundamentũ eſt hoc, quod ego latius explicabo. Semper in ſtipulationibus & cæteris contractibus inſpicitur quod actum eſt. l. Semper in ſtipulationibus. de reg. iur.

Sed hoc actũ vr̃ iter cõtrahẽtes, vt vir vxori ſuę dotẽ ſoluto matrim. reſtituat, perinde atq; ſi eam accepiſſet à ſocero. Ergo eam reddere mulieri hęredes eius tenẽtur.

Aſſumptio

Assumptio argumenti probatur, quia maritus cõfessus est, se à socero dotem accepisse, quam verè non accepit, pro cautione vxoris suæ, vt videlicet eum obligatum haberet ad restituendam dotem, non habita ratione an dotem acceperit, necne. Nam & ipsi marito prospectum satis est ex promissione postea facta per socerum, vt planè videatur, sicut rectè Bartolus dicebat, tanti promissionẽ illam æstimasse, vt se voluerit obligare, ac ei numerata esset. Quod sanè confirmari potest, primùm ex eo, quod in instrumento, in quo confessio de recepta dote ipsius mariti continetur, idem promittit, se eam vxori restiturũ soluto matrimonio, & in omnem casum dotis restituendæ, vt fieri solet. Quare mulier ex stipulatu actionem meritò habet, iuxta l. Vnic. C. de rei vxor. actio.

Secundò, quia ea confessio non fit in fauorem soceri, & hoc certum est: nec enim gener confitendo se dotem accepisse, ipsum socerum liberat, imò adhuc obligatũ habet ex promissione postea facta. Non etiã ea cõfessio fieri vr̃ à marito animo donãdi vxori suæ, iuxta l. 2. C. de dote cauta non num. quia maritũ nolle aliquid donare ex eo apparet, quod postea stipulatur à socero sibi doiẽ præstari, & solui, & socer ei promittit se soluturũ dotẽ. Vt igitur confessio non sit prorsus inanis, & absq; vllo effectu, dicendũ est, eã in fauorẽ vxoris factam videri, vt maritum eiusq; hæredes conuenire possit ad reddendam dotem soluto matrimonio, ipsi autem marito & hæredibus eius actionem competere ad dotem promissam cõsequendã.

Sed contrariam sentẽtiam Baldus est secutus in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matrim. & ibidem Angelus, vbi testatur sic fuisse decisum Perusij, & idem in conf. 145. Romanus in conf. 445. nu. 4. Andreas Siculus conf. 119. lib. 2. Curtius senior conf. 54. col. 2. & 3. Socinus senior conf. 27. nu. 24. lib. 4. alios citat Antoninus Thesaurus decis. Pedemont. 112. num. 3.

Horum argumentis respondendum est. Primum est ex l. 1. C. de dote cauta non num. *Dotem numeratio non sola confessio constituit*. Sed hic nulla est numeratio, sed confessio sola mariti: Ergo, &c.

Respondeo, hanc esse legis sententiam, dotem constitui ex numeratione, non autem ex confessione, quia obstat exceptio dotis non numeratæ, intra tempus cõstitutum, vt in illo titulo habetur. Veruntamen etsi maritus dotem non acceperit, nihil tamen prohibet, quo minus dotem reddere teneatur. Veluti si socerum liberauit, qui dotem præstare tenebatur ex alijs causis, vt in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matr. l. Vir ab eo. l. Dotem. l. Prætermittendo. §. 1. ff. de iure dotium.

Hæc in proposita quæstione iusta causa est, quia vir suscepit in se periculum, & onus ac obligationem dotem vxori reddendi soluto matrimonio, contentus promissione soceri, vt suprà dictum est.

Secundum argumentum est, quia licet paternum officium sit dotem dare filiæ suæ. l. vlt. C. de dotis promiss. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. tamen filia dicitur à patre aliquod lucrum accipere, dum doiẽ accipit. l. vlt. §. Si à socero. ff. quæ in fraudem cred. ibi: *Intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse*. Ergo filia factum patris, à quo causam habet, præstare debet: Consequenter sicut patri agenti ad repetitionẽ dotis obstaret exceptio propter promissionem postea factam, ita & filiæ obstare debet. l. Apud Celsum. §. De authore. ff. de doli mali excep. l. Ex qua persona. de reg. iuris. l. Mæuia. §. 1. ff. sol. matr.

Respondeo, non obstare filiæ hanc exceptionem, quæ patri obstaret (nisi hæres eius esset) qa nihil petit ex persona patris, sed petit ex confessione & promissione mariti, qui obligauit se ad restituendam ipsi vxori dotem, licet à socero non acceptam. Habuit enim promissionem soceri loco solutionis, ac proinde confessionẽ & promissionem fecit vxori suæ, perinde ac si doiẽ accepisset. Argumentum autem cõtrarium locum haberet, si versaremur in sola confessione mariti de recepta dote; nam intra tempora legibus cõstituta vxori dotem repetenti rectè obijceretur exceptio dotis cautæ non numeratæ. Sed hic versamur in alia facti specie, cùm scilicet vir promisit vxori se dotem redditurum, non spe futuræ numerationis, sed simpliciter, quia scilicet promissionem habuit à socero, quam pro numeratione reputauit.

Tertium argumentum est, quia ex illa confessione mariti non est planè quæsitum ius vxori ante lapsum temporis, ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis constituti. Ergo repellitur exceptione, &c.

Respondeo, id negando, quod in argumento assumitur. Etenim ius quæsitum esse mulieri contra maritum & eius hæredes, ex promissione mariti de dote ei soluto matrimonio reddenda, & confessione facta, patet ex iam dictis.

Quartum argumentum est, cùm quis eam ob causam tenetur, quia actionem habet, cedendo actionem liberatur, l. Quod debetur. ff. de peculio. Sed ideo maritus tenetur hoc in casu, quia actionem habet ex promissione contra socerum. l. Si pater 5. C. de dotis promiss. Ergo cedendo mulieri actionem, liberatur.

Respondeo, negãdo, maritum ideo teneri, quòd actionem habeat, nam tenetur eã ob causam, quod vxori suæ promisit se dotem redditurum, quam cõfessus fuit se habuisse, licet enim reuera non habuerit; tamen quantum ad mulierẽ voluit esse obligatus, ac si eam habuisset, suoque periculo dotem à socero ex promissione exigere.

Quintum argumentum est, Nouatio non inducitur, nisi expresè id agatur. l. vlt. C. de Nouation. Ergo maritus qui confessus est se dotem accepisse, non videtur hoc fecisse animo nouandi, & obligationẽ in se suscipiendi.

Respondeo, imò videri: cuius rei luculentum est testimonium, ex eo, quod mulieri præsenti ac stipulanti promittit se dotem redditurũ, ac in fauorem, & commodum eius fatetur se doiẽ accepisse, licet reuera non acceperit.

Vltimum argumentum est, quia eiusmodi confessio est erronea, nam vir fatetur se dotem accepisse, & tamen constat id falsum esse. Erronea autem confessio non nocet. l. Error. C. de iuris & fact. ignor.

Respondeo, nullum hic errorem esse, nullam falsitatem videri: Nã res sic se habet: maritus accipit à socero promissionem. Ea promissione vsque adeo contentus est, vt eam loco numerationis dotis habeat; ac proinde se accepisse dotem profiteatur; promittatque vxori se eam restituturum. Hic periculum est mariti, si postea non exigat, non vxoris; quia satis ei cautum est ex ea confessione & stipulatione.

CAPVT LXXV.

Ad l. 1. de dotis promiss. & ad l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

PApinianus: *Gener à socero dotem arbitratu soceri certo die dari nõ demonstrata re, vel quantitate stipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret: cum inter modum constituendæ dotis, & corpus ignotum, magna differentia sit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest, &c.* l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

At contra Imperator Alexander: *Frustrà existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec præstita sit, cum neque species vlla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea qua nubebat dotem dare promiserit.* l. 1. C. de dotis promiss.

Quinque præcipuas Doctorum sentẽtias esse animaduerti, quas ordine referam, vt collatione inuicem facta lector facilius intelligere ac discernere valeat, quæ sit rationi ac iuri magis consentanea: qua in re operam etiam dabo, vt iudicium non desideret meum.

Prima fuit Accursij & aliorum veterũ sententia, Papinianum loqui de dote per stipulationẽ promissa. Alexandrũ verò de dote in scriptura, vel nudo pacto promissa, quæ cùm incerta sit, non est præsumenda stipulatio, nec pactum nudũ actionẽ producere debet, ne duo specialia concurrant, Primum, vt ex nudo pacto detur actio. Alterum, ad incertũ, vel præsumatur stipulatio interuenisse,

Secunda fuit sententia Francisci Duareni lib. 1. anniuersar. disputat. cap. 56 distinguendum esse, an pater filię nomine dotem promiserit, an verò ipsa mulier. Posteriore casu nulla est promissio, propter incertitudinem, vt Alexander rescripsit. Priore autem casu promissio dotis vtilis est, vt respondit Papinianus, ea ratione, quia officium patris est dotare filiam, idque pro modo facultatum suarum, & dignitate mariti. Vnde promissio ex iure & legibus certitudinem accipit. Nullus autem legibus præfinitus est modus dotis, quo mulier citra conuentionem teneatur, imò potest indotata nubere.

Tertia est sententia Antonij Guiberti de dotibus, c. 4. generalem ac indefinitam dotis promissionẽ valere, siue mulier eam promiserit, siue pater vel alius eius nomine, quoniam ex facultatibus promittentis, & dignitate eorum, qui matrimonio coniunguntur, dos certitudinem capiet. Ad Alexandri rescriptum quod attinet, respõdet mulierem eo in loco dotem tantùm dicere promisisse, id est, solenniter constituere, secũdum antiquos emendatos Codices. Cùm itaque dotem mulier non promiserit, sed tantùm pacto nudo se dotem dicturam cauerit, meritò actio non competit, quia lex non confirmat talem dotis constituendæ pactionem, sed eam demùm quæ aliquam dotis constitutionem seu promissionem continet.

Quarta est sentẽtia Guilielmi Fornerij, lib. 3. selectionum, c. 24. in Alexãdri rescripto, nullã omnino à quoquã dotem Claudio fuisse promissam, non secus tamen, ac si promissa esset dotali adscripta instrumento. Ei rei argumento esse versiculum, *qu a promissa*, quo sermone falsa ac temerè arrepta opinio significari solet. l. 4. C. de hære. instit. l. Quidam. ff. de probat. l. 2. §. Voluntatem. vers. Iulianus. l. Si alienã. ff. sol. matr. l. Si eum. ff. si cert. pet. l. Nec ignorans. C. de donat. §. Sed istæ. de actio. cap. Quæsijt. de verb. sig. Et licet regulariter instrumenti fidẽ sequamur, l. Sciẽdum. de verb. obl. Sæpe tamen tabellionum multa de suo adscribẽtium & affingentiũ vitio, negligẽtia, vel astutia hæc iuris definitio offendit. l. Si librarius. de reg. iuris, vt interdũ plus nũcupatũ, minus scriptũ; vel cõtra, plus scriptũ, minus cautum esse videatur. l. 4. C. de dotis promiss. Etsi pro scriptura pręsumatur, permissum est id, quod gestũ sit inuestigare, vt veritati locus supersit. l. Optimã. C. de cõtrah. & com. stip. Ex quib. indotatã vxorẽ Claudio nupsisse relinquit. d. l. 1. quod nec nouũ, nec insolẽs videri debet. l. Si cùm dos. ret. amot. l. Quid si nulla. de relig. & sump. fun. Nou. 2. 74. 117. Hęc ferè Fornerius,

Quinta est sententia Roberti Aureliani, lib. 4. sent. iuris, c. vlt. Alexandri rescriptũ ad eam speciem pertinere, qua dotis promissor in animo habuerit eã taxare & pręfinire, neque tñ aliquo casu superueniente, aut errore id egerit, tunc enim inutilis est promissio. Hocque indicere videntur illa verba Alexandri: *Sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum*, nimirum ex proposita specie intellexisse Imperatorẽ, amplius quid adscribi voluisse instrumento partes, sed tamen hactenùs tantùm, vt dos simpliciter promissa appareret, fuisse adscriptũ: cùm neq; species vlla, neq; quãtitas promissa fuisset, verùm eo imperfecta promissio relicta, ꝙ cùm sic dotem promitteret mulier, vt simul dotis modum pręstituere vellet, id tamen actum non esset, nec per consequens instrumento adscriptũ: quod sibi imputare debeat stipulator maritus, in cuius potestate esset apertiùs ea omnia concipere & cõscribi curare. Sic enim in cæteris, quę obscura dubiaq; & incerta sont, contra stipulatorem interpretatio fit, cęterosque istiusmodi omnes, quibus ex conuentione aliquid quæritur, & cõmodũ adfertur. l. Stipulatio ista. §. In sti-A pulationibus. ff. de verb. obl. l. Veteribus. ff. de pactis. l. Labeo scribit obscuritatem. de act. empt. Hęc Robertus.

Nunc de singulis quid ipse sentiã paucis accipe. Prior sentẽtia nullo pacto mihi placere potest, primò, quia tam Alexander quàm Papinianus intelligi possunt de dote promissa, vel pacto nudo, vel per stipulationẽ. Nec enim refert l. Ad exactionem. C. de dotis promiss. nec vllum est vestigium huius diuersitatis in vtroque responso. Secundò, quia illa ratio, ne duo specialia simul concurrant, admodum infirma est; nam concurrere posse, multa specialia indicant. l. Licet. §. 1. ff. de iure dot. Singularia. ff. si cert. pet. l. vlt. C. ad Vellcian. §. Si ab hostib. Instit. quibus modis ius patriæ potest. soluitur.

Tertiò, quia ratio Alexandri Imperatoris non est posita in impediendo cõcursu duorum specialiũ, sed quia in instrumento dotali nil aliud erat adscriptũ, nisi quod ea, quę nupserat, dotẽ dare promiserat. Quibus verbis appa-

B ret, rationem eius esse propter incettudinem promissionis, quia nec species vlla, nec quantitas expressa fuerat.

Quod attinet ad sententiam Francisci Duareni, illa mihi verissima videtur. Imprimis eam amplexi sunt Franciscus Conanus, aut is, qui Conano additamenta fecit, lib. 8. c. 8. Deinde Corasius ad l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. nu. 92. Denique Cuiacius in recitationibus ad Codicem, tit. de dotis promissione, & ad Papinianum lib. 4. responsorum, dum tractat responsum illud Papiniani *in l.* Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

Ad hæc, adstipulatur huic sententiæ Hermanopulus lib. 4. c. 8. sic Latinè dicens: *Si spoponderit mulier dotem dare, non adiecta quantitate, aut re certa expressa, quæ in dotem detur, inutilis est eiusmodi dotis promissio, vtpote cùm possit mulier vel vilissimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia causa est patris dotem pro filia pollicentis, qui etsi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen est ac valida promissio. Hoc enim cum dicit pater, non sese quantamlibet*

C *dotem, sed quæ facultatibus par sit daturum indicat.*

Denique, his accedit argumentum ex ipsis verbis Papiniani & Alexandri, Papinianus enim apertè loquitur de patre promittente dotem, filię nomine; Alexander verò de muliere ipsa, quæ dotem promisit, Ergo hæc sententia verbis vtriusq; legis consentanea est, sed & rationi quoque conuenit. Nam pater debet dotem filiæ, tanquam æs alienum. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss. Quantum verò debeat obscurum non est. Debet enim dotem filia constituere pro modo facultatum suarum, & mariti dignitate. Si ergo pater pro filia dotem promittat, non est incerta huiusmodi promissio, nec incerta dos. Sed nulla dos est certa, quam sibi ipsi mulier constituere debeat aut cogatur: nam in arbitrio eius est, quam & quantam marito velit dare vel promittere, modò omnia bona sua. l. Mulier. 73. ff. de iure dot. modò exiguam pecuniam, modò etiam nullã. ideo

D mulier dotem promittendo simpliciter non adiecta re vel quautitate certa, nihil agit, quia quantum promiserit non apparet, & leniculæ rei præstatione liberari potest, quam sibi suam dotem esse dicat.

His non obstat l. Quæro 61. ff. de iure dotium, quam Gunterius opponit ad probandum dotis promissionem incertæ quantitatis à muliere factam valere. Nam lex illa hoc non dicit. Celsus: *Quæro quanta pecunia dotem promittenti adultæ mulieri, curator consensum accommodare debeat? Respondi. Modus ex facultatibus & dignitate mulieris maritiq; statuendus est, quousque vel ratio patitur.*

Hæc est sententia legis, si adulta mulier, quæ curatorem habet, dotem certæ quantitatis promittat, curatorem eius consensum accommodare debere, prout facultates mulieris, eiusque & viri dignitas, & ratio postulat & patitur. Itaque mulieri immoderatam dotem promittenti, suum consensum curator non accommodabit. De incerta dotis promissione & quantitate obscura, nullum verbum in dicta lege habetur.

Ad

Ad tertiam sententiam quod attinet, hoc mihi occurrit, non videri solidã. Primò, quia repugnant omnes Codices, in quibus scriptum est, mulierem dotẽ dare promisisse. Secundò, quia & si mulier dotem se dicturam, hoc est, constituturam promisisset, eque (nisi incertitudo obstaret) deberetur ac si dotem promisisset. Nec enim verbis leges scriptę sunt, sed rebus. l. 2. C. commu. de leg. tertiò. Quia licet Vlpianus in fragmẽtis, tit. 5. dicat: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dotis tamen actio tã ex dictione nascitur, quàm ex stipulatione, vt notat ibi Cuiacius, vbi etiam monet, sublatam esse dicendæ dotis solennitatem, & ideo Tribonianum in l. Ad exactionẽ. C. de dotis promiss. & alibi semper scripsisse, *doti promittere*, vbi olim scriptum erat, *doti dicere*.

De sententia Fornerij amplectenda, nunquam cogitaui, qm̃ repugnat verbis legis, quibus euidenter apparet dotem reuera promissam fuisse indefinitam, & ita cõprehensum in instrumento, & ideo nullam falsitatem interuenisse manifestũ est, totaq; legis ratio in eo est posita, quod nullus species, nulla quãtitas dotis expressa fuerit.

Postrema denique sententia Roberti nullo modo placere potest, quia nobis non constat, partes voluisse dotẽ taxare, & postea errore aut alia de causa nõ taxasse. Nulla huius rei mentio habetur in lege; nullũ, vel minimum argumentum. Nam illa verba illa, *sed hactenus instrumento dotali adscriptum*, non indicant partes voluisse dotem taxare ac definire, sed hoc significatur in instrumẽto dotali hoc solùm fuisse comprehẽsum, quod ea quæ nupserat dotem dare promisisset, scilicet nulla certa quantitate vel specie expressa: quæ ratio & causa fuit, vt actio Claudio non competeret.

CAPVT LXXVI.

An fideiussores dotium dari possint.

A Marito non esse exigendam pro dote satisdationem certum est ex l. 2. C. Ne fideiussores dotium dentur, cuius rei adfert rationem Imperator ibi, quam latius explicat Alciatus lib. 4. Parergon, c. 26. Sed an à marito volente præstari satisdatio possit, in controuersiam vocari potest. Quoniam Duarenus in c. 4. de dotibus & dotium iure, sub tit. sol. matr. affirmat. *Equidem arbitror*, loquit, *fideiussorem, qui à marito datus est obligari, ac conueniri posse, quamuis fideiussorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primum, quod omni obligationi potest accedere fideiussor. l. 1. de fideiuss. nec vlla lex est, quæ hanc fideiussionem prohibeat, aut ratio propter quã prohiberi debeat. Praterea, cùm certi iuris sit, pignus à marito vxori pro dote dari posse. l. Quod autem. §. Si vxor. de dona. inter vir. & vxo. cur fideiussor non dabitur? Fideiussio namque pignoris dationis par similisq; esse videtur. l. Promissor. §. vlt. de constit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiussor pro muliere dotẽ promittente intercedens teneatur. l. Cùm dotis. de iure dot. ex quo consequens est, & pro marito intercedentem obligari, cùm nulla ratio diuersitatis, nisi perquam inepta, negatoriaq; adferri possit. Et sanè inter omnes conuenit soluto iam matrimonio satisdationem hanc vtilem atq; efficacem esse. l. Si constante §. Quoties. ff. sol. matr. l. Exceptiones. de exception. §. Cùm autẽ. C. de rei vxo. act. sed constante matrimonio fideiussorem vtiliter dari negant. Ego verò fideiussionem valere contendo quocunque tempore data fuerit: Nec aduersatur nostra sententia inscriptio illa sine titulus. Ne fideiussores dotium dentur: quem ego prohibitorium esse nego. Verba enim ea ambigua sunt, & possunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiussores dare, vel vt ne volens quidem, dare possit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio est, quæ vitio caret, non quæ rationi, & iuri contraria est. l. In ambigua. de legib. Praterea duæ tantum leges sub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi potest. Prioris etenim legis* A *hæc verba sunt: Siue ex iure siue ex consuetudine lex proficiscitur, vt vir vxori fideiussorem seruandæ dotis exhibeat, eam iubemus aboleri. Quibus verbis abrogantur leges ac consuetudines, quibus maritus ad dandum fideiussores cogebatur. Posterior lex clarè & apertè loquitur de fideiussionis exactione, non de ea, quæ à volente præstatur, vt satis constet, vel ea lege, tituli, seu inscriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur sensus earum legum est, atque adeò tituli ipsius, maritum vxori, ad dandum fideiussorem dotis nomine, cogendum non esse. Nam etsi plerunque cautiones huiusmodi interponi soleant, maximè in bonæ fidei iudicijs. l. In bonæ fidei. de iud. tamen indignum visum est eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iustiniano proditam in lege posteriore. Nostræ huic sententia Hermanopulus adstipulatur lib. 4. tit. 8. Nihil autem in priscis autoribus iuris nostri extare putamus, quod nostra interpretationi refragetur, nisi fortè quis obijciat nescio quam Theodosij constitutionem, quæ legitur in Theodosiano Cod. lib. 3. tit. 15. Sed in* B *eius constitutionis verbis nihilo minor est, quàm in titulo illo Iustiniani, cuius modo mentionem fecimus ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodosij nomine & titulo inscribitur, valdè mendosus est, nec Theodosij Codex est sed Alarici Gottorum Regis potius, qui in Theodosij Constitutionibus multa immutauit.* Hactenus Duarenus.

Sed hæc noua Duareni sñia contra oĩum veterum interpretationem ac sensum, nullo modo recipiẽda est. Primò, q̃a repugnãt verba l. 1. C. Ne fideiussores dotiũ dentur: quib. generaliter illa lex aboletur. qua vir vxori seruãdę dotis fideiussorẽ exhibeat. Secũdò, quia in Codice Theodosiano, ex quo illa lex sumpta est, ita legitur, li. 3. tit. 15. tit. de fideiussorib. dotiũ: *Omnium sponsorum vel fideiussorum, deinceps in cauẽda dotis sponsione promissiones absoluimus*. Et ideò rectè Cuiacius ad hũc tit. Etsi vltrò, maritus dederit fideiussorẽ vel mandatorẽ, vt nõ obligetur, quia hanc obligationẽ cõstitutiones improbant. l. 1. C C. Theod. de fideiuss. dotis. Tertiò, quia & Hermanopulus, cuius testimonio vtitur Duarenus huic cõi sententię adstipulatur. Sic enim scribit lib. 4. tit. 8. latinè redditus: *Vir dotem accipiens, fideiussores exhibere non cogitur. Nunquam enim pro muliebri dote fideiussor datur, nisi antequã sponsalia contraherentur, id conuenerit*. Si nunquã fideiussor datur, nisi ante sponsalia fuerit conuentum; Ergo sentit non valere fideiussoris dationem constante matrimonio, nisi ante sponsalia, vt præstetur, fuerit conuentum.

Argumenta Duareni non obstant. Primum, omni obligationi accedere posse fideiussorem, nihil mouet, quia hęc est exceptio, vt pro dote non accedat: Cõstitutiones enim fideiussoris obligationem hoc in casu improbant.

Secundum argumentũ est, pignus à marito vxori pro dote dari posse, ergo & fideiussorem. Respondeo, rationem hanc diuersitatis esse inter pignus & fideiussorem, quia dato pignore dos ponitur tantùm in tuto, nõ etiam committitur alterius personæ fidei, quàm mariti ipsius. D Fideiussor obtinet locum debitoris, pignus locũ rei debitæ. Non quæritur aliena fides, si quæritur pignus; secus si fideiussor: quod inter coniuges fieri absurdum, & perfidiæ occasionem esse Imperator censuit.

Tertium argumẽtum est, quia fideiussor pro muliere dotem promittente obligatur. l. Cùm dotis. ff. de iure dotium. Ergo & pro marito. Respondeo, l. Cùm dotis, non loqui de vxore, sed de eo qui dotem viro promissam ab vxore, id est, qui dotẽ quã debuit vxor expromittit, verba hæc sunt: *Cùm dotis causa aliquid expromittitur, fideiussor eo nomine datus tenebitur*. Expromittere est nouandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem, pro alio, soluto ab omni obligatione alio, quia nouatio liberat debitorem priùs obligatũ. Est ergo hęc sententia legis, si quis dotem debitam ab vxore, promiserit viro, nouandi animo, & fideiussorem dederit; vtique fideiussor tenebitur, nec enim ab vxore datus est, sed ab extraneo expromissore: quæ doctissima explicatio est Cuiacij ad tit. Ne fideiussores dotiũ dẽtur

in liberis posthumis: nec enim aliena mihi vendicare solitus sum; licet furtum non vsq; adeo manifestum esset; Nam & furti non manifesti pęna legibus est constituta.

CAPVT LXXVII.

Confessio dotis receptæ à marito facta animo donandi, an confirmetur iuramento promissorio?

SI maritus animo donandi vxori suæ cõfiteatur se dotem accepisse, quam verè nõ accepit iuxta l. 2. C. de dote cauta non num. quæritur, & in cõtrouersiam vocatur, an ea confessio iuřo confirmetur, quod promissorium doctores vocant; cùm scilicet iurat maritus, se dotem redditurũ vxori suæ. Vocant enim doctores nostri tradendæ disciplinæ gratia, iuramentum promissorium illud, quo quis promittit iureiurando se aliquid daturum vel facturum.

Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ. Vna, non confirmari ioramento promissorio huiusmodi confessionem. Authores huius sententiæ non satis bene commemorantur. Cynus ad l. 1. circa finem. C. de sacrosſ. Eccles. Bart. in l. Cùm quis decedẽs. §. Titia. de leg. 3. & quidam alij, qui loquũtur de ioramento simpliciter, quemadmodum Socinus senior in l. 1. nu. 98. ff. sol. matr. licet reuera eum hanc sententiam habuisse colligi non possit ex ijs quæ docet ibi post no. 102. vers. Quartò & vltimò limita. Inuenio igitur huius sentẽtiæ Ruinum cons. 137. lib. 4. vt colligitur ex fine ipsius consilij, Didacum Couar. lib. 1. variar. resolut. cap. 7. num. 5. & Menochium de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. num. 43. Cæteros qui allegantur non inuenio hoc dicere.

Altera est sententia, confirmari promissorio iuramento huiusmodi confessionem. Anthores sunt Bald. Nouella, de dote par. 10, nu. 10. vers. Tamen hæc sua, Crauet. in cons. 81. nu. 3. Ioannes Lupus ad rubr. de donat. inter virum & vxorem. §. Si. Ripa lib. 5. cons. 6. Alios qnis piscari potest, ex his, qui à Gabrielio adferuntur, commun. conclus. tit. de donat. conclu. 5. præsertim verò Curtium iuniorem, qni pro contraria sentẽtia adferri solet in cõs. 95. nu. 4. & Ruinum cõs. 154. lib. 5. & ex Serafino Senensi de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 71. nom. 53. Sed non tam de numero authorum nos oportet esse solicitos, quam de argumentorum pondere, & rei ipsius vera decisione & explicatione indaganda.

Fundamentum prioris sententiæ est primò, quia iuramentum non cõfirmat actum simulatum, vt Glos. docet in l. 3. C. plus valere quod agitur, &c. citata l. Non dubium. C. de legib. quæ lex ita ad hanc rem accommodari potest. Qnod fit, lege id fieri prohibẽte, nullius est momenti, licet iuramentum adijciatur, vt in illa lege constitutum est. Sed donatio inter virum, & vxorem, quæ hac simulata confessione continetur, lege prohibetur. l. 1. & toto titulo. ff. de donat. inter virum, & vxorem, Ergo nullius est momenti, licet iuramentum adijciatur.

Secundò, quia iuřm tunc cõfirmat donationem inter virum & vxorẽ, cùm donatio palam fit verbis expressis, donatore id profitente: secus aũt dicendum de huiusmodi donatione, quę iuris pręsumptione nititur, quia nimirum ex cõfessione dotis receptæ oritur. Nam tunc & donatio præsumenda esset, & præterea iuramento confirmaretur, quod non videtur satis iuri consentaneum.

Tertiò, quia cùm cõfessio simulata sit, & nulla; sequitor etiam iuramentum & alia accessoria nullius esse momenti, quia iuramentum sequitur naturam actus, super quo interponitur l. vlt. C. de non num. pec. c. Accessoriũ. de reg. iur. lib. 6. l. Cùm principalis, eod. tit.

Fundamentum posterioris sentẽtiæ est, quia hic adest consensus mariti donare volentis, & cõfitentis se dotem accepisse animo donandi. Ex eo cõsensus colligitur, quia promittit, iuramento etiam interposito, se redditurũ dotem, Quamobrem in ea versamor quęstione, an donatio

A inter virum & vxorem iuramento cõfirmetur. Et verior sententia est confirmari; argument. cap. Cùm contingat. de iureiur. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior ex ijs, quæ tradidi lib. 3. Controuersiarum, cap. 81. vbi probaui donationem inter virum & vxorem iuramẽto confirmari. Hæc autem est effectu donatio viri in vxorem collata. l. 2. C. de dote cauta non num.

Respondet Couar. & post eum Menochius locis suprà annotatis, non esse certum, maritum consensisse, vt illa confessio haberet effectũ donationis, & ex vno actu tot præsumptiones oriri non posse.

Replicari potest id supponi in hac quæstione, confessionem factam esse à marito animo donandi, non autem sub spe futuræ numerationis; Et ideo non esse laborandum de alia certitudine, Hoc ita supponi patet ex Menochio loco suprà citato, no. 40. vers. secundus est casus.

Ad primum argm̃ r̃ndeo, confessionẽ factam esse ani-
B mo donandi, ac proinde non esse prorsus actum simulatum, sed verã doationẽ continere, siquidem maritus sic confessus fuit aĩo donandi, vt patet ex l. 2. C. de dote cauta non num. Non obstat quod dr̃ donationẽ inter vir. & vxor. lege prohibitam esse, & consequenter ioř nõ confirmari ex l. Non dubium. C. de leg. Quia cùm agitur de vi & efficacia iuři, quod res spiritualis est, iuri Canonico standum est, non iuri Cæsareo. Sic aũt iure *canonico* constitutum est, vt iuřm hmõi pactiones confirmet, *quæ* iure ciuili improbantur, si non nõ vi dolo præstitum sit; & seruari possit sine dispẽdio salutis æternæ, *nec* vergat in alterius pręiudicium, cap. Cùm contingat. de iureiur. d. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. cum alijs similibus.

Ad secundũ r̃ndeo, illod sibi locum vendicare posse, cũ dubiũ est, & incertũ, an confessio facta fuerit aĩo donandi, vel sub spe futuræ nomerationis. Sed cum certũ est, atq; ita supponitur, non video rõnem vllam diuersitatis inter hanc donationẽ, & eam qnæ palam fit, ac ver-
C bis expressis, donatore suam voluntatẽ apertè declarante. Nam & donatio quæ ex confessione oritor, pro vera donatione habetur, vt patet ex d. l. 2. C. de non num. pec.

Ad vltimum argm̃ responsio clara est, iuřm pro confirmatione adiectum, accessorij vice non fũngi, quia facit, vt actus valeat, qui alioqui non valeret, vt in d. c. Cũ contingat. de iureiur. d. cap. Quamuis. de pact. lib. 6.

CAPVT LXXVIII.

Confessio dotis receptæ à marito animo donandi facta, qui dotem non accepit, an confirmetur iuramento assertorio?

ALtera est cõtrouersia. Si vir constante matrimonio fateatur se dotem accepisse, & id verum esse interposito ẽt iuramẽto affirmet, (Hoc enim ioramẽtum assertorium doctores vocant) neqnaquam
D tñ id verum sit, sed animo donãdi hæc facta sint, vtrum confessio eo vallata iuramento confirmetur, ac proinde non liceat marito eam vel reuocare, vel infringere, nec eius hæredibus. Multi responderunt confirmari. Paulus Castr. cons. 383. colum. 2. vers. Nos autem, lib. 2. Socinus senior cons. 82. nu. 2. lib. 3. Alciatus ad c. Cùm contingat, nu. 294. cum sequen. de iureiur. His adiungi possunt alij, qui simpliciter dixerunt confessionem hanc iuramento confirmari. Ancharanus cons. 307. Nulli dubium. Corneus consi. 284. colum. vlt. lib. 1. & 104. col. 2. lib. 2. & 41. col. vlt. lib. 3. & 108. lib. 4. alios citat Serafinus Senensis de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 59. num. 1.

Argumenta verò sunt ista. Primum, quia confessioni iuratæ omnino stãdom est: nam probat in præiudicium confitentis & suorum hæredum, vt in Auth. Quod obtinet. C. de probation.

Secũdum, quia generaliter valet donatio inter virum & vxorem iuramẽto confirmata, argum. c. Cùm contingat,

gat. de iureiur. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. Ergo valet etiam huiusmodi cõfessio, quia censetur facta animo donandi, cùm re vera dotem maritus non acceperit.

Tertium argm̃ est, quia si maritus qui iuramento interposito confessus est, se dotem accepisse, cõtrarium diceret, se non accepisse, diceret se periurum esse, & suam turpitudinem allegaret. Hoc autẽ iure permissum non est, vt quis veniat contra proprium factum, & suam turpitudinem alleget. l. Cùm profiteatis. C. de reuoc. dona. l. Transactione 30. C. de Transact. l. Aliàs. ff. de iureiur.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam, & communiorẽ & veriorẽ esse non dubito. Cõmuniorem esse constat ex Doctorũ Catalogo, quos citat Antonius Gabrielius lib. 3. commu. conclus. titu. de donationibus, concl. 5. & quos citat Couar. variar. resolutionum, lib. 1. c. 7. post nu. 4. vers. Quinto eadem ratione, nec non Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 48. Clarus §. Donatio. q. 9. vers. Hæc tamen conclusio.

Veriorem autem esse hanc sententiam sic probo. Iuramentum non debet esse vinculum mendacij, & falsitatis ac simulationis, sed debet habere tres comites, veritatẽ, iustitiã, & iudicium, c. Et si Christus. de iureiur. Sed hic maritus confitetur id quod verum non est, & iurans verum esse, periurus efficitur, Ergo non confirmatur iuramento ipsius confessio simulata & falsa.

Et hoc est discrimen inter iuramẽtum assertorium & promissorium, quòd promissorium ostendit virum confitentem voluisse donationem, quæ ex confessione præsumitur, sua iurata promissione corroborare & confirmare: & ideo ne in periurium incidat, ab ea recedere nõ potest, vt in cap. præcedenti conclusum est. Assertorium aũt nihil aliud facit, nisi quod mendacio cõfessionis periurium addit, quod meritò nihil operatur. Possitne quis iurando id esse verum, quod simulatũ & fictum est, efficere vt verum sit? Minimè gentium. Ergo si hoc veritatem non immutat, si iurans est periurus, si nõ decet iuramento vti ad confirmationẽ actus simulati, quasi diuinũ testimonium esse possit ac debeat idoneum medium ac instrumentum ad tuenda & confirmanda mendacia, certè nihil iusiurandum in hac facti specie operabitur.

Ad primum argumentum respondeo, iuratam confessionem probare & præiudicare confitenti, quia vera esse præsumitur, vt in dicta Nouella quæ allegatur. Sed nos supponimus certum esse, confessionem fuisse fictam atque simulatam, animo donãdi factam, & dotem nequaquam fuisse numeratam.

Ad secundum concedo, iuramento confirmari donationem inter virum & vxorem: sed hæc non est donatio iurata. Est confessio simulata & ficta cum iuramento falso coniuncta, quod nequaquam ferẽdum esset in repub. tantum abest vt ex eo robur & confirmatio confessioni adijcienda esset.

Ad tertium argumentum respondeo, absolutionem à iuramento petendam esse, neque enim quis propria authoritate venire contra iuramẽtum potest, c. Si verò. de iureiur. c. Ad audientiam. c. Ad aures. de eo quòd metus causa. Absolutione obtenta nihil proponitur, cur is qui iurauerat venire contra promissa, & iuramento confirmata non possit, vt dixi lib. 2. cõtrouer. c. 17. circa fi. ver. Porrò absolutione. Regula illa generalis; Nemo potest allegare suam turpitudinẽ, in alijs casibus locum habet. Nam in terminis nostris locum non habere, nec impedimento esse, quo minus quis contra suam confessionem iuratam veniat, indicat l. vlt. C. de nõ num pecu. ibi. *Qua enim differentia est in huiusmodi exceptione, siue iuramentum positum est, siue non.* Quamquam nec mihi improbatur eorum sñsio, qui dicunt, hoc in casu remissam videri ab altera parte periurij exceptionem, & propriç turpitudinis allegationem permissam, quoniã in actum fictum & simulatum pariter cõsensit. Nil igitur Iudæus Iudæo, nil Catilina Cethego, vt dici solet. Et in pari causa turpitudinis, melior est cõditio illius, qui de damno euitan-

A do certat, quàm qui de lucro captando. argumen. l. vlt. C. de Codicill.

Non obstat, si dicatur, peti non posse absolutionem à iuramento, cùm periurium quis commisit. Nam dato hanc propositionem verã esse, de qua nunc nõ disputo, locum non habet, cùm iam constat de simulatione, vti nostra supponit quæstio, vt declarat Iason. in l. Nemo potest in prima lectura, nu. 47. de leg. 1. Ludouicus Bolognin. cons. 44. col. pen. vers. Vnde cum fraus. Serafinus Senensis, de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 59. nu. 7.

CAPVT LXXIX.

Quid si confessioni dotis receptæ accedat iuramentum assertorium ac promissorium simul?

B Cvm suprà c. 77. disputatũ, & ni fallor satis probatum ac demonstratũ sit, solo iuramẽto promissorio confirmari confessionẽ dotis receptæ simulatam, atq; animo donandi factam, non dubito quin idem statuendum sit, cùm vtrumq; iuramẽtum accedit, assertorium, vt vocant, ac promissorium. Licet enim assertorium non sit idoneum, neq; sufficiens, vt dixi, precedente capite; promissorium tñ adiunctum, hoc sanè efficere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle tatam donationem habere, quæ ex confessione præsumitur, atque supponitur, quod iuramento effici posse magis est vt credam, vt & aliàs defendi lib. 3. cap. 81.

Atq; hãc esse crebriorẽ doctorũ sñiam, affirmare non dubito ex his quç Antonius Gabrielius habet lib. 3. cõm. concl. tit. de donationib. cõcl. 5. nu. 5. Rolandus à Valle, cõs. 93. nu. 22. li. 1. Ioseph. Ludouicus decis. Perusina 66. nu. 11. vers. Tertia conclusio, in secunda parte, Serafinus Senensis, de Priuilegijs iuramenti, Priuileg. 71. nu. 55.

Sed contrariũ rñdisse video Marianũ Soc. cons. 65. & C Bartholomæũ eius filiũ, cons. 66. lib. 1. Ruinũ cons. 130. & 190. lib. 1. & 137 lib. 4. & alibi, quẽ in terminis quibus de simulatione cõstat, sequitur Serafinus Senensis d. Priuilegio 71. post num. 56. 57. 58. & in vers. Amplius intelligo. Idem sensit Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 7. num. 5.

Argumenta precipua sunt tria. Primum, quia donatio inter virum & vxorem iuramento non firmatur, Ergo multò minus tacita donatio, quæ oritur ex confessione.

Secundum, quia dato quod donatio expressa confirmetur iuramento, non potest tamen confirmari tacita donatio, quæ oritur ex confessione, ne concurrant duo specialia, Vnũ, quod donatio præsumatur, Alterũ, quod donatio præsumpta iuramento confirmetur.

Tertium argm̃ est, quia iusiur̃m non confirmat actum simulatum ex Glos. in l. 3. C. plus valere quod agitur.

Respondeo ad primum, non obstare, quia verius est donationem inter virum & vxorem iuramento confir- D mari, vt aliàs dixi & ostendi d. c. 81. lib. 3.

Ad secundum dico, idem statuendum in tacita donatione, quç ex confessione resultat: qnia nulla est ratic diuersitatis, cur expressa donatio iuramento cõfirmetur, tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concursu plurium specialium, quæ fundamẽtum habet in Glos. ad l. 1. C. de doris promiss. iam din à viris doctis explosa est, & tradita vera interpretatio dictç l. 1. sicut à nobis suprà disputatum & expositum est hoc eodem lib. cap. 75.

Ad tertium argumentum respondeo, distinguendum esse: nam si actus simulatus turpitudinẽ vel peccatum, vel aliquid contra bonos mores contineret, aut consensum agentis & contrahentis non haberet; tunc iuramento non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatione inter virum & vxorem, quæ ex confessione dotis receptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, sed animo donandi se accepisse confessus est, non video aliquid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudinem contineat. Tanñ peccari video contra iuris ciuilis præcepta, quorũ authoritas iurisiurãdi religioni meritò

cedit, vt patet ex c. Cum cõtingat, de iureiur. ex c. Quãuis de pactis, lib 6. & ex alijs testimonijs notissimis. Cõsensus verò mariti hoc in casu non deficit, quia supponimus eum confessum se dotem accepisse, quam nõ accepit, animo donandi vxori suæ, quam donationem tacitam iureiurando etiam confirmauit.

CAPVT LXXX.

Confessio dotis receptæ à marito facta constante matrimonio & absque iuramento, an præsumatur facta spe futuræ numerationis, an verò animo donandi?



I maritus constante matrimonio confessus sit, se dotem accepisse, nullo iuramento interposito, quæritur an hæc confessio præsumatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, an verò spe futuræ numerationis, quasi dos cauta, non autem numerata sit, posito scilicet quod de numeratione non constet. Et in hac quæstione tam ingens est catalogus authorum, qui respõderunt præsumi factam animo donandi, & in fraudem legis prohibentis donationem inter virum, & vxorem; & rursus eorum qui dixerunt factam videri spe futuræ numerationis, vt otiosum esse putauerim omnes hic adscribere, Præsertim cùm maximè sollicitus nunc sim, de eorum sententia confutanda, qui dixerunt factam videri animo donandi, & in fraudem legis, quæ vti falsa est, & erroris plena, ita meliorem sibi in foro locum vendicauit. Videantur Couar. lib. 1. variar. resol. c. 7. ou. 4. Rolandus à Valle, in cons. 93. nu. 1. lib. 1. And. Geyll. lib. 2. obseru. 81. nu. 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 58. Ioseph. Ludouicus decis. Perusina 66. in 1, conclus. par. 2. vbi parum considerate dixit, neminem contradicere conclusioni ab eo firmatæ, eam confessionem factam videri animo donandi, cùm plurimi à Couar. & à Menochio citati contrariam sententiam ex professo amplexi fuerint, & copiosè tractati sint.

Ego, vt dixi, operam dabo in hoc capite, vt vera opinio tam studiosorum mentibus instilletur, quàm etiam apud pragmaticos in foro defendatur, explosa prorsus, & reiecta contraria sententia, quam à iure alienissimam esse existimo.

Hæc est igitur vera doctrina ac sententia, confessionem, de qua agitur, factam non videri animo donandi, sed spe futuræ numerationis.

Prius ostendam non videri factam animo donandi, atque adeò in fraudem legis, Deinde factam præsumi spe futuræ numerationis.

Non videri factam animo donandi, & in fraudem legis, probatur, quia nulla lex hoc dicit. Nulla iuris ratio id suadet. Repugnãt vulgares iurisregulæ. Donatio non præsumitur. Fraus non præsumitur. Nulla causa est præsumendi maritum voluisse donare ex hac sola confessione, cùm videri possit confessus fuisse spe futuræ numerationis. Nulla hic pugnat verisimilitudo, quia si donare voluisset poterat id exprimere & confiteri se accepisse dotẽ quam non accepit, vel maiorem quã accepit animo donandi, quæ donatio morte eius cõfirmatur, & de qua facti speciẽ loquitur, l. 2. C. de dote cauta non oum,

Videri factam spe futuræ numerationis, probatur primò ex l. 3. C. de dote cauta non num. Iustinianus: *In dotibus quas datas esse, dotalibus instrumentis conscribi mortis est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numerata pecunia exceptionem opponere: non solum marito contra vxorem, &c.* Hic non dicit Imperator donationem præsumi, sed exceptionem non numeratæ dotis competere, quia scilicet ea confessio facta præsumitur spe futuræ numerationis,

Secundò, id probatur ex eadem l. 3. dum ita Iustinianus pergit, dicens, exceptionẽ non numeratæ dotis competere etiam hæredibus mariti, ibi: *Sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium.* Si enim donatio præsumenda esset ex confessione, illa morte mariti confirmaretor, consequenter, hæredibus mariti exceptio non competeret doris non numeratæ. Donationem enim inter virum & vxorem morte confirmari donatotis palam est ex l. Cùm hic status. ff. de dona. inter virum & vxorem.

Porrò ridiculum est, quod aliqui dicunt, d. l. 3. esse accipiendam de confessione facta ante contractum matrimonium: siquidem lex est generalis de cautione dotis nõ numeratæ, quæ ita fit, & fieri potest matrimonio iam contracto, sicut ante matrimonium contractum.

Tertiò, hæc sententia probatur ex l. Si volũtate. C. de dotis promissione, vbi si confessus fuerit maritus se plus accepisse in instrumento dotali, quàm accepisset, agere potest, vt id quod non accepit, præstetur.

Si confessio hæc animo donandi facta præsumeretur non posset maritus quidquam petere.

Quartò probatur ex Nouella 100. & secundum veterem translationem ex Authenticis de tpe non solutæ pecuniæ super dote, in illis verbis: *Sin autem neq; intra decennium quæratur, taciturnitate mariti, auferimus querelam, neque ei post decennium hoc agere sinemus, &c. Vbi enim licet in prolixo sic tempore decennij diximus proponere querelam, si tacitè elegerit, palam est voluisse, vel si non accepit dotem omnino eum, aut suos reddere, heredes.*

Si tempus decennij requiritur ad excludendum maritum & eius hæredes à querela non numeratæ dotis, quomodo confessio eiusdem mariti videri potest donationem continere? Nunquid is qui donauit, querelam habet dotis non numeratæ? Si donatio est, cur morte viri non confirmatur, vt cæteræ donationes inter coniuges. l. Cùm hic status. ff. de dona. inter virum & vxorem, ac proinde hæres statim non teneretur eam ratam habere, ante lapsum decennij, præstituti ad querelam proponẽdam dotis non solutæ?

Sed hæc nimis clara sunt, Videamus quantũ habeant momenti argumenta contrariæ opinionis. Primum est ex l. Qui testamentum. ff. de probation. in illis verbis: *Videtur enim eo quod plus ille capere non poterat in fraudem legis, hac in testamento adiecisse.* Alterũ est ex l. Cùm quis decedens. §. Titia, de leg. 3. *Titia testamentum condidit, & volo vt dentur Callimacho mercedes gratia denaria decies mille. Quæro an hac pecunia ex causa mercedis, ab heredibus Titia exigi possit? Respondi non ideirco quod scriptum sit, exigi posse in fraudem legis relictum.*

Sententia horum responsorum hæc est, si cui legem qui per legem capere non possit, relictũ præsumi in fraudem legis. Et ideo eum probare oportere causam expressam à testatore veram esse.

Sed hæc longè dissimilia sunt, Primùm, quia mulier capax est donationis, etiã constante matrimonio, ad hoc scilicet, vt si maritus præmoriatur, res donatas retinere possit, quia morte donatio confirmatur, l. Cùm hic status. ff. de dona. inter vir. & vxor.

Secundò, quia maritus hic confitetur se dotem accepisse, quod in prima sui figura nõ tendit contra legis alicuius prohibitionem. Nam aut dotem accepit, aut non accepit. Si accepit, confessio veritatem continet, & omni suspicione caret, Si non accepit, habet à lege tempus ad excipiendum, & conquerendum dotem sibi numeratam non fuisse. Quare nulla ex parte iuris dispositionem offendit.

At is qui legat incapaci eo ipso legem offendit, per quam legari non posse constitutum est, & legatum irritum est & nullum. Quare si causam adijciat pro legati cõfirmatione, cùm res suspecta sit, & legibus repugnet, meritò probanda est, vt in d. l. Qui testamentũ. ff. de probatio. ibi: *Si Filius suprascripta ex ratione sua peruenisse ad testatorem probare potuerit, erigi, &c.*

Tertiò,

Tertiò, nā in ea facti specie quæ obijcitur, sic res procedit: legatarius petit legatum sibi ab hærede præstari. Hæres opponit eum capere non posse. Replicat ille, se capere posse, quia ex bonis suis ea peruenerunt ad testatorem; quia merces illi debetur, & mercedis gratia relictum est. Duplicat hæres, hanc allegatam causam & colorem verum non esse. Probatio ergo incumbit legatario, qui dicit; nō hæredi qui negat. l. 2. ff. de probation. At in specie hac nostra nihil tale proponi potest; quia nulla est lex, quæ prohibeat confessionem à marito fieri posse dotis receptæ, siue acceperit eam, siue non receperit. Sed lex permittit & probat eiusmodi cautiones & confessiones inter virum & vxorem, & confitenti exceptionem & querelam concedit eiusque hęredibus, non autem donationem inde præsumit.

Nisi confessio ipsi à marito facta sit animo donandi, quomodo loquitur l. 2. C. de dote cauta non num. tunc enim locū habent ea quæ de donationibus inter virum & vxorem constituta sunt, vt ibi dicitur. At nos loquimur in dubio cùm non constat animo donandi factam esse confessionem, ideo concludimus donandi animo factam non videri, sed spe futuræ numerationis.

CAPVT LXXXI.

Quid si dotis promissio præcedat, & postea sequatur confessio mariti de dote soluta an valeat, & opponi possit exceptio non numeratæ dotis?



Mperator Iustinianus in l. In cōtractib. 14. §. 1. C. de nō num. pecu. sic ait: *Illis etiā securitatibus, quæ post cōfessionem dotaliū instrumētorū de soluta dote, ex parte vel insolidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.*

Coniungendus est hic textus cum l. vlt. C. de dote cauta non nume. vbi idem Iustinianus ita scribit: *In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, &c.*

Sententia Imperatoris est, exceptioni non numeratæ doris locum non esse, si præter instrumentum dotale etiam apocha cauerit maritus se dotem accepisse.

Atque hinc nostri colligunt, confessionem dotis receptæ à marito factam, constante matrimonio, omni suspicione carere, & dotem viro numeratam pręsumi, si eam præcedat dotis promissio, & constitutio. Nihil enim ea cōfessio aliud est, quàm apocha mariti, qua se dotem in instrumento dotali promissam & constitutam accepisse fatetur, & cauet. Et hęc sñia communis est: & si ita intelligatur, omnino amplectēda, cùm aperta legis decisione nitatur. Communē esse testantur Couar. authores laudans lib. 1. variar. resol. c. 7. num. 6. Antonius Gabrielius lib. 3. commu. cōcl. tit. de iure dotium, concl. 4. Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 53.

Cōtrarium docuit apertè Socinus senior in l. 1. num. 102. ff. sol. matr. quem sequitur Loffredus consi. 22. non procul à principio. Alios citat eiusdem sentētiæ, parum tamen fideliter Antonius Gabrielius loco proximè citato. Nam Felinus, quem citat, superiori sententiæ adstipulatur. Potuisset adferre Francisc. Aretinum l. 2. §. Creditum, nu. 27. ff. si certum petatur.

Sed vt ab Aretino incipiā, is suam fundat opinionem in l. vlt. C. de dote cauta non num. cuius legis verba initio huius capitis retuli, nec video quo pacto ī eis fundamentum constitui possit, cùm nihil aliud velint, quàm exceptionē non numeratæ dotis cōpetere, cùm in dotalibus instrumētis continetur, eā fuisse datam, licet nulla datio, sed tātùm nuda promissio subsecuta sit. Nō loquitur ibi Iustinianus de confessione mariti post dotale instrumētū, quo dos promissa fuit, facta, de quo nostra di-

A sputatio est; sed de cōfessione, quæ in ipso dotali instrumento continetur; cùm scilicet maritus dotem se accepisse cōfitetur, dein de promissio dotis subsequitur, iuxta ea quæ disserui suprà cap. 74.

Nititur præterea Nouella 100. tit. de tempore non solutæ pecuniæ super dote, dum decēniū requirit, vt confessio dotis receptæ marito & eius hæredibus præiudicet, quasi tunc is velit dotem vxori reddi, siue eam acceperit, siue non acceperit.

Sed illa Nouella non excluditur nec abrogatur tex. in d. l. In contractib. §. 1. C. de non num. pecun. Sit ergo decennale tēpus vnū ex remedijs excludendi maritum eiusq; hæredes ab exceptione & querela nō numeratæ dotis. Alterū nobis remediū Iustinianus suppeditat in d. l. In contractib. §. 1. nec vnum remedium alteri est impedimento, imò simul optimè cohęrent, neque colliduntur.

B Sed Socinum aggrediamur: *Rationes*, inquit, *per quas sola confessio præsumitur suspecta, militant etiam præcedente promissione, maximè quia facilius quis se obligat & remittit, quàm actualiter donat.*

Secundò quia ad l. In cōtractibus, tollit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ est temporalis, non autem tollit exceptionem simulationis, quæ est perpetua, quæ competit contra talem confessionem.

Tertiò, quia cōfessio de recepto probat numerationē tēpore cōfessionis, Ergo præsumitur tunc pecunia numerata ab vxore, & p cōsequēs numerata de pecunia viri. Hęc Soci.

Respondeo, nullam esse rationem idoneam, qua probetur eiusmodi cōfessiones suspectas videri posse, sicut latè in præcedenti capite disputaui. Sed vt maximè aliqua esset ratio, negatur tamen eam habere locum in casu de quo agitur. Etenim Imperator præsumit dotē verè numeratā fuisse marito sic confitenti, & cauenti post dotale instrumentū, quo dos promissa & cōstituta fuit;

C q̄ causa est, vt nō concedat eidem marito exceptionem nō numeratæ pecuniæ, q̄ proculdubio concederet, si suspicaretur dotem verè non fuisse numeratam, sicut aliàs concedit in l. 3. C. de dote cauta non num. Vbi ergo nulla est suspicio quin dos verè numerata sit, quomodo suspicio esse simulationis poterit? Nunquid Iustinianus fauet simulatis cautionibus, & tacitis inter virum & vxorem donationibus, quas prohibuit, & interdixit? Certè nō, & tñ id necessariò dicendum fuerit, si tales confessiones simulatas esse, & suspectas dixerimus. Hęc responsio valet ad primum & secundum argumentum.

Tertium autem argumentum nullius planè momēti est, quia negatur illa collectio, dotē numeratā p̄sumi de pecunia viri. Siquidē certū esset, confessionē simulatam esse, & animo donandi hęc à viro fieri liquidò cōstaret, valeret ea collectio. Sed hoc est absurdū, & petitionē cōtinet principij, quia supponit id, de quo est cōtrouersia,

D

CAPVT LXXXII.

Quid si post confessionem dotis receptæ à marito factam, lapsa sint tempora opponendi exceptionem, vel querelam proponendi de dote non numerata?



Vm tempus lapsum est proponēdi querelā, vel exceptionem non numeratæ dotis, tūc ex cōfessione dotis receptæ à marito, magis argui donādi animum, & idcirco eam confessionem præsumi simulatā ac in fraudem legis donationes inter virum & vxorem prohibentis factam, respondent Baldus in l. Vn. C. de priuileg. dotis, Imola in l. Si constante, nu. 47. ff. sol. matrim. Paulus Castrensis in consi. 383, nu. 2. lib. 2. Aretinus in §. Fuerat, nu. 14. Instit. de actio. Socinus senior in l. 1. nu. 102. vers. Secundo limita, ff. sol. matr.

Fundamentum est, quia eiusmodi confessio est facta inter personas suspectas, & suspicio augetur magis ex lapsu

dicti

dicti temporis. Videtur enim voluisse maritus ei dotem reddi suæ coniugi, licet eam non receperit, vt dicit Imperator in Nouella 100. siue in Authē. de tempore, non solutæ pecuniæ super dote. verf. *Vbi enim*. Quare nihil obstat huic exceptioni simulationis, quę perpetua est, lapsus temporis prædicti ad querelam, & exceptionem non numeratæ dotis constituti.

Sed istis ego non consentio. Vera enim & solida doctrina hæc mihi videtur; cùm lapsum est tempus constitutum ad proponēdam querelam & exceptionem dotis non numeratæ, non posse amplius proponi, & idcirco eam confessionem marito, eiusque hæredibus nocere. Ita expressè docet Imperator in d. Nouella dum ait, si non fuerit exceptio, & quetela proposita tempore cōstituto, *palam est voluisse* (maritum scilicet) *vel si non accepit dotem omnino eum aut suos reddere heredes*.

Vides non hoc velle Iustinianum, vt illa confessio simulata esse, & in fraudem legis præsumatur, quia tunc nō valeret, nec maritum obligaret, (licet eius morte donatio cōfirmaretur) sed hoc velle, vt dos reddatur mulieri, siue soluta sit, siue non sit soluta. Ita ergo rectè docuerūt Couarru. libro variarū resolut. cap. 7. nu. 5. in fi. verf. Quod si velimus, & Menochius de Præsumptione; lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 75.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ non est firmum, quia negamus eiusmodi confessiones præsumi simulatas, & in fraudem legum factas, vt supra cap. 8. disputatū est. Sublato enim hoc axiomate, corruit id quod ex eo sequitur, exceptionem nimirum simulationis post lapsum tempus competere. Nulla enim simulatio adest, nec præsumenda est; ideo frustrà obijcitur, eam esse perpetuam exceptionem.

CAPVT LXXXIII.

Si ignobilis vir, vel senex duxerit vxorem nobilem vel diuitem, & se dotem accepisse confessus fuerit, quid de eiusmodi confessione statuendum?



AVthores qui de hac re disputāt, interpretes nostri sunt, veteres ac recētiores ad l. 1. ff. solut. matr. ad l. Diuortio. ff. de verb. obl. & alibi, nouissimè Menochius de Præsumptione, lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 4. cū sequentib. Ioānes Vaudus variarū quęstio. li. 2. c. 37. isti alios plurimos citant, quos huc adferre non est operæprecium.

Ne obscuritas & cōfusio oriatur, distinguo tempora. Primum est ante contractum matrimonium, cùm scilicet vir ignobilis, vel senex ducturus nobilē ac iuuenem ante matrimonium contractum, confitetur se dotem accepisse. Secundum tempus est, post contractum matrimonium: Cùm scilicet matrimonio iam contracto eiusmodi confessio facta est.

Circa primum tempus hæc est communior sententia, si constet confessionem fuisse factam animo donandi, valere, & efficacem esse.

Fundamentum est, quia videtur facta eiusmodi donatio remunerationis seu recompēsationis gratia, quia vir & vxor non sunt paris cōditionis. Nobilis enim mulier suæ nobilitatis iacturam facit, & iuuenis seni nubendo non paruam suscipit crucem.

Donatio autē valet inter virū & vxorē remunerationis gra. l. Qd autē. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Non assentior huic sententię ob eadem argumenta, quibus alij ante me vsi sunt, & quæ nunc ego defendam, nimirum ex l. 3 §. Videamus, & l. Et ideo. §. vlt. ff. de dona. inter virum & vxorē. Vlpianus: *Videamus inter quos sunt prohibitæ donationes. Et quidem, si matrimonium moribus legibusq; nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interueniat, ne sit omnino matrimonium, valebit donatio. Ergo si senatoris filia libertino*

A *contra Senatusconsultum nupserit, & c. valebit donatio, quia nuptiæ non sunt*. Sed moribus nostris valet matrimonium inter nobilem mulierem, & ignobilem virum, inter iuuenculam, & senem. Ergo donatio non valet.

Respondent contrariæ sententiæ authores, textus istos loqui cùm donatio fit post contractum matrimonium, quæstionem autem proponi de donatione facta ante contractum matrimonium. Rationem hanc diuersitatis adferunt, quia post contractum matrimonium huiusmodi donatio voluntaria est, neque enim cogebatur vir, vt mulierem ad matrimonium contrahendum induceret, aliquid ei donare, quoniam iam matrimonium erat contractum. Cùm autem aliquid donatur ante contractum matrimonium, tunc necessaria videtur ea donatio, vt mulier ad matrimonium contrahendum alliciatur.

Non est bona responsio, quia confessio viri facta animo donandi, etiam ante matrimonium contractum non valet, scilicet, si facta sit in eum finem, vt matrimonium

B contrahatur. Impp. Seuerus & Antoninus: *Mulier interest, si ea quæ donat vir futurus, tradiderit vxori, & postea in dotem acceperit, an verò donandi animo, dotem auxerit, vt videatur accepisse, quod non accepit, priore enim casu donatio non impeditur, & c. Posteriore autem casu nihil actum est donatione, & quod in dotem datum non est, repeti non potest*. l. 1. de donat. ante nup.

Docent in ea lege Impp. modum & rationē, qua vxorem ducturus ante contractum matrimonium donare possit vxori futuræ, nimirū, vt res vxori tradat, quas donare vult, deinde eas in dotem accipiat. Et ita in specie facti nobis proposita valere poterit donatio ante matrimonium contractum, si ducturus vxorem res tradiderit, postea in dotem acceperit.

Nec valet illa responsio, hanc legem locum nō habere inter virum & mulierē disparis cōditionis, quia hæc exceptio probanda est. Lex enim generalis est, & clara, nullam distinctionem adhibens.

C Quod verò attinet ad rationem diuersitatis inter hęc duo tempora, ante scilicet cōtractum matrimonium, & post cōtractum matrimonium, illa quidem satis idonea & probabilis est, quantum ad hunc effectum, vt valeat donatio ante matrimonium contractum, si non solùm fiat, vt mulier inducatur ad illud contrahendum, sed et seruet forma legis, siue ratio illa & modus, qui iure permissus est, nimirum, vt vir tradat pecuniam, vel alia res futuræ vxori, deinde eas in dotem accipiat: sicut docent Impp. in d. l. 1. C. de donatio. ante nup. Verùm si donandi animo, vt in hac facti specie nostra confessus fuerit se accepisse, quæ non accepit, *nihil actum est donatione, vt* in eadem lege dicitur.

Non obstat argumentum communis opinionis, nimirum donationem inter virum & vxorem remunerationis gratia factam valere: quia in primis respōdeo, in terminis nostris, cùm vir ignobilis ducit vxorem nobilem,

D eamque ob causam remunerationis gratia donari dicitur, cōtrarium docuisse Vlpianum in d. l. 3. §. Videamus. ff. de dona. inter virum & vxor. si enim hoc in casu valeret donatio quasi remunerādi gratia facta, deberet apud Vlpianum valere donatio filiæ senatoris collata à libertino, licet matrimonium valeret: quod tamen Vlpiani sententiæ aduersatur, dicentis, donationem valere, *quia nuptiæ non sunt*.

Deinde respōdeo, textum qui adfertur in l. Quod autem. §. Si vir & vxor. longè dissimilem facti speciem cōtinere. Sic ait Vlpianus ibi. *Si vir & vxor quinta inuicem sibi donauerint, & maritus seruauerit, vxor consumpserit, rectè placuit compensationem fieri donationum*.

Nihil ad rem facit: loquitur enim de reciproca donatione, non de ea quæ fit remunerandi gratia, vt in specie nostra, qua de re etiam disserui lib. 3. Controuers. cap. 80.

Secundò, circa idem tempus matrimonij nondū contracti, alia à plerisque recepta est sentētia, multis tamen repu-

repugnantibus, Cõfeſſionem dotis receptæ à viro igno- A
bili vel ſene factam, quia poſtea fœminam nobilem, vel iuuenem vxorem duxit, in dubio videri factam animo donandi, & ideo non competere exceptionem, vel querelam dotis non numeratæ.

Fundamentum eſt, quia ſubeſt cauſa donandi pro remuneratione nobilitatis & iuuentutis. Argumento l. Si verò non remunerandi. §. Idem Papinianus. ff. Mandati.

Sed nihil textus ille ad rem facit, quia donatio patroni præceſſerat, vnde ex liberti conſenſu meritò præſumitur donatio, vt patet ex illis verbis: *Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe*. Quia ſcilicet vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, vt paulò ante dixerat ibi Iuriſconſultus. Hic verò nihil mulier donauit viro ſuo, nec vllum alium actum exercuit ex quo donatio argueretur. Quod enim mulier nobilis & iuuenis ſeni & ignobili nupſerit, illud donationem in ſe continet nullam. B
Tanti feciſſe illum videtur, vel propter diuitias, vel probitatem, vel alias ob cauſas, vt dignum ſuo coniugio exiſtimauerit.

Quare contrariam ſententiam amplector vti probabiliorem, eiuſmodi confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco intra tempus à lege conſtitutum, competere marito & eius hæredib. exceptionem, & querelam dotis non numeratæ.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. C. de dote cauta non num. & ex Nouella 100. quibus in locis apertè id eſt conſtitutum, vt in dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumẽtis adſcribi moris eſt, licet nulla datio ſecuta ſit, competat exceptio non numeratæ dotis.

Non diſtinguit lex vtrum maritus ignobilis, vel ſenex duxerit nobilem mulierem, vel iuuenem, an matrimonium inter pares contractum fuerit necne. Non adiecit hanc exceptionem, ſed generaliter locuta eſt. Cur igitur C
ſine lege, ſine iuris manifeſta, aut probabili ratione, audeamus exceptionem nos effingere, & in ea ſubuertere, tam claram legis definitionem, quæ dotis non numeratæ exceptionem tribuit? Hæc de tempore nondum contracti matrimonij.

Quod ſi matrimonium iam contractum ſit, & eo conſtante proponatur eiuſmodi confeſſio mariti, cum ſuprà dictis circumſtantijs, ſunt qui putent in dubio, eam videri factam animo donandi, quaſi remunerationis gratia facta ſit, & ideo legibus non improbetur ex d. l. Quod autem. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Sed ego contra ſentio vnà cum multis alijs, confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco competere exceptionem dotis non numeratæ.

Adſtipulatur ſententiæ noſtræ l. vlt. C. de dote cauta, non numer. quæ vt antea dixi generalis eſt, & hunc noſtrum caſum non excipit.

Contrariæ verò ſententiæ aduerſatur l. 3. §. Videamus. D
ff. de donatio. inter vir. & vxor. ſicut ſuprà in prima concluſione huius capitis diſſerui.

Nec ſuffragatur l. Quod autem. §. Si vir. ff. eo. tit. quia loquitur de mutua ſeu reciproca donatione inter virum & vxorem, in quibus terminis noſtra non verſatur diſputatio. quia mulier nil donauit viro ſuo, ſed tanti eius matrimonium fecit, vt nec iuuentutis, neque nobilitatis rationem habuerit.

Erit igitur (neque enim vtilia repetere piget) cùm donare maritus vxori ſuæ voluerit, animo eam remunerandi & compenſandi nobilitatem ac iuuentutem, ſeruandus modus, quem ponunt Impp. Seuerus & Antoninus in l. 1. C. de donat. ante nupt. nimirum, vt quod donare voluerit, ei tradat, poſtea in dotem accipiat: nam ſi donandi animo fateatur ſe accepiſſe, quod non accepit, nihil agit, vt ibi dicitur.

CAPVT LXXXIV.

Quid ſit ſtatuendum de confeſſione dotis receptæ, facta conſtante matrimonio, adiecta renunciatione exceptionis, non numeratæ dotis?

Ommunis eſt Doctorum ſententia, confeſſionem dotis receptæ à marito factam conſtante matrimonio, cum renũciatione exceptionis non numeratæ dotis, animo donandi factam videri. Vide Socinum ſeniorem in l. 1. num. 100. ff. ſol. matrim. Alexandrum conſil. 142. num. 2. lib. 5. Menochium de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 12. num. 51.

Fundamentum eſt, quia apparet ex ea renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, ipſum maritum confitentem voluiſſe mulieri dotem reddi, licet eam nõ acceperit. Auſert enim renunciatio illam exceptionem, quæ aliàs competeret. Cùm itaque ſuſpecta ſit alioqui confeſſio iſta, quaſi videatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, augetur eiuſmodi ſuſpicio ex adiecta renunciatione, quia illa indicat, confeſſionem factam non fuiſſe, ſpe futuræ numerationis, conſequenter animo donandi factam cenſeri.

Sed hoc primùm negatur, cõfeſſionẽ aliàs ſuſpectã eſſe, & in fraudem legis factam videri. Contrarium enim verius eſſe conſtat ex his, quæ ſuperiùs dicta ſunt c. 80.

Deinde negatur, vllã ſuſpicionẽ ex hac renunciatione oriri, niſi hæc facti ſpecies proponatur, nimirum certò conſtare, dotem numeratam non fuiſſe: tunc enim proculdubio videretur animo donandi confeſſio emanaſſe.

Sin autem res in obſcuro ſit, non video, quomodo ſuſpecta ſit hæc renunciatio, & nõ potius arguat maritum verè dotem accepiſſe. Nam cùm nemo præſumatur iactare ſuum. l. Cùm de indebito. ff de probat. admodum probabile eſt, maritum ideo renunciaſſe exceptioni dotis non numeratæ, quia reuera dotem acceperit.

Igitur aſſentior Couarruuiæ diſcedẽti à communi ſententia hoc in caſu, lib. 1. variarum. c. 7. nu. 4. verſ. Quamobrem ego opinor. & nu. 5. in principio. & rectius Bartolum docuiſſe non dubito in l. Aſſiduis. nu. 11. C. qui potio. in pig. hab. hoc operari dictam renunciationem, vt exceptio dotis non numeratæ obijci non poſſit. Rectè, quia quilibet poteſt renũciare iuri ſuo. l. pen. C. de pact.

Non rectè autem Socinus ſenior loco ſuperiùs annotato, Bartoli ſententiam accipiendam eſſe, de renunciatione, & confeſſione ante matrimonium contractum emiſſa, quia Bartolus non ita loquitur, & eius ratio vtroque in caſu locum habet.

CAPVT LXXXV.

Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotem recepiſſe ab alio quàm à muliere, an præſumatur verè numerata, an verò competat exceptio dotis non numeratæ?

On competere exceptionẽ dotis nõ numeratæ marito cõfitẽti, ſe dotẽ accepiſſe ab alio quàm ab vxore ſua, authores ſunt, Bald. in l. vn. nu. 4. C. de priu. dotis, Iaſon in §. Fuerat. nu. 89. inſt. de act. Ioan. Lupus ad rub. de donat. inter virum & vxo. §. 30. nu. 12. verſ. *Et quod plus eſt*. Marſilius ſingulari 345.

Allegantur præterea Salicetus in Authent. Sed iam neceſſe. C. de donatio. ante nupt. Socinus ſenior conſil. 82. col. 1. verſ. Tertia ratio, lib. 3. Decius conſ. 536. nu. 9. verſ. Ad hoc reſpondetur, & Rolandus à Valle in conſil. 93. nu. 29. lib. 1. qui ſanè diligenter inſpecti hoc non dicunt, ſicut lector videre poterit.

Sed etſi mille alij Doctores hoc dicerent, non verã & manifeſtè repugnantẽ Iuſtiniano doctrinam traderent.

Statuit

Statuit enim Imperator Nouella 100. seu in Authent. de tempore non solutæ pecuniæ super dote; exceptionem dotis non numeratæ marito competere, siue dotem accepisse se ab vxore cauerit, siue à patre, siue ab alio quopiam. Verba eius hæc sunt: *In nullo discernentibus nobis, siue mulier tanquam dotem offerens conscribat, siue pater, siue alius quispiam pro eo tempore in omni casu, sicut suprà prædiximus extendente suos effectus, & dante vel perimente querelam.*

Quare à supradictorum sententia meritò discesserunt doctissimi viri, quos nos sequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, siue à muliere, siue ab alio dotem maritus se accepisse confessus fuerit. Baldus Nouell. ad l. 1. num. 207. vers. Tertiò limito. ff. sol. matrim. & de dote, parte 10. num. 14 Didacus Couarru. lib. 1. variarum resolut. cap. 7. num. 6. vers. Est & alia in hac re. Menochius de Præsumption. lib. 3. præsumpt. 12. num. 79.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm ab alio quàm à muliere vir fatetur se dotem accepisse, nulla est suspicio tacitæ donationis, ac proinde dos verè numerata præsumitur.

Respondeo, nullam quidem donationis suspicionem esse, sed non idcirco denegandam fore non numeratæ dotis exceptionem, quam Imperator Iustinianus in sua Nouella tam disertè concessit, quia confessio videri potest facta spe futuræ numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT LXXXVI.

Confessio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus post elapsum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?

NOn parui momenti controuersia hæc est: ideo accuratè tractanda. Quatuor præcipuę sunt Doctorum sententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cæteris probabiliorem esse iudico.

Prima est sententia eorum qui simpliciter dixerunt, nulla distinctione adhibita inter confessionem factam ante vel post matrimonium, eiusmodi confessionem dotis receptæ præiudicare creditoribus mariti, post elapsum tempus iure constitutum ad opponendam non numeratæ dotis exceptionem. Ita Bart. in l. Assiduis, nu. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in cons. 20. num. 14. & 74. nu. 10. lib. 4. And. Geyll. lib. 20. obser. 81. nu. 10.

Fundamentum est primò in l. Duobus. §. 1. ff. de iureiur. vbi probatur fideiussorem agere posse contra principalem debitorem, ob solutam creditori pecuniam, si probauerit solutionem ex creditoris confessione, elapso scilicet triginta dierum spatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractib. C. de non num. pec. *Secundò*, in l. Pecuniæ. C. de solu. vbi pecuniæ solutę professio rei gestæ probationem continet, & idem probatur in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus. de verb. obl. post elapsum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexander post alios quos citat in l. 1. §. Si quis ita, nu. 34. ff. eod. tit.

Sed hoc fundamentum non est satis firmum, quia responderi potest, quod attinet ad primũ, hęc esse dissimilia, tum quia debitor principalis, cui confessio creditoria præiudicat, nõ est tertius quidã, de cuius præiudicio agatur, veluti sunt in hac qõne nostra creditores alij, quib. mariti confessio præiudicare debet: tũ quia nõ est manifesta, cur debitori præiudicet confessio creditoris, quod receperit sibi debitam quantitatẽ à fideiussore, nimirũ illa, quia per illam confessionem cõmodum sentit; ex ea enim probare potest creditori iam pecuniã esse solutã, qua solutione ipse proculdubio liberatus iam est, quare meritò à fideiussore conueniri potest actione mandati.

Alterum verò argumentũ nihil aliud probat, quàm ex

A confessione probari solutionem & numerationẽ: sed responderi potest, id locum habere quoad confitentẽ, non autem in alterius præiudicium. Confessio enim præiudicat confitenti, nõ alijs; arg. l. Si quis post hac. C. de bonis damnator. ibi. *Dos etiam, non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.* Quibus verbis apparet mariti confessionem dotis receptæ non præiudicare fisco, sed probandam esse veram numerationem.

Hæc igitur sñia, q̃ mihi cæteris probabilior videtur, probatur hoc argumento: quia post lapsum tẽpus à lege constitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem istam & querelam, opponi nõ potest nec à marito, nec ab eius hæredib. vt in l. vlt. C. de dote cau. non num. & in Nouella 100. siue in Auth. de tempo. non solutæ pecuniæ super dote. Certum est quoque, iuriq; & rationi cõsentaneũ, nõ posse dictam querelam proponi ab alijs, puta creditorib. vel tertijs possessoribus, quorũ in-

B terest, quia tempus est à lege cõstitutum ad eã opponendam, sine vllius personæ exceptione: nec iustum est, vt plus iuris cõcedatur extraneis quàm ipsi marito & eius hæredibus, quorũ principaliter interest. Itaq; tempore elapso excluduntur omnes, quorũ interest, ab eiusmodi querela & exceptione proponenda dotis nõ numeratæ.

Hoc ita posito res sic se habet. Creditores obijciunt, dotem numeratã non fuisse, consequenter dotẽ non esse dicendam, quia dotem numeratio nõ scriptura facit. l. 1. C. de dote cau. non num. Respondebit mulier, tempus elapsum esse quo ista exceptio non numeratę dotis proponi potest, ac proinde sibi actionem competere aduersus maritum & eius hæredes, cum priuilegijs dotib. concessis. Quod si ea res vergat in præiudicium creditorũ, istud in consequentiam fieri, & vt dici solet, per accidẽs, non principaliter. Posito enim hoc iure mulieris aduer-

C sus maritum, & eius hæredes pro dote recuperanda, cætera quæ sequũtur iura prælationis, ex legibus & constitutionib. prouenire, quas creditores euertere nõ possint. Sed iam reliquas Doctorum sententias expendamus.

Secunda est sñia Francisci Aretini in cons. 86. num. 4. vers. Aut maritus confitetur. Is iam proximè relatã sententiã amplectitur, sed cum hac exceptione, nisi maritus qui cõstante matrimonio confessus est se dotem accepisse, simul renunciaret exceptioni nõ numeratę dotis, quia ex hoc præsumptio & coniectura oritur eam confessionem factam esse animo donandi, atque adeò in fraudem legum & non valere, præsertim in præiudicium aliorũ.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & eo nititur argumento quod suprà confutatum est à nobis cap. 84. *nimirum* ex renunciatione exceptionis nõ numeratæ *do*tis argui simulationem, & donationem præsumi.

Tertia est sententia, sic distinguens: aut Confessio facta est constante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore casũ non præiudicat creditoribus,

D etiam post lapsum tempus opponendi exceptionem nõ numeratæ dotis, quia præsumitur facta animo donãdi, atque adeò simulata, & in fraudem legis. Posteriori autem casu, quia suspicio ista locum habet, præiudicat creditoribus: ita post alios multos Didacus Couar. variar. resolut. lib. 1. cap. 7. post num. 6. vers. Quamobrem breui quadam vtar distinctione, & post eum Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 13. nu. 14.

Sed quod attinet ad posterius membrum, illud conuenit cum priori sententia quam secuti sumus. Prius autem membrum fragili nititur argumento, q̃m nec iure probatur, nec ratione defendi potest ea opinio, qua dicitur, confessionem dotis receptæ à marito factam constante matrimonio, præsumi factam animo donandi. Hæc sententia à nobis superiùs est confutata cap. 80.

Quarta est sententia, eiusmodi confessionem dotis receptæ non præiudicare creditoribus mariti, etiã si lapsa sint tempora opponendi exceptionẽ non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, nu. 11.

ff. de

ff.de verb.oblig. Iaſ.in §.Fuerat.nu.75. de act.Feli.in c. Si cautio,nũ.84.de fide instru. Ludou. Romanus ad l.1. nu.22.ff.sol.matr. & ibid.Socinus, num.90. Alios citant Couar.& Menochius locis proximè citatis. A

Argumenta sunt iſta. Primum ex Authent. Sed iam necesse.C.de donat.ante nupt.in illis verbis: *At si debitor sit, ne fraudis erga creditores suspicio subesse possit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim mulier immobilis substantia dom na res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo vtetur aduersus alios creditores priuilegio.*

Secũdum ex l.Si quis post hac, C.de bonis damna. in illis verbis, quibus dicitur probandam esse dotis numerationem, si cum fisco agatur.ibi. *Dos etiam non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.*

B Tertium est ex l.pen.C.de non num.pecun.quatenus ibi dicitur creditoribus & alijs, quorum interest licere exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debitore principali *supersedente*, ea vti nec ideo prohiberi, *quod principalis debitor ea nunquam vsus fuerit.*

Sed iſta nihil mouent. Quod attinet ad primum, sensus Nouellæ est, marito ære alieno obstricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudis suspicio sit, si fortè augere eã velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt scilicet creditoribus præferatur, quia si liceret hoc facere, in promptu esset ratio fraudis committendæ aduersus creditores, non solùm si maritus confiteretur accepisse quod non accepisset, sed etiam simulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ, quod facilè committi posse non ignorãt ij, qui versantur in foro, quæ suspicio non habet locum in rebus immobilibus.

C De hac facti specie nos non loquimur, id est, de dotis augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio constante, eo tempore quo talis fraudis suspicio esse potest, Sed de ipsa dote à principio cauta, quã maritus est confessus se accepisse, & quam numeratam non fuisse intra tempora legibus constituta, licebat marito excipere & cõqueri, necnon etiam creditoribus, quorum intererat, si vllam fraudis suspicionem timebant.

Ad secũdum respondeo, illam legem accipiendã esse cum iſta exceptione, nisi dotis receptæ cõfessio munita sit tempore legibus constituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim sicut mulieri actio competit aduersus maritum, ita & aduersus fiscum, qui in locum eius successit; quæ communis est expositio, vt post Bart. in d.l. Post hac nouissimè, docet Peregrinus de iuribus & priuilegijs fisci, lib.5.tit.1.nu.82.

D Ad tertium respõdeo, illam legem accipiẽdam esse, sicut vltima verba indicant, si exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur, *intra statuta scilicet tẽpora*: licet.n. illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiussorem eius, tamen indicant, etiam ab ipsis Creditoribus proponẽdam esse exceptionem intra legitima tempora: Nam hoc dicit lex, nõ nocere principali debitori & fideiussori eius, qđ creditores victi fuerint, sed posse illos postea, si conueniantur, intra statuta scilicet tempora, ea se exceptione tueri. Consequẽter lex præsupponit, creditores exceptionem opposuisse intra legitima tempora, sed victos fuisse.

Et certè, vt suprà dixi, id à iure longè alienum esset, magnaque hic oriretur iuris perturbatio, si liceret alijs quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ post legitima tempora opponere: quoniam, vt suprà ĩdicaui, maiori fauore dignus est principalis debitor, & eius magis interest, imò eius gratia introductum est auxilium illud exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quamobrẽ si ille excluditur, iustum est & cæteros, quorum in consequentiam interesse potest, excludi.

CAPVT LXXXVII.

Si præcedat dotis promissio, deinde confessio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non possint exceptionem opponere dotis non numeratæ?



Res sunt Doctorũ sniæ hac de re. Vna, eiusmodi cõfessionẽ creditoribus quoq; nocere. Altera nõ nocere, qui possint opponere exceptionẽ nõ numeratæ dotis. Tertia, distinguendũ esse circa tẽpus, quo confessio facta est. Nã si eo tẽpore sit facta, quo maritus ære alieno maximè obstrictus est, præsumitur esse facta in fraudem creditorũ, & ideo creditoribus nõ obest; secus si eo tempore, quo facta est, nõ apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Castrens.in l.1.ff.sol.matr. & ibidem Socinum seniorem, nu.95.& Baldum Nouellum, num.213. & eundem in tract.de dote, par.10.num.18. Antonium Gabrielium comm.concl.lib.3.tit.de iure dotium, conclus.4.Menoch.de Præsumpt.lib.3.Præsumpt.13.nu.25. B

Prioris sniæ fundm̃ est, qm̃ certũ est exceptionẽ non numeratæ dotis nõ cõpetere marito, qñ post dotale instrũm securitas exposita est de dote soluta, vt docet tex.in l.In cõtractibus.§.Sed qm̃; vers. *Illis etiam securitatibus.* C.de non num.pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia non videtur esse bona cõsequentia, Confessio mariti nocet marito hoc in casu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l.In contractibus.§.Sed quoniam, non loquitur de creditoribus; sed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentum est, quia vbi æs alienum apparet, suspicio est fraudis, ne videlicet facta fuerit confessio in fraudem creditorum, iuxta Authent. Sed iam necesse.C.de donat.ante nupt. quæ suspicio cessat, cessante ære alieno mariti. C

Ego priorem sententiam amplector. Cùm enim præcessit instrumentum dotale, deinde sequitur eiusmodi cõfessio mariti, dos præsumitur verè numerata, ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratæ dotis, vt in d.§.Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditorib. quia maritus est principalis debitor dotis, & eius principaliter interest dotem numeratam esse; quare non debet esse deterioris cõditionis quàm creditores, sed potius quodammodo melioris, aut saltem æqualis. Ergo nihil obstat argumentum contrariæ opinionis. Licet enim l.In contractibus.§.Sed quoniam. non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione, qua & maritus ipse excluditur, cui illa magis principaliter competit.

Argm̃ autem quo nititur distinctio in primo membro ex Authen.sed iam necesse, non frangit nostram sententiam, quia loquitur d.Authent.de augmẽto dotis, quod certè in fraudem creditorum fieri, ære alieno apparẽte, si consistat in rebus mobilibus, manifesta est & euidens suspicio: aliud est de dote dicendum à principio cõstituta in instrumento dotali, deinde marito chirographum exponẽte, vel aliã cautionẽ de ea soluta. Præsumitur.n. verè soluta, nec tanta viget fraudis suspicio, cùm illa, si quæ oritur, contraria præsumptione tollatur, quæ ex dotali instrumento præcedente proficiscitur. D

CAPVT LXXXVIII.

Ad l.Quoties.C.de donat.quæ sub modo.



Iocletianus: Quoties donatio ita conficitur, vt post tempus id quod datum est alij restituatur, veteris iuris authoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis au-

thor

thor fuit, vel haeredibus eius condictitiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione Diui Principes ei, qui stipulatus non sit, vtilē actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio qua soror tua, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. l. 3. C. de dona. quae sub modo, &c.

Sed quaeritur, vtilis actio cuius meminit textus ei cõpetens, cui donator post mortem eius, cui donauit rem restitui voluit, sitne in rem vel in personam. Et in rem esse respondit Speculator in tit. de Empyteu. quaest. 70. & post eum Decius in consi. 239. & in l. de Traditionib. nu. 14. C. de Pactis.

Sed in personam esse respondit Alciatus in consi. 99. no. 12. & Didacus Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 14. n. 3. quibus & ipse assentior.

Priori sententiae adstipulari videtur l. 1. C. de dona. quę sub modo, vbi dicit, donatori competere *vtilem rei vendicationem*, qua dominium pristinũ restituatur, si is cui donatum est legi donationis non obtemperauerit. Haec eadem actio illi etiam competit, cui donator restitui voluit rem donatam, vt patet ex d. l. Quoties 3.

B Secundo, adstipulatur l. 1. C. de dona. cau. mortis, vbi: *Si donatione contineatur, vt altero defuncto ad alterum proprietas eorum quae donabantur pertineret, existente conditione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicõmissi actio cõpetit.* Actio autem fideicommissi est in rem l. 1. C. comm. de lega.

Posteriori autem sententiae suffragatur iuris definitio, qua dominia rerum nõ pactis & stipulationibus, sed traditionibus acquiri palam est. l. Traditionibus. C. de Pactis. Ergo nulla traditione interueniente, in rem actio ei nõ competit, cui rem donator restitui voluit, quia dominium non habet, quod in rem actio requirit. §. Omnium. instit. de actio.

Huc accedit quod tex. in d. l. Quoties, condictionem (quae actio personalis est. §. Appellamus. insti. de actio.) C tribuit donatori, non autem in rem actionem.

Nec obstat l. 1. C. eod. tit. quia illa lex loquitur cùm donator adiecit eam conditionem, vt alimẽta alicui praestarentur, ac proinde quod alimentorum fauore constitutum est, temerè producendum non est ad alios dissimiles casus.

Ad l. 1. C. de dona. cau. mortis respondeo, esse animaduertendum illam legem locum habere, cùm mortis causa donatio fit; & donator hanc legem donationi addit, vt post mortem eius, cui donatur, alteri res restituatur. Tunc is fideicommissi actionem habet. Fideicommissum enim relinqui potest ab intestato nuda voluntate, quocunque modo. l. Et in Epistola. C. de fideicommis. et à donatarijs causa mortis. l. Ab eo. C. eod. l. Cũ pater. §. 1. de leg. 2. A donatarijs autem inter viuos relinqui non potest, vt probat l. Cùm quis. §. Patet, de leg. 3. quatenus tex. ait ex stipulatu actionem competere in primo casu, quo donationi inter viuos adiecta erat conditio, vt alijs res restitueretur donatae, vt explicat Cuiacius lib. 20. obser. cap. 6. quare in d. l. 1. C. de dona. cau. mor. addita sunt illa verba: *Si mortis causa donatio perficiebatur.* Nõ idem respondisset in donatione inter viuos, de qua nostra disputatio est, quia fideicommissum ordinari nõ potest à donatario inter viuos: obligari potest eiusmodi donatarius pacto vel stipulatione, ad restituendum alteri post mortem suam, vel post certum tempus, & in eum vtilis actio in personam dabitur, non in r. m.

A

CAPVT LXXXIX.

Possitne donator pactum vel modum donationi adiectum in fauorem alterius, ad libitum reuocare, etiam eo inuito?



Existimauit Bartolus in l. Qui Romae. §. Flauius, de verb. oblig. donatori licere, re integra, pactum adiectum donationi in vtilitatem alterius, eo etiã inuito reuocare, quem secuti sunt in commentarijs eiusdem legis, Imola, Cumanus, Alexander, Aretinus, Iason, Socinus, & Duarenus.

Sed contrariũ docuerunt Paulus Castrensis ibidem, Io. Lupus in rub. de don. inter vir. & vxor. §. 54. Gulielmus de Benedictis in c. Raynutius in verbo, si absque liberis, in 2. de fideicommiss. substit. nu. 23.

B Argumenta videamus. Primum prioris sententiae argumentum est ex d. c. §. Flauius, in illis verbis: *Item quaero, si Flauii Hermetis haeres cum Claudii haerede ex causa suprascripta agere nolit, an nihilominus Sticho libertas ex conuentione, quae sunt inter Hermetem & Claudium (vt stipulatione suprascripta ostenditur) ab haerede Claudii praestari debeat? Respondit, debere.*

Sumitur argumentum hoc modo, si inuito haerede libertas competit, Ergo secus inuito donatore ipso, qui pactum adiecit in vtilitatem tertij.

Secundum est ex l. 3. ff. de seruis exportan. in illis verbis: Si tamen is qui vendidit, in eadẽ voluntate perseueret. Idem probat l. 3. ff. Qui sine manumissione ad libertat. peruenit. & in l. 1. C. Si mãcipiũ ita fuerit alienatum.

Tertium est ex l. Aristo. ff. de donatio. vbi probatur donationẽ quae aliud pactum continet, effici cõtractum innominatum. Ergo re integra locus est poenitentiae l. 3. §. 1. l. 5. de condi. cau. data.

Posterioris autem sententiae argumenta haec sunt. Primum ex l. Quoties. C. de dona. quae sub modo. vbi dicitur, vtilem actionem acquiri tertio, cui donator dari stipulatus est: si acquiritur actio, Ergo ei non potest auferri inuito. l. Id quod nostrum, de reg. iuris.

Secundum est ex l. 1. ff. Qui sine manumissione ad libertat. perue. in illis verbis: *Sed & si mutauerit voluntatẽ venditor, nihilominus libertas competit.*

Tertium est ex l. 37. ff. de Pactis. Proculus: *Si cùm fundum meum possideres, cõuenisset mihi tecum, vt eius possessionem Titio traderes, vendicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quàm si aut iam tradidisses, aut tua causa id inter nos conuenisset, & per te non staret, quò minus traderes.*

Si ergo tua causa id inter nos cõuenisset, nec tradidisses, non liceret mihi pactum reuocare, & fundum vendicare, quem vt Titio traderes, tecum conueneram. Pactum ergo in alterius vtilitatem reuocari non potest.

D Quartum sumitur ex l. vlt. ff. de pactis, illis verbis: *Sed verius est, semel adquisitam fideiussori exceptionem pacti, vlterius inuito extorqueri non posse.*

Nõ refero quae latè disputat in hoc proposito Didacus Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 14. quia non pertinent ad huius articuli clarã certamque definitionem, quam in praesentia quaerimus, sed ad varias factorum circumstantias, quae super his proponi possunt.

Ego igitur pro huius quaestionis decisione sic statuo, posteriorẽ hãc sniam probabiliorẽ videri. Nam si liberalitati haec adijci cõdino potest ad alterius vtilitatẽ, vt ei cõpetat vtilis actio, sicut docet l. Quoties. C. de dona. q̃ sub modo, nõ video, quo pacto donator possit auferre ius actionẽve illi, cui eã acquisiuit. Quid n. aliud egit, nisi vt & in eum liberalitatem exerceret? Quod ergo semel placuit, amplius displicere nõ debet. Quod donatũ est, non debet sine iusta causa reuocari. l. vlt. C. de reuo. dona.

Ad primum argumentum respondeo, text. in §. Flauius, ad rẽ non pertinere, quia non rectè infertur, inuito haerede

ærede donatoris libertas præstanda est, Ergo inuito donatore præstanda non est. Non hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque potest ex verbis textus colligi.

Ad secundum argumentum ex l.3. ff. de seruis extan. & alijs similibus, quibus requiritur perseuerantia voluntatis, respondeo, omissis aliorum responsionibus, ideo requiri vẽditoris perseuerantiam, quia eius interest. Nam si quis vendiderit seruum ea lege, vt post certum tempus manumittatur, sine dubio venditor in id, quod interest emptoris, tenetur, inquam, actione ex vendito, quia emptor cogitur seruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor serui ne teneatur actione ex vendito, mutare potest voluntatem, quo casu si emptor manumittat seruum, actio euanescit, vt inquit l. Quæsitum, ff. de seruis expor. Mutare, inquam, voluntatem potest, & pœnitere, vt seruus non manumittatur, ne ipse ad dandum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæstione nobis proposita hæc ratio locum non habet. Nam si donet quis Titio quantitatem vel speciem ea lege, vt post certum tempus, vel incertum alteri tradatur, seu restituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atque in alterum, cui postea restitui rem voluit, ipse nullam amplius iacturam subire potest, nullum amplius vertitur ea in re ipsius præiudicium, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem possit, cùm sibi mutatio non possit, alteri verò noceat, cui consultum voluit? Nemo potest mutare voluntatem in alterius iniuriam, l. Nemo mutare, de reg. iuris. Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adscripta erat, pœnitendo & reuocãdo pactum, quo rem donatam alteri post tempus aliquod dari conuenerat, non sibi ipsi donator commodum pararet, sed donatario: is enim rem donatam sine omni onere retineret. At in l.3. ff. de seruis expor. venditor pœnitendo sibi prospicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris interest, propterea quòd ex pacto cogatur seruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorsus ad rem facit, quia l. Aristo, ad rẽ non pertinet, vt cuilibet eam intuenti facilè est intelligere: Nec donatio contractus est, vt probatur satis luculenter in l. Interdictum, 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij causam, quàm ad negocij contracti spectat precarij conditio.* Non est hic contractus innominatus, sed pactum donationi adiectum, vt alteri detur restituaturve quod donatum est, quod actionem parit, vt in d. l. Quoties. Non ergo hæc ad extraneas res ac longè diuersas, qualis hæc nostra est, reuocanda sunt: sed in suis sunt terminis exhaudienda, ac suis regulis decidenda.

CAPVT XC.

Ad l. 1. C. de donatio. quæ sub modo, & c. Verum, de conditio. appos. de donatione in Ecclesiam collata sub modo, vel conditione.

Rectè respondisse & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cõs. 284. si Ecclesiæ res donata sit ea lege, vt donatori alimenta suppeditet, & illa non impleuerit hanc cõditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim cõstitutum est in l. 1. C. de donatio. quæ sub modo. Impp. Valerianus & Galienus: *Si doceas (vt affirmas) nepti tua ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vendicationem etiam in hoc casu vtilem, eo, quòd legi illa obtemperare noluerit impetrare potes.*

At contra Didacus Couar. post alios ab eo citatos lib. 1. varia. resol. cap. 14. num. 6. ex c. Verum, de cond.

A appo. Alexander III. *Verum cum alicui Ecclesia possessio qualibet interposita conditione donatur, à donatore postea donum reuocari non potest, nisi fortè tali sit conditione collatum quod ea cessante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc responsum, primùm, quia nõ continet quicquam aduersus legem suprà dictam. Deinde, quia potius huic sententiæ suffragatur: *Nisi fortè tali sit conditione collatum*, inquit, *quod ea cessante debeat reuocari*. Atqui talis est conditio, de qua agitur, vt reuocetur donatio, nisi alimenta pręstentur, vt statuit lex Cæsaris. Ergo donatio reuocari potest; quia lex Pontificia contrarium non decernit, quo casu ius Cæsareum obtinet, vt docet S. Pontifex in cap. 1. & 2. de ope. no. nunc.

At obijcimr prælatum non posse Ecclesiæ præiudicare. Respondeo, in istiusmodi lucris acquirendis contrariam sententiam magis obtinere, vt patet ex B Rolando à Valle in cons. 15. num. 23. cum multis sequentibus lib. 1.

CAPVT XCI.

An per stipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius absenti ante ratihabitionem.

Frustra nunc disputabitur, an Notarij in cõtractibus stipulari alteri possint, quoniam in plerisq; ditionibus vsus iam obtinuit, vt stipulari possint, & alteri ius quærant absenti & ignoranti. Illud non frustrà ad examen reuocabitur, an per stipulationem Notarij quæratur ius absenti ante ratihabitionẽ. Fuit hæc olim controuersia diu agitata, nec dum finita est, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide si plaustra cupis allegationum Anton. Gabrielium commu. C concl. tit. de ver. oblig. concl. 1. nu. 100. Cacheranum decis. Pedemontana 32. Tiraquellum de iure constituti, parte 3. limitatione 30. nu. 10. cum multis seq. Hippol. Rimınaldum consi. 343. nu. 46. lib. 3. cæteros sciẽs prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri; quantum mihi diligenter vestiganti videre licuit, consistit in ijs tribus.

Primum, in legibus quibus fit mentio serui publici stipulantis impuberibus, & alijs, l. 2. 3. 4. ff. rem pupilli saluã fore. l. 1. §. Exigere. ff. de magistratib. conuenien. l. Non enim aliter, ff. de adoptio. l. 2. C. eod. tit. §. Cùm autẽ, Insti. ead. l. Cùm cognatos. C. de captiuis & postlim. reuersis. c. Quanquam. de vsuris, lib. 6.

Secundum est, quia Notarius est publica persona. Posse autem publicam personam alteri stipulari, puta iudicem seu magistratum, colligunt multi ex l. Eum D pro quo. ff. de in ius vocan. melius probatur in d. l. 1. §. Exigere, ff. de Magistratib. conuenien.

Tertium est, quia Notarium dicunt esse seruum publicum, ac proinde per eum acquiri sicut per seruos nostros. Constat autem per seruos nostros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item nobis acquiritur, Insti. per quas personas nobis acquiritur. Ergo simili modo, & per Notarij stipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem positum esse video in l. Si hac mente 25. aliàs, si ego. ff. de nego. gest. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Potest tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere.*

Animaduerti ego seruum publicum, cuius mentio fit in supradictis legibus, non alium fuisse, quàm seruum reipublicæ, de quibus seruis reipublicę extat tit. C. de seruis reipub. manu. quod & Tiraquellus obseruauit adductis compluribus testimonijs loco superiùs annotato, nu. 33. & de nobilitate, c. 30. num. 9.

Quia tamen serui publici olim erant tabularij, hoc est, vt nunc vulgò loquimur, Notarij, sicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij constitutione id fuerit postea emendatum, vt in l. Generali, C. de Tabularijs, ad quod alludit l. vlt. C. de seruis reipublicæ manumitten.) idcirco non omnino mala est cõparatio serui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notarij siue tabellionis; quantum ad hoc, vt per eũ cautiones & stipulationes interponantur & fiant, sicut olim per seruos publicos fiebat, & per personas publicas, sicut indicat etiam l. 4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quòd eiusmodi personæ publicæ, sicut nunc sunt Notarij, cùm serui amplius non sint, non rectè nunc seruis comparãtur, & multò minus seruis quos priuatim possidemus, vt quemadmodum per seruos nostros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis stipulantes acquiratur. Etenim seruus municipum non est singulorum seruus, sed reipublicæ, vt in l. 1. §. Seruum, ff. de quæstio.

In iudicialibus itaque & prætorijs stipulationibus de quibus leges superiùs adductæ loquuntur, nõ malè retinebimus notariorum & seruorũ publicorum, seu personarum publicarum comparationem, quod confirmari potest ex l. Orfanotrophos, C. de episcop. & Cler. ibi: *Publicis personis, id est, tabularius*, secus autem in contractibus & cæteris negotijs, in quibus nullum habemus legis testimonium, si secundùm leges hæc quæstio dirimenda sit.

Quod si ex consuetudine id etiam amplius tribuamus nostris tabellionibus, vt passim in omnibus priuatis negotijs & contractibus stipulentur, & cautiones pro absentibus recipiant, non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt absentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri consentaneum non est, neque consuetudine munitum est. Abijciamus ergo eorum sentẽtiam qui affirmant, amplectamur eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per eiusmodi tabellionum stipulationes.

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuersia, an competat extra caussam locationis & conductionis, sicut hypothecaria actio.

NOn committam, vt silentio prætereaam duas de Saluiano interdicto controuersias, quarũ in foro maximus est vsus. Prima est, an cõpetat Saluianũ interdictũ cuicũque creditori, extra caussã locationis & cõductionis, sicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excussio. Priorem hoc posteriorem sequẽti capite explicabo.

Tractat hanc quæstionem magnus Menochius in commentarijs de adipiscenda possess. remedio 3. in 3. quæstione, & refert duas extare tàm veterum quàm recentiorum sententias, autores simul laudans, quos huc transferre non est operæprecium. Vna est, eiusmodi interdictũ competere contra quemcunque debitorem. Altera, non concedi creditori extra caussam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quàm ex causa locutionis & conductionis.

Omnis difficultas posita est in rescripto Imperatoris Gordiani in l. 1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc sunt verba: *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venũdedit: integrũ tibi ius est ea persequi, nõ interdicto Saluiano (Id enim tãtummodo aduersus conductorem debitoremve cõpetit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exẽplũ eius instituitur, vtilis aduersus emptorem exercenda est.*

Quod ait lex *debitoremve* exponũt aliqui, id est, ex caussa conductionis. Alij verò accipiũt de quocũque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. sentẽtiarum Pauli tit. de interdictis, circa finẽ & in paratitlis Codicis & Digestorum eiusdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ sententia & expositio, & verbi proprietati consentanea est, & probabilior videtur, quia si Gordianus voluisset dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex caussa cõductionis, dixisset, dari aduersus conductorem hæredesve eius, non autẽ *aduersus conductorem debitoremve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem solus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. Obseru. c. 24. vtile Saluianum dari contra extraneũ possessorem. Et quidem contra possessorem rerũ conductoris, quæ locatori sunt obligatæ, res nullam habet dubitationem, quia ita respondit Iulianus in l. 1. ff. eod. tit. dum dixit: *Si colonus ancillam in fundũ pignoris nomine induxerit, vt eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum est, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum possessorem rerum debitoris alterius, extra caussam locationis & conductionis non ita exploratũ est. Putat tamen Cuiacius cõpetere paratitlis, vtile scilicet interdictum Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis est, vt assentiar, quia si datur hoc interdictũ directum aduersus quemlibet debitorem, ratio iuris postulat, vt & aduersus possessorem, quemlibet pignoris, vtile concedatur; quemadmodum directum competit aduersus conductorem, l. 1. C. eod. tit. vtile verò aduersus emptorem pignoris ipsius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vsus forensis obtinuit, vtile interdictũ Saluianum in omnibus casibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, siue hypothecaria actio: quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba rescripti Gordiani, *debitoremve*, pro debitore ex causa conductionis: quæ sanè expositio non satis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excussio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduersus extraneum possessorem intendatur?

NOn esse necessariã excussionẽ principalis debitoris, vt Saluiano ĩterdicto agi possit aduersus extraneũ possessorem, respõderunt Socinus sen. consil. 80. lib. 3. Crauetta consil. 201. Rolandus à Valle consil. 9. & consi. 14. li. 1. Menochius de adipiscenda possess. remedio 3. núm. 179.

Fundamentum est, quia hoc interdictum possessorium est, Ergo non habet locum exceptio excussionis non factæ debitoris principalis, l. vlt. C. de acq. possess.

Contrarium responderunt Bertrandus consil. 213. lib. 4. & cons. 449. & 458. lib. 7. Calcaneus cons. 29. nu. 5. Bellonus cons. 34. nu. 9. Natta cons. 521. Franciscus Becius cons. 88.

Fundamẽtũ est in Nouella cõstitutione Iustiniani, q̃ excussionẽ principalis debitoris requirit, anteq̃ agatur contra extraneos possessores. Sic ait Iustinianus: *Sed neque ad res debitorũ, quæ ab aliis detinentur, venias prius, antequã trãseat viã super personalibus cõtra mandatores, & fideiussores, & spõsores, sicq; ad res veniens principalis debitoris, siue ab alio detineãtur, & detinẽtes eas cõueniens, si neq; inde habueris satisfactionẽ, tunc venias aduersus res fideiussorũ et mãdatorũ, et spõsorũ, &c.*

In

In Auth. de fideiussorib. & mandatorib. §. Sed neque. A

Huic posteriori sententiæ acquiescendū puto. Nec enim ad rem facit l. vlt. C. de acq. possess. hoc dicit. *Si-ue seruus, siue procurator, vel colonus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionē cuiuscunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit desidia forte, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, sed & ipse si libera cōditionis est, competentibus actionibus subiugetur: omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo versatus est.*

Argumentum ex hac lege sumitur hoc modo, quia agenti ad recuperandam possessionem ex remedio dictæ legis, non obstat exceptio, non factæ excussionis debitoris principalis.

Sed inter hæc & quæstionem nostram magna est dissimilitudo. Primò, l. vlt. loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum & meritò; rem itaque suam vindicabit & B possessionem recuperabit. At in quæstione nostra agitur de creditore, non de domino ipsius rei, vel possessore. Secundò, in quæstione nostra debitor est certæ quantitatis, cum quo negocium gestum est, & contractus initus, ex quo debitum est generatū, meritò prius conueniendus est quàm extraneus possessor, qui non est obligatus, & ad quem bona fide, & iusto titulo res peruenit. At in l. vlt. nullus est debitor, cum quo contractus fuerit initus, imò is ad quem possessio iniustè peruenit, principaliter tenetur eam restituere domino: Is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod interest. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium potest transferre, at in l. vlt. seruus vel colonus, vel procurator, vel alius quispiam dominum spoliauit sua possessione, nullum ipse in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac nostra facti specie, non videtur mihi tanti esse faciendum, vt à præclara & speciali constitutione recedamus, quæ hanc propositam quæstionem satis apertè decidit. C

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.



Rbitriorum multa sunt genera. Vnum huiusmodi vt siue æquum sit, siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur cùm ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem Doctores appellāt, l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro socio. Sunt & alij, quos Magistratus è re nata litigatoribus constituunt, D à quibus appellare licet, sicut à iudicibus, l. Arbitro. ff. qui satisd. cogātur. Ab arbitris autem ex compromisso appellare non licet, l. 1. C. de arbitris. Si tamen sordes vel euidens gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, aduersus agentem ex stipulatu ad pœnam exceptio doli mali competit, l. 3. C. eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quadam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri*, inquit Paulus in l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de receptis arbitris. Atque hinc nostri communiter distinxerunt arbitrum ab arbitratore, à sententia arbitri negarūt peti posse reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei stan dum sit, siue æqua, siue iniqua sit, l. Diem proferre, §. Stari, ff. de recep. arb. A sententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d. l. Societatem, Arbitrorum cum ll. seq. ff. pro socio, vt testatur Ioan. Imolensis in c. Quintauallis, num. 47. de iureiurando. Sed apud quem Iudicem petenda sit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum est à sententia arbitratoris.

Variæ enim sunt Doctorum sententiæ. Vna, petendam esse apud Iudicem superiorem ipsius arbitri, Angelus in l. Si suscepta, §. vlt. ff. de inoffic. testam. Romanus consil. 265. Io. Andr. in c. Statutum, §. Cùm autem, de rescript. in 6. Afflictus decis. 51. Felyn. in c. 1. col. 5. de præscript. Parisius consil. 45. num. 11. lib. 1.

Fundamentum est, quia reductio ad arbitrium boni viri similis est appellationi, d. l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de recept. arb. Appellatio autem ad superiorem pronunciantis sententiam deferenda est, l. Præcipimus, C. de appellat.

Non est satis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non est per omnia similis appellationi, sed in eo duntaxat, quod sententia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam, in alijs multis est dissimilis, vt dicebat Federicus Senensis consil. 285. nu. 2. Deinde, quia appellatio deuoluit quidem caussam ad superiorem iudicis qui pronunciauit, sed ille idem superior est Iudex etiam litigatorum. Hæc autem sententia requirit tantùm, vt Iudex reductionis sit superior arbitri. Ideo dicunt isti, si compromittatur in clericum & laicum, & ab eorum sentētia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum esse Episcopum, tanquam superiorem clerici, & consequenter ratio duntaxat habetur, vt Iudex reductionis sit superior arbitri non litigatorum, quod est absurdum.

Secunda est sententia, Iudicem competentem caussæ reductionis ad arbitrium boni viri eum esse, qui ordinarius Iudex est illius, aduersus quem reductio ad arbitrium boni viri postulatur. Ita respondit Federicus Senensis in consil. 285. quem refert & sequitur Io. Imolensis in c. Quintauallis, num. 54. de iureiur. Didacus Couar. lib. 2. variar. resol. cap. 12. nu. 2.

Fundamentum est in l. 2. C. vbi & apud quem, & Diocletianus: *Quoniam ea quæ in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens est, si de his repetendis per integrum restitutionem, vel quamcunque aliam caussam putaueris agendum, eius te ad re prouincia Præsidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Non est satis firmum, quia ratio diuersitatis est inter restitutionem in integrum aliamve caussam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum restitutionem quæ aduersario suo dedit, est actor, & iudicium instituit tunc primùm, ideo sequi debet forum rei quem conuenit, secundum vulgarem iuris regulam. At petens reductionem sententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, non tunc primum litem instituit, sed caussam suam iam cœptam persequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrum iretur, aut reus. Si actor, sine dubio sequi debet forum rei, atque adeò reductionem petere apud Iudicem ordinarium rei: sin autem reus erat is qui petit reductionem, similiter reductionem petere apud suum ordinarium Iudicem poterit: quia in caussa reductionis non desinit esse reus, & actor qui erat non desinit esse actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum est, ab arbitro eum conuenire debet apud suum Iudicem, si nolit parere arbitri sententiæ, ipse verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud suum ordinarium Iudicem postulare.

Tertia est sententia, petendam esse reductionem apud ordinarium Iudicem rei, apud quem aliàs actio fuisset instituta, & hunc esse iudicem competentem, ita Bartolus in d. Societatem, §. Arbitriorum, num. 18. ff. pro socio, & multi alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle in consil. 24. lib. 4.

Et hanc sententiam multis præiudicijs in Camera Imperiali firmatam testatur Andrea Geyll. lib. 1. Ob-

setu. 149. & in pleno consilio ita iudicatum fuisse anno 1542. testatur Mynsingerus centur. 2. obseruat. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc sententiam probari, testis est Rebuffus de arbitris, art. 1, Gloss. 19. & in Senatu Pedemontano ita sæpè iudicatum fuisse, scribit Anton. Thesaurus decis. Pedemontana 14. Itaque ab hac sententia, quasi iam consuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis autoritatem, & aliorum insignium Tribunalium, non puto recedendum esse.

Adfertur pro hac sententia l. Cùm hi. §. Transactiones. ff. de Transact. & l. Si quis tem. 35. ff. de recep. arb. in vltimis verbis, ibi. *Lue apud iudicem suo ordine peragenda*. Magis vrget argumentum Bartoli, qoia actor sequitur forum rei, Ergo reductio petenda est apud Iudicem ipsius rei.

Non obstat si dicatur hoc habere locum, si actio petat reductionem, non si reus, quia respondetur etiam si reus reductionem petat idem statuendum esse. Nam cùm reus petit reductionem sententia in fauorem actoris lata est: tunc ergo inter actorem & reum hęc est contentio, ac status causæ. Actor dicit, arbitratoris sententiam iustam esse & exequendam, agens scilicet ex stipulatione proposita, vel contractu præambulo, impleto per seotentiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitrorum. nu. 15. ff. pro socio. reus contrà, iniquam esse contendit, & reducendam ad arbitrium boni viri. Huius rei definitio spectat ad Iudicem ordinarium rei, quia actor sequi debet forum eius; Cognoscet igitur ordinarios Iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium; nec aliter illud ratum habebit, quàm si æquum fuerit. Præclarè enim Celsus. *Et ferè ea mens est personam arbitrio substituentium, vt quia sperent eam rectè arbitraturam, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint*. l. Si libertus. 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus sit petenda reductio ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris.

Controuersia quoque est de tempore, intra quod reductio petenda sit ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris. Et vt statim dicā, existimo intra decem dies petendam esse, autoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis: *Sin autem post sententiam minimè quidem suscripserint se arbitri formam amplecti, sed silentio eam roborauerint, & nō intra decē dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici, vel aduersario ab alterutra parte, per quam manifestum fiat, definitionem nō esse amplectendam; tunc silentio partium sententiam roboratam esse*, &c. Atque ita docent Specul. in tit. de arbitr. & arbitrato. §. Sequitur. nu. 24. Panor. in c. Quintaual. nu. 16. de iureiur. Pract. Pap. in forma libelli, quo agitur ad pęnā ex compromisso, in verbo *Reductio*. nu. 2.

Communis sententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teste Decio in cons. 39. nu. 6. Eugenio cons. 1. nu. 60. Andrea Geyll. lib. 1. Obseruat. 150. nu. 2. vbi dicit, Cameram Imperialem eā sequi solere.

Fundamentum est, quia hæc reductio vel est actio, vel exceptio ac defensio, vel ius aliud quodcunque, Ergo non tollitur minori spatio 30. annorum. l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris respondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etsi magna sit autoritas communis sententiæ, non tamen tanta esse debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies constituit, satis clarè & directè, nimirum, l. pen. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30. annorum requiri ad tollēdam actionem, defensionem, & ius alteri competens verum est, nisi minus tempus à lege sit constitutum, Nam & appellatio defensionis est species, & tamen intra decem dies proponenda est, Auth. Hodie. C. de Appellatio. Sic & reductio sine querela à sententia arbitri, vt in d. l. penult. C. de arbitris; quemadmodum & supplicatio, vt in Authent. quæ supplicatio. C. de precibus Imper. off.

Non obstat quod respondetur l. pen. C. de arbitris, loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, nō ex compromisso, nec ex Iudicis mandato, vel necessitate vlla, sed ex communi sententia & consensu partium, quorum etiam mentio fit in l. peo. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et isti sunt non autoribus iuris nostri, sed Doctoribus nostris arbitratores. Id probo ex traditis per Bartolum, & alios, in l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro socio, vbi textus dicit, Arbitriorum duo sunt genera, *vnum huiusmodi, vt siue æquum sit siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur, cùm ex compromisso ad arbitrum itur. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, si nominatim persona sit comprehensa cuius arbitratu fiat*. Priores dicuntur arbitri nostris Doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Posteriores dicuntur à nostris arbitratores. vnde Bartolus ibi sic scribit in principio: *Sententiæ arbitri omnino est parendum. Sententia verò arbitratoris, si sit iniqua, reducitur ad arbitrium boni viri*. At Iurisconsultus eos vocat arbitratores, & ij sunt arbitri, de qoibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromisso itur, quorum sententiæ parendum est, siue æqua, siue iniqua sit, aut pęna soluenda. l. Diem proferre. §. Stati. ff. de recept. arbit. Non etiam loquitur de arbitris quos Magistratus eligunt, vel dant litigatoribus, à quorum sententia appellatur, sicut à sententijs iudicum. l. Arbitro. ff. qui satisd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi seotentia electis, sine pęna, sine Iudicis mandato, quorum sententia redigi debet ad arbitrium boni viri, si iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum, & sequentibus legibus. Et ij Doctoribus nostris sunt arbitratores. Ergo d. l. pen. loquitur de arbitris, qui vocantur à nostris arbitratores. Et expressè statuit decem dierum tempus ad reclamandum à sententia arbitri, vt iam dictum est. Consequenter expressè quæstionem à nobis propositam decidere videtur; nisi ego toto aberrem cœlo quod viri docti, vt spero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum appellari possit à sententia Iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.

Insignis quoq; controuersia est inter Bartolum & Baldum, an à iudice, ad quem tāquam ad bonum virum recurritur, vt arbitratoris seotentiam (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bart. in l. 1. num. 18. de legat. 2. Affirmat Bald. in l. 1. nu. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo stant Innocentius in c. Præsenti, de rescript. Abbas Panormitanus in cap. Quintauallis, nu. 40. de iureiur. Ioan. Andr. in add. Speculatoris, tit. de Appellatio. §. In quibus. nu. 16. Salycetus in l. Et in maioribus. C. de appell. & in l. pen. quæst. peo. C. de arbitris. Cepola cons. ciuili 16. Fulgos. cons. 111, & 114. Lanfrancus de arbitris, quæst. 20. Socin. iun. cons. 15. lib. 1. Cardinalis cons. 140, Bologninus ad Ananiæ cons. 51. Castrensis cons. 121. nu. 8. lib. 2. Pract. Papiens. in forma libelli, ad pęnam compromissi. §. Ne redactio. num. 9.

A sententia Baldi stant Pau. Castr. Imola, & Alexander

der in l.1.de leg.2. idem Imola in d.c. Quinraualiis,nu. A 36.& Anton.Butr.24.differetia. Vitalis tract.Clausulat. tit.de reductione ad arbitrium boni viri,cap.vltimo ad finem, Baptista de S.Blasio de arbitris,quæst.penult.cohum.pen.Aretinus in c.Super ijs.nu.47.de accusa. & ibidem Felynus nu.13.Alex.consil.106.nu.7.lib.3. Didac. Couar. variar. resol. lib.2. cap.12.num.4. & 5.Andreas Geyll.lib.1.obser.149.nu.4.

Fundamentum sententiæ Bartoli est,quia hoc none pertinet intre cantum,vt à iudice reductionis appellare liceat. Et ratio est,quia nō ad eum simpliciter recurritur vt iudicem,sed vt bonum virum, vt in l.Societatem.§. Arbitrorum.ff.pro socio cum ll.sequentib.Quamobrem videtur esse arbiter quidā, non iudex. A sententia verò arbitri non appellatur,l.1.C.de arbitris.

Fundamentum sententiæ Baldi est,quia regulariter permissa est appellatio à sententia iudicis.l. Et in maioribus.C.de appellat. Et iste est iudex nimirum reductionis.Ergo appellare licet. B

Non obstat, quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cum quid arbitrio iudicis committitur,id censetur ei commissum, vt bono viro.l.Fideicommissa.§.Quāquam.de leg.3.l. Si libertus.de operis liber. l.vir bonus.ff.iud.solui.l.Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig.& tamen constat ab eius sententia appellari posse, c.1.de dilatio.

Mihi sententia Baldi magis probatur. Primò,quia iudex reductionis non est arbiter ex compromisso, à quo non licet appellare,sed iudicis officio fungitur.Ergo ab eius sententia appellare licet.l.Ex consensu.ff.de appel. vbi dicitur, à iudice dato ex consensu litigatorum citra compromissum prouocare licere.Secundò,quia ad eam tanquam ad bonum virum recurritur, vt reformet sententiam arbitratoris secundùm æquitatem & iustitiam. Ergo si iniquè pronunciauerit, & ipse quoque læserit al terum ex litigatoribus,nihil proponi video, cur non liceat ab eius sententia prouocare. C

Tertiò,licet maxima sit inter Doctores controuersia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res committitur,quā latè tractat Menochius de arbitrarijs iud. quæst.70. tamen in quæstione nostra non puto eam militare, quia caussa reductionis non est simpliciter commissa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus casibus controuersia illa locum habet, sed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri. Dicimus enim,reductionem esse ad arbitrium boni viri, sine sententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l.Societatem.§.Arbitriorum.ff.pro socio.Ergo si non vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellare profectò licebit.

Quæ sententia confirmatur. Nam in iudicijs bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur,quia arbitrium sequi poterat, & multa ex arbitrio suo decernere, vnde arbiter familiæ herciscundæ. Arbiter communi diuidundo,pro socio. Doris recuperandæ & similes,l.1.ff. de colla. dot.l.5.C.fam.hercisc.l.4.de fer.leg.1.ff. de pactis dotalib. & latè explicat Brissonius lib.2.de verbor. significat ver. Arbiter. Et tamen nemo dixerit ab eorum sententia appellare non posse. D

Quid plura? nonne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet.l.Cæteræ.§.1.ff.fam.hercisc.nonne dicimus: *Totam rem ad iudicem,id est, ad virum bonum,* remitti.l.Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quasi boni viri,* in l.Sed si vnius,17.§.Prætor ait.ff.de iniurijs?Ergo non liceret appellare? At absurdum est hoc,iniquum, & contra omnes leges & constitutiones,quibus appellatio permissa est. Demus igitur & à iudice reductionis appellandi potestatem, si iniustè pronunciauerit, & arbitri laudum in peius reformauerit.

CAPVT XCVII.

Emphyteusi concessa alicui & filijs suis,an veniant fœminæ.



Frequentioribus Doctorum suffragijs in hanc sententiam itum est,filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteusi concessa alicui, pro se,& filijs suis, vt fatetur Couaruu. qui contrariam sententiam secutus est lib.2.cap.18.nu.1.latè adductis autoritatibus, Roland.à Valle, in consi.93.lib. 2.Bursatus consi.80.nu.7.Clarus q.32.Emphyteusis. Benintēdius deci.Bononiēsi 52.Hypol.Riminald.cōs.153. nu.3.lib.2. nouissimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico.cap.11.nu.3.& seq.vbi multos alios citat.

Fundamentum est, quia in contractibus stricti iuris, qualis est Emphyteuticus, verba strictè sunt accipienda, l.Quicquid adstringendæ.de verbor.oblig. Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, sed ex interpretatione & extensione, l.pronunciatio.l. Iusta,de verb.sig.l.Cùm in adoptiuis.§. Quæ in filio.de verb.sig. Præterea in stipulationib. & pactis verba ambigua interpretari debent contra stipulatorem,qui poterat legem contractus apertius dicere.l. Veteribus.ff. de Pactis.l.Stipulatio ista.§.In stipulationibus.de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l.2.q.17.de iure Emphyt.Decius ad l.2.de reg.iuris in tract. quando masculinum concipiat fœmininum, num.9. Alciatus in l.1.de verb.sign. Couar,qui malè citat Iasonem pro eadem sententia,d.lib.2.variat.resol.cap.18.nu.1.alios citat Antonius Gabrielius comm.concl.lib.6.concl.6.nu.94. quibus adde Pinellum ad l.3.nu.33.C.de bonis mater. Menoch.consi.111.nu.57.& nu.60.lib.2.

Fundamentum est, primò in §.Emphyteusim,in Auth. de non alienandis rebus Eccles. vbi dicitur expressè, Emphyteusim Ecclesiasticam transire tam ad masculos, quàm ad fœminas,ibi: *Filijs tantùm masculis, aut fœminis,aut nepotibus vtriusque naturæ.* Secundò,quia iusta interpretatio hæc est, vt filiorum appellatione filiæ contineantur,& id sæpe, & plerunque fit l.Iusta,l.Pronunciatio, de verb. sig. Immò sexus masculinus semper fœmininum continet, inquit Iulianus in l.Qui duos.de leg.3.

Hæc posterior sententia,nisi aliud obstet,videtur mi hi sanè probabilior, & iuri magis consentanea. Etsi enim in §.Emphyteusim, non decidatur quæstio nostra, sed tantùm hoc dicatur,Emphyteusim ad fœminas quoque transire (quod pro responsione à contrariæ sententiæ autoribus allatum scio), tamen ex eo possumus argumentum conficere huiusmodi. Contractus secundum sui naturam & legis dispositionem confectus præsumitur.

Sed hæc est natura huius contractus & legis dispositio,vt fœminæ succedant in Emphyteusi,sicut masculi. Ergo verba contrahentium,tàm masculos, quàm fœminas comprehendunt.

Maior propositio probatur ex l. Quæro.§. Inter locatorem, ff.locati, ex l.Si stipulatus.ff.de vsuris, tradit Alciatus de præsumpt.reg.3.Præsump.32.nu.1.latissimè probat Menochius de Præsump.lib.3. Præsump.38.& lib.6.Præsumpt.9.

Minor probatur ex §.Emphyteusim,& ex legib.quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negando verba in contractibus ita propriè & strictè accipiendam esse,vt excludatur iusta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis spectanda est,quàm verba, l.In conuentionibus, de verb.sig.l. Semper in stipulationib de reg.iuris.

Ad secundum respondeo, verba dubia interpretanda esse cõtra stipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non sunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tam masculos, quàm fœminas comprehendant, l. Iusta, l. Pronunciatio, de verb. signif.

Respondent diuersæ sententiæ autores, id non esse tam certum, filiorum scilicet appellatione filias contineri, vt non recipiat probationem contrariam; Nam in materia stricta non contineri filias, indicat l. 1. §. Sed si incertum sit, de ventre in possess. mittendo. Hæc est autem materia strictè accipienda; quia contractus est stricti iuris.

Non me frangit hæc responsio, quia etsi contractus Emphyteuticus stricti iuris sit, admittit tamen fœminas sicut masculos. Ergo contrahentium voluntas ea esse videtur, quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua masculinus sexus fœmininum continet, ideo euertitur, quod si testator dixerit: *Si mihi filius vnus nascetur exhæres esto*, non continetur filia: nam plerumque secus est, l. Iusta. l. Pronunciatio. l. Qui duos, de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione. Ergo in regula versamur. Ergo res est clara non dubia. Non est bona collectio. Potest verbum illud aliquando trahi ad alium sensum, Ergo ambiguum est. Si hoc valeret, nihil esset certum, nihil clarum, omnia obscura, & ambigua. Nam quæ sunt verba tam perspicua, quæ secundùm materiam subiectam non aliter atque aliter accipienda sint? l. Si vno. ff. locati. l. Insulam. ff. de præscript. verbis.

CAPVT XCVIII.

Emphyteusim non Ecclesiasticam, si qui stipuletur filijs suis, an etiam filijs naturalibus stipulatus videatur?

Sed rursus controuersia est. Patet Emphyteusim filijs stipulatur, an etiam naturalibus filijs stipulari videatur, & sermo est de Emphyteusi priuatorum, non autem Ecclesiastica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hęc sententia communior dicatur, Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. num. 58. ff. ad Trebell. Negant autem Decius in cap. In præsentia. nu. 44. & seq. de probatio. & ibidem Betous, num. 325. Aurelius Corbulus de iure Emphyt. cap. 12. num. 56. vers. Ampliatur, vt naturales.

Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs cap. 30. nec hos, nec illos sequitur, sed ita pronunciandum censet. Si quis sibi & filijs fuerit stipulatus, siquidem tũc naturales habebat, de his quoque actum videri ex mente contrahentium, secus autem, si naturales postea suscepti sint.

Fundamentum prioris sententiæ est in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, si sine liberis decesserit vt restituat hæreditatem, Papinianus scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum posterioris sententiæ est, quia filium eum definimus, qui ex viro & vxore natus est. l. Filium, de his qui sui, vel alie. iuris sunt. Ergo naturalis non continetur, præsertim in stipulatione, in qua verba sunt strictè accipienda. l. Quicquid adstringẽdæ. de verb. oblig. & si dubia sunt, vt hoc in casu contra stipulatorem. l. Stipulatio ista. §. in stipulationib. de verb. obl.

Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis sententia eo nititur fundamento, quod stipulatoris hæc fuisse voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteusi ita quæsita succederent; quæ voluntas in stipulationibus magis spectanda est, quàm verba, l. In conuentionibus. de reg. iur.

Hæc sententia mihi quoque placet, eamque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus,

A sic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videbitur esse, de quibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fide commisit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior sententia refellitur: Etsi enim Papinianus scripserit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat, Vlpiani tamen alia est sententia, hoc ex voluntate, &c. pendere, Vlpiani sententiam secutus est Imperator, dum eius responsum in Pandectis posuit, & consequenter approbauit.

Posterior autem sententia firmo satis & solido nititur fundamento, quam ego non refello, sed probo & amplector cum distinctione Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis, loco annotato.

CAPVT XCIX.

B *Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non soluit, an præscriptionem allegare possit, ne in futurum soluere cogatur?*



Axima quoque controuersia est, verum emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonẽ non soluit, nec à domino interpellatus ad soluendum fuit, libertatem præscribat nõ soluendi canonẽ temporis futuri; qua in re ne diu lectorẽ morer, pronunciandum sic existimo, nequaquam eum præscribere libertatem pro futuro tempore, Vtor in primis autoribus Accursio in l. Comperit, C. de præscript. 30. vel 40. anno. Iasone in l. 2. num. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papę decis. 406. & alijs, quos refert Anton. Thesaurus decisione Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll. lib. 2. obser. 73. dum scribit, præscriptionem in annuis præstationibus locum non habere, idque multis præiudicijs in Camera con-

C firmatum.

Vtor præterea autoritate l. cum notissimi. §. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. vbi Imperator: *In iis etiam promissionibus, vel legatis, vel alijs obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, temporum memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est,*

His verbis indicauit Imperator & statuit, in annuis præscriptionibus tot esse præscriptiones, quot sunt anni: quare si Emphyteuta non soluit spatio annorum 30. vel 40. præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras, quia noua præscriptio est necessaria futurorum annorum; & quidem in singulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos, C. de vsuris: licet enim ibi sit constitutum principali actione sublata præscriptione

D 30. annorum, nullam super vsuris quæstionem moueri posse, quia principali caussa non subsistente, nec ea quæ sequuntur locum habent, l. Cùm principalis, de regulis iuris: Tamen illa lex satis indicat, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam mouere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: adserendo singulis annis earum actiones nasci, &c.*

Contrarium docuit Barto. in d. l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. annot. & in l. Ius Emphyteut. in fi. C. de fundis patrimon. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphyt. cap. 15. limit. 31.

Fundamentum est in l. vlt. C. de fundis rei priuatę lib. 11. Et quia omnis actio tollatur spatio 30. vel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annot. Et quia in annuis præstationibus agi possit, tam pro tempore præterito, quàm pro futuro. l. 1. C. de fideicom. l. Libertos quos. §. 1. ff. de alimẽ. & cib. legatis. Ergo pręscriptio

scriptio pro toto tempore currit, sicut pro toto tempore agi potest.

Ad l.Cùm notissi.§.vlt. responderi potest, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præstationibus præscriptionem currere à die cessationis pro illo anno, in quo cessatum est. Secundò, præscriptionem omnium annorum currere ab eo tempore, quo cessatum est. Tertiò, in stipulatione annua hanc posteriorem sententiam veram esse, quia annua stipulatio est vna pro toto tempore, in legatis verò locum habere priorem sententiam, quia quot sunt anni, tot sunt legata.

Tertiam autem expositionem, quæ Glossæ, & Ioannis fuit, esse veriorem.

Sed ad hæc refellenda non magno labore opus est. In primis quod attinet ad l.vlt. C.de fundis rei priuatæ, illa non dicit pensionem annuam 40. annorum spatio præscribi ab Emphyteuta, vel alio, sed hoc dicit. Si quis emerit fundum rei priuatę Principis, ea lege, vt canonem soluere non teneatur, non posse se tueri præscriptione temporis, nisi 40. annorum. Nunquam iste emptor suscepit in se obligationem soluendi canonem, sed eam recusauit & noluit suscipere. Consequenter non pertinet ad rem nostram, quia nostra quæstio est, an is qui ad annuam præstationem canonis Emphyteutici obligatus est, possit præscriptione temporis se tueri. Verba dictæ vlt. legis hæc sunt, ne lectoris animus distrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationem dominicæ possessionis accedat. Quod si quis in posterum ad interdictum contractum accesserit, eum volumus precia perdere perpetuò, nec expensarum vel melioratæ rei fructuum exactioni compensationem opponere; nec temporis sibimet contra nostra commoda præscriptione, excepto vetustatis auxilio blandiri.*

Ad l.Sicut.& l.Omnes. respondeo, nil obstare, quia nos quoque dicimus annuas præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui; sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur, & requirimus ex mandato legis, vt in d.l.Cùm notissimi. §. vlt. non autem totius temporis futuri ex vnius anni, vel alterius pensionis præscriptione ius metimur.

Non obstat quod dicitur, agi posse pro toto tempore, Ergo & pręscriptionem currere pro toto tempore: quia negatur consequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia valde absurdum foret, vt quis pro singulis pensionibus peculiarem processum instituere deberet. argum. l.Malè agitur. C.de præscript.30. vel 40. annor. declarat optimè Andreas Geyll. lib. 1. obseruat.74. Sed hæc res non immutat naturam obligationis; & multò minus legis sanctionem circa ipsam annuæ obligationis præscriptionem, tam apertè positam in d.l.Cùm notissimi, §.vlt. quam legem consequentia illa, si valeret, profectò destrueret. Sic enim infert. Est vna actio pro toto tempore; Ergo vna præscriptio pro toto tempore. At contra Imperator dicit, per singulos annos vel menses tempora præscriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d.l.Eos. C.de vsuris. fatetur Imperator singulis annis *actiones nasci*, quarum ad effectum præscriptionis.

Porrò expositioni d.§.vlt.l.Cùm notissimi. quam suprà tertiò loco retuli, & probari dixi Glossæ, Ioanni & Bartolo, obstant primò verba textus, quatenus non distinguit inter annuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem nostram attinet, obstant verba illa, quibus apertè dicitur, præscriptionum tempora currere per singulos annos vel menses, non autem ab exordio obligationis. Quid est aliud hoc (bona pace doctissimorum virorum) quàm exponere album pro nigro? Si vna pręscriptio sufficeret pro toto tempore futuro, non essent tempora præscriptionis metienda ex singulis annis vel mensibus. Nulla etat ratio dubitandi in l.Eos. C.de vsu-

A ris, quin sublata esset actio ad fructus & vsuras singulorum annorum, quia vna præscriptio pro toto tempore sufficiebat. Et tamen Imperator adfert eam dubitandi rationem, quòd singulis annis *noua actio nascitur*, quæ proinde præscriptione eligenda sit, quamquam alia ratione postea contrarium in ea specie statuat, quia scilicet perempta principali obligatione, æquum est, & quæ eam sequitur, perimi.

Aliter hanc rem explicauit Balbus de præscript. 4. part.4. partis principalis, quæst.8. quem secutus est Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, cap.15. limit.31. vbi distinguit. Aut Emphyteuta qui præscriptionem istam allegat, est ille met, qui rem conduxit in Emphyteusim, & dominum recognouit, & præscribere non potest, quia est in mala fide. c.vlt. de præscript. Aut alius est extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam suam, & is præscribere potest directum dominium, seruata distinctione, Authent. Malæ fidei. C.de præscript. longi

B tempor.

Non repugno huic sententiæ; sed hoc ipse contendo, nec si sit bona fide Emphyteuta, puta hæres primi Emphyteutæ, vel aliam ob caussam, locum esse præscriptioni annuæ pensionis temporis futuri. Et idem in omni alio possessore bonorum Emphyteuticorum statuo, qui non ipsum directum dominium legitimè præscripserit; tunc enim & pensionem siue canonem in consequentiam præscribere videtur. argum. l.Eos. C. de vsuris.

CAPVT C.

Debitor certæ rei, an liberetur eius interitu post moram, & primo agitur in obligatione descendente ex maleficijs.

C Rauis controuersia est, & secum adferēs multarum legum cognitionem, an debitor in reditu rei post moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore siue reo ex obligatione descendēte ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu vel quasi, & ex alijs caussis obligatus est.

Quatuor animaduerti Doctorum sententias. Prima, Glossæ in l.1. C. de his quæ vi vel metus caussa gesta sunt, distinguendum esse, an res eodem modo peritura esset apud actorem, vel non esset peritura. Priore casu reum liberari, Posteriore, nequaquam. Eam Glos. probarunt ibi Salycetus & Alexander, & eandem sententiam habuerunt Fulgosius, Aretinus & Decius in l.Quod te. num. 50. ff. si cer. peta. & in eandem propendet Couar. affirmans eam in foro conscientiæ veriorem esse, ad reg. Peccatum. de regul. iuris, lib.6. §.6. in 2. parte.

Fundamentum est in l.Si cum exceptione, 14. §.Sed

D & si non culpa. ff.de eo quod metus caussa. vbi sic scribitur: *Sed & si non culpa eius cum quo agetur aberit, si tamen peritura res non fuit si metum non adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto, Vnde vi, vel quod vi aut clam obseruatur. Itaque interdum hominis mortui precium recepit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*

Secunda est opinio Cornei & Aretini in d.l.1. C. de his quæ vi vel metus caussa gesta sunt, & aliorum communiter, in l.Quod te. vbi Ripa, num.28. ff. si cer. pet. in actionibus descendentibus ex maleficijs reum interitu rei non liberari, sed actionem integram esse sine distinctione, an res esset peritura, vel non.

Fundamentum est in d.l.1. & in l.1.§.Rectissimè. & in l.pen. ff.de vi & vi arm. in l.vlt. ff. de cōdi. furti. & l.Inter omnes, 47. ff. de furtis, & alijs similibus, in quibus generaliter, & absque vlla distinctione constitutum est, reum teneri licet res perierit.

Sed fragile est fundamentum hoc: Nam dictæ leges non

Statuit enim Imperator Nouella 100. seu in Authent. de tempore non solutæ pecuniæ super dote; exceptionem dotis non numeratæ marito competere, siue dotem accepisse se ab vxore caucrit, siue à patre, siue ab alio quopiam. Verba eius hæc sunt: *In nullo discernentibus nobis, siue mulier tanquam dotem offerens conscribat, siue pater, siue alius quispiam pro eo tempore in omni casu, sicut suprà prædiximus extendente suos effectus, & dante vel perimente querelam.*

Quare à supradictorum sententia meritò discesserunt doctissimi viri, quos nos sequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, siue à muliere, siue ab alio dotem maritus se accepisse confessus fuerit. Baldus Nouell. ad l. 1. num. 207. vers. Tertiò limito. ff. sol. matrim. & de dote, parte 10. num. 14 Didacus Couarru. lib. 1. variarum resolut. cap. 7. num. 6. vers. Est & alia in hac re. Menochius de Præsumption. lib. 3. præsumpt. 12. num. 79.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm ab alio quàm à muliere vir fatetur se dotem accepisse, nulla est suspicio tacitæ donationis, ac proinde dos verè numerata præsumitur.

Respondeo, nullam quidem donationis suspicionem esse, sed non idcirco denegandam fore non numeratæ dotis exceptionem, quam Imperator Iustinianus in sua Nouella tam disertè concessit, quia confessio videri potest facta spe futuræ numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT LXXXVI.

Confessio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus post elapsum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?

NOn parui momenti controuersia hæc est: ideo accuratè tractanda. Quatuor præcipuę sunt Doctorum sententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cæteris probabiliorem esse iudico.

Prima est sententia eorum qui simpliciter dixerunt; nulla distinctione adhibita inter confessionem factam ante vel post matrimonium, eiusmodi confessionem dotis receptæ præiudicare creditoribus mariti, post elapsum tempus iure constitutum ad opponendam non numeratæ dotis exceptionem. Ita Bart. in l. Assiduis, nu. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in cons. 20. num. 14. & 74. nu. 10. lib. 4. And. Geyll. lib. 20. obser. 81. nu. 10.

Fundamentum est primò in l. Duobus. §. 1. ff. de iureiur. vbi probatur fideiussorem agere posse contra principalem debitorem, ob solutam creditori pecuniam, si probauerit solutionem ex creditoris confessione, elapso scilicet triginta dierum spatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractib. C. de non num. pec. *Secundò*, in l. Pecuniæ. C. de solu. vbi pecuniæ solutę professio rei gestæ probationem continet, & idem probatur in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus. de verb. obl. post elapsum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexander post alios quos citat in l. 1. §. Si quis ita, nu. 34. ff. eod. tit.

Sed hoc fundamentum non est satis firmum, quia responderi potest, quod attinet ad primũ, hęc esse dissimilia, tum quia debitor principalis, cui confessio creditoris præiudicat, nõ est tertius quidã, de cuius præiudicio agatur, veluti sunt in hac q̃one nostra creditores alij, quib. mariti confessio præiudicare debet: tũ quia rõ est manifesta, cur debitori præiudicet confessio creditoris, ꝙ receperit sibi debitam quantitatẽ à fideiussore, nimirũ illa, quia per illam confessionem cõmodum sentit; ex ea enim probare potest creditori iam pecuniã esse solutã, qua solutione ipse proculdubio liberatus iam est, quare meritò à fideiussore conueniri potest actione mandati.

Alterum verò argumentũ nihil aliud probat, quàm ex confessione probari solutionem & numerationẽ: sed responderi potest, id locum habere quoad confitentẽ, non autem in alterius præiudicium. Confessio enim præiudicat confitenti, nõ alijs; arg. l. Si quis post hac. C. de bonis damnator. ibi. *Dos etiam, non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.* Quibus verbis apparet mariti confessionem dotis receptæ non præiudicare fisco, sed probandam esse veram numerationem.

Hæc igitur sñia, q̃ mihi cæteris probabilior videtur, probatur hoc argumento: quia post lapsum tẽpus à lege constitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem istam & querelam, opponi nõ potest nec à marito, nec ab eius hæredib. vt in l. vlt. C. de dote cau. non num. & in Nouella 100. siue in Auth. de tempo. non solutæ pecuniæ super dote. Certum est quoque, iuriq; & rationi cõsentaneũ, nõ posse dictam querelam proponi ab alijs, puta creditorib. vel tertijs possessoribus, quorũ interest, quia tempus est à lege cõstitutum ad eã opponendam, sine vllius personæ exceptione: nec iustum est, vt plus iuris cõcedatur extraneis quàm ipsi marito & eius hæredibus, quorũ principaliter interest. Itaq; tempore elapso excluduntur omnes, quorũ interest, ab eiusmodi querela & exceptione proponenda dotis nõ numeratæ.

Hoc ita posito res sic se habet. Creditores obijciunt, dotem numeratã non fuisse, consequenter dotẽ non esse dicendam, quia dotem numeratio nõ scriptura facit. l. 1. C. de dote cau. non num. Respondebit mulier, tempus elapsum esse quo ista exceptio non numeratę dotis proponi potest, ac proinde sibi actionem competere aduersus maritum & eius hæredes, cum priuilegijs dotib. concessis. Quod si ea res vergat in præiudicium creditorũ, istud in consequentiam fieri, & vt dici solet, per accidẽs, non principaliter. Posito enim hoc iure mulieris aduersus maritum, & eius hæredes pro dote recuperanda, cætera quæ sequũtur iura prælationis, ex legibus & constitutionib. prouenire, quas creditores euertere nõ possint. Sed iam reliquas Doctorum sententias expendamus.

Secunda est sñia Francisci Aretini in cons. 86. num. 4. vers. Aut maritus confitetur. Is iam proximè relatã sententiã amplectitur, sed cum hac exceptione, nisi maritus qui cõstante matrimonio confessus est se dotem accepisse, simul renunciaret exceptioni nõ numeratę dotis, quia ex hoc præsumptio & coniectura oritur eam confessionem factam esse animo donandi, atque adeò in fraudem legum & non valere, præsertim in præiudicium aliorũ.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & eo nititur argumento quod suprà confutatum est à nobis cap. 84. nimirum ex renunciatione exceptionis nõ numeratæ dotis argui simulationem, & donationem præsumi.

Tertia est sententia, sic distinguens: aut Confessio facta est constante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore casu non præiudicat creditoribus, etiam post lapsum tempus opponendi exceptionem nõ numeratæ dotis, quia præsumitur facta animo donãdi, atque adeò simulata, & in fraudem legis. Posteriori autem casu, quia suspicio ista locum habet, præiudicat creditoribus: ita post alios multos Didacus Couar. variar. resolut. lib. 1. cap. 7. post num. 6. vers. Quamobrem breui quadam vtar distinctione, & post eum Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 13. nu. 14.

Sed quod attinet ad posterius membrum, illud conuenit cum priori sententia quam secuti sumus. Prius autem membrum fragili nititur argumento, q̃m nec iure probatur, nec ratione defendi potest ea opinio, qua dicitur, confessionem dotis receptæ à marito factam constante matrimonio, præsumi factam animo donandi. Hæc sententia à nobis superiùs est confutata cap. 80.

Quarta est sententia, eiusmodi confessionem dotis receptæ non præiudicare creditoribus mariti, etiã si lapsa sint tempora opponendi exceptionẽ non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, nu. 11.

ff. de

ff.de verb.oblig. Iaf.in §.Fuerat.nu.75. de act.Feli.in c. A Si cautio.nú.84.de fide instru. Ludou. Romanus ad l.1. nu.22.ff.sol.matr. & ibid.Socinus, num.90. Alios citant Couar.& Menochius locis proximè citatis.

Argumenta sunt ista. Primum ex Authent. Sed iam necesse.C.de donat.ante nupt.in illis verbis: *At si debitor sit, ne fraudis erga creditores suspicio subesse possit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim mulier immobilis substantia domina res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo vtetur aduersus alios creditores priuilegio.*

Secũdum ex l.Si quis post hac, C.de bonis damna. in illis verbis, quibus dicitur probandam esse dotis numerationem, si cum fisco agatur.ibi. *Dos etiam non qua aliquotiens inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.*

Tertium est ex l.pen.C.de non num.pecun.quatenus B ibi dicitur creditoribus & alijs, quorum interest licere exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debitore principali *supersedente*, ea vti nec ideo prohiberi, *quod principalis debitor ea nunquam vsus fuerit.*

Sed ista nihil mouent. Quod attinet ad primum, sensus Nouellæ est, marito ære alieno obstricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudis suspicio sit, si fortè augere eã velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt scilicet creditoribus præferatur, quia si liceret hoc facere, in promptu esset ratio fraudis committendæ aduersus creditores, non solùm si maritus confiteretur accepisse quod non accepisset, sed etiam simulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ, quod facilè committi posse non ignorãt ij, qui versantur in foro, quæ suspicio non habet locum in rebus immobilibus.

De hac facti specie nos non loquimur, id est, de dotis augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio con- C stante, eo tempore quo talis fraudis suspicio esse potest, Sed de ipsa dote à principio cauta, quã maritus est confessus se accepisse, & quam numeratam non fuisse intra tempora legibus constituta, licebat marito excipere & cõqueri, necnon etiam creditoribus, quorum intererat, si vllam fraudis suspicionem timebant.

Ad secũdum respondeo, illam legem accipiendã esse cum ista exceptione, nisi dotis receptæ cõfessio munita sit tempore legibus constituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim sicut mulieri actio competit aduersus maritum, ita & aduersus fiscum, qui in locum eius successit; quæ communis est expositio, vt post Bart.in d.l.Post hac nouissimè, docet Peregrinus de iuribus & priuilegijs fisci, lib.5.tit.1.nu.82.

Ad tertium respõdeo, illam legem accipiẽdam esse, sicut vltima verba indicant, si exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur, *intra statuta scilicet tẽpora*: licet.n. D illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiussorem eius, tamen indicant, etiam ab ipsis Creditoribus proponẽdam esse exceptionem intra legitima tempora: Nam hoc dicit lex, nõ nocere principali debitori & fideiussori eius, qd creditores victi fuerint, sed posse illos postea, si conueniantur, intra statuta scilicet tempora, ea se exceptione tueri. Consequẽter lex præsupponit, creditores exceptionem opposuisse intra legitima tempora, sed victos fuisse.

Et certè, vt suprà dixi, id à iure longè alienum esset, magnaque hic oriretur iuris perturbatio, si liceret alijs quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ post legitima tempora opponere: quoniam, vt suprà indicaui, maiori fauore dignus est principalis debitor, & eius magis interest, imò eius gratia introductum est auxilium illud exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quamobrẽ si ille excluditur, iustum est & cæteros, quorum in consequentiam interesse potest, excludi.

CAPVT LXXXVII.

Si præcedat dotis promissio, deinde confessio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non possint exceptionem opponere dotis non numeratæ?



Res sunt Doctorũ sñiæ hac de re. Vna, eiusmodi cõfessionẽ creditoribus quoq; nocere. Altera nõ nocere, qui possint opponere exceptionẽ nõ numeratæ dotis. Tertia, distinguendũ esse circa tẽpus, quo confessio facta est. Nã si eo tẽpore sit facta, quo maritus ære alieno maximè obstrictus est, præsumitur esse facta in fraudem creditorũ, & ideo creditoribus nõ obest; secus si eo tempore, quo facta est, nõ apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Castrens.in l.1.ff.sol.matr. & ibidem Socinum seniorem, nu.95.& Baldum Nouellum, num.213. & eundem in tract.de dote, par.10.num.18. Antonium Gabrielium comm.concl.lib.3.tit.de iure dotium, conclus.4.Menoch.de Præsumpt.lib.3.Præsumpt.13.nu.21.

Prioris sñiæ fundm̃ est, qm̃ certũ est exceptionẽ non numeratæ dotis nõ cõpetere marito, qñ post dotale instrm̃ securitas exposita est de dote soluta, vt docet tex.in l.In cõtractibus.§.Sed qm̃; verſ. *Illis etiam securitatibus*. C.de non num.pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia non videtur esse bona cõsequentia, Confessio mariti nocet marito hoc in casu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l.In contractibus.§.Sed quoniam, non loquitur de creditoribus; sed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentum est, quia vbi æs alienum apparet, suspicio est fraudis, ne videlicet facta fuerit confessio in fraudem creditorum, iuxta Authent. Sed iam necesse, C.de donat.ante nupt. quæ suspicio cessat, cessante ære alieno mariti.

Ego priorem sententiam amplector. Cùm enim præcessit instrumentum dotale, deinde sequitur eiusmodi cõfessio mariti, dos præsumitur verè numerata, ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratæ dotis, vt in d.§.Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditorib. quia maritus est principalis debitor dotis, & eius principaliter interest dotem numeratam esse; quare non debet esse deterioris cõditionis quàm creditores, sed potius quodammodo melioris, aut saltem æqualis. Ergo nihil obstat argumentum contrariæ opinionis. Licet enim l.In contractibus.§.Sed quoniam. non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione, qua & maritus ipse excluditur, cui illa magis principaliter competit.

Argm̃ autem quo nititur distinctio in primo membro ex Authen.sed iam necesse, non frangit nostram sententiam, quia loquitur d.Authent.de augmẽto dotis, quod certè in fraudem creditorum fieri, ære alieno apparẽte, si consistat in rebus mobilibus, manifesta est & euidens suspicio: aliud est de dote dicendum à principio cõstituta in instrumento dotali, deinde marito chirographum exponẽte, vel aliã cautionẽ de ea soluta. Præsumitur.n. verè soluta, nec tanta viget fraudis suspicio, cùm illa, si quæ oritur, contraria præsumptione tollatur, quæ ex dotali instrumento præcedente proficiscitur.

CAPVT LXXXVIII.

Ad l.Quoties.C.de donat.quæ sub modo.



Iocletianus: Quoties donatio ita conficitur, vt post tempus id quod datum est alij restituatur, veteris iuris authoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis author

thor fuit, vel heredibus eius condictitia actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione Diui Principes ei, qui stipulatus nõ sit, vtilẽ actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. l.3.C.de dona.quæ sub modo, &c. A

Sed quæritur, vtilis actio cuius meminit textus ei cõpetens, cui donator post mortem eius, cui donauit rem restitui voluit, sitne in rem vel in personam. Et in rem esse respondit Speculator in tit. de Empyteu.quæst.70. & post eum Decius in consi.239. & in l.de Traditionib. nu.14.C.de Pactis.

Sed in personam esse respondit Alciatus in consi.99. nu.12. & Didacus Couar.lib.1.variar.resol.cap.14.n.5. quibus & ipse assentior.

Priori sentẽtiæ adstipulari videtur l.1.C.de dona.quę sub modo, vbi dicit, donatori competere *vtilem rei vendicationem*, qua dominium pristinũ restituatur, si is cui donatum est legi donationis non obtemperauerit. Hæc eadem actio illi etiam competit, cui donator restitui voluit rem donatam, vt patet ex d.l.Quoties 3.

Secundò, adstipulatur l.1.C.de dona.cau.mortis, vbi: *Si donatione continetur, vt altero defuncto ad alterum portio eorum quæ donabantur pertineret, existente conditione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicõmissi actio cõpetit.* Actio autem fideicommissi est in rem l.1.C.comm. de lega.

Posteriori autem sentẽtiæ suffragatur iuris definitio, qua dominia rerum nõ pactis & stipulationibus, sed traditionibus acquiri palam est.l.Traditionibus.C. de Pactis. Ergo nulla traditione interueniente, in rem actio ei nõ competit, cui rem donator restitui voluit, quia dominium non habet, quod in rem actio requirit.§.Omnium.instit.de actio.

Huc accedit quòd tex.in d.l.Quoties, condictionem (quæ actio personalis est.§.Appellamus. insti.de actio.) C tribuit donatori, non autem in rem actionem.

Nec obstat l.1.C.eod.tit. quia illa lex loquitur cùm donator adiecit eam conditionem, vt alimẽta alicui prę starentur, ac proinde quod alimentorum fauore constitutum est, temerè producendum non est ad alios dissimiles casus.

Ad l.1.C.de dona.cau.mortis respondeo, esse animaduertendum illam legem locum habere, cùm mortis causa donatio fit; & donator hanc legem donationi addit, vt post mortem eius, cui donatur, alteri res restituatur. Tunc is fideicommissi actionem habet. Fideicommissum enim relinqui potest ab intestato nuda voluntate, quocunque modo.l.Et in Epistola.C.de fideicommis.et à donatarijs causa mortis.l. Ab eo.C. eod.l.Cũ pater.§. 1.de leg.2. A donatarijs autem inter viuos relinqui non potest, vt probat l.Cùm quis.§.Pater, de leg.3. quatenus tex. ait ex stipulatu actionem competere in primo casu, D quo donationi inter viuos adiecta erat conditio, vt alijs res restituerentur donatæ, vt explicat Cuiacius lib.20. obser.cap.6. quare in d.l.1.C.de dona.cau.mor. addita sunt illa verba: *Si mortis causa donatio perficiebatur.* Nõ idem respondisset in donatione inter viuos, de qua nostra disputatio est, quia fideicommissum ordinari nõ potest à donatario inter viuos: obligari potest eiusmodi donatarius pacto vel stipulatione, ad restituendum alteri post mortem suam, vel post certum tempus, & in eum vtilis actio in personam dabitur, non in rem.

CAPVT LXXXIX.

Possitne donator pactum vel modum donationi adiectum in fauorem alterius, ad libitum reuocare, etiam eo inuito?



Xistimauit Bartolus in l.Qui Romæ.§. Flauius, de verb.oblig. donatori licere, re integra, pactum adiectum donationi in vtilitatem alterius, eo etiã inuito reuocare, quem secuti sunt in commentarijs eiusdem legis. Imola, Cumanus, Alexander, Aretinus, Iason, Socinus, & Duarenus.

Sed contrariũ docuerunt Paulus Castrensis ibidem. Io. Lupus in rub.de don.inter vir.& vxor.§.54. Gulielmus de Benedictis in c.Raynutius in verbo, si absque liberis, in 2.de fideicommiss.substit.nu.23.

B Argumenta videamus. Primum prioris sententiæ argumentum est ex d.c.§.Flauius, in illis verbis: *Item quæro, si Flauii Hermetis hæres cum Claudii hærede ex causa suprascripta agere nolit, an nihilominus Sticho libertas ex conuentione, quæ fuit inter Hermetem & Claudium (vt stipulatione suprascripta ostenditur) ab hærede Claudii præstari debeat? Respondit, debere.*

Sumitur argumentum hoc modo, si inuito hærede libertas competit, Ergo secus inuito donatore *ipso, qui* pactum adiecit in vtilitatem tertij.

Secundum est ex l.3.ff.de seruis exportan.in illis verbis: Si tamen is qui vendidit, in eadẽ voluntate perseueret. Idem probat l.3.ff.Qui sine manumissione ad libertat.peruenit.& in l.1.C.Si mãcipiũ ita fuerit alienatum.

Tertium est ex l.Aristo. ff.de donatio. vbi probatur donationẽ quæ aliud pactum continet, effici cõtractum innominatum. Ergo re integra locus est pœnitentiæ.l.3. §.1.l.5.de condi.cau.data.

C Posterioris autem sententiæ argumenta hęc sunt. Primum ex l.Quoties.C.de dona.quæ sub modo. vbi dicitur, vtilem actionem acquiri tertio, cui donator dari stipulatus est: si acquiritur actio, Ergo ei non potest auferri inuito.l.Id quod nostrum, de reg iuris.

Secundum est ex l.1.ff. Qui sine manumissione ad liberta.perue.in illis verbis: *Sed & si mutauerit voluntatẽ venditor, nihilominus libertas competit.*

Tertium est ex l.37.ff.de Pactis. Proculus: *Si cùm fundum meum possideres, cõuenisset mihi tecum, vt eius possessionem Titio traderes, vendicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quàm si aut iam tradidisses, aut tua causa id inter nos conuenisset, & per te non stares, quò minus traderes.*

Si ergo tua causa id inter nos cõuenisset, nec tradidisses, non liceret mihi pactum reuocare, & fundum vẽdicare, quem vt Titio traderes, tecum conuenetam. Pactum ergo in alterius vtilitatem reuocari non potest.

D Quartum sumitur ex l.vlt.ff.de pactis, illis verbis: *Sed verius est, semel adquisitam fideiussori exceptionem pacti, vlterius inuito extorqueri non posse.*

Nõ refero quę latè disputat in hoc ꝓposito Didacus Couar.lib.1.variar.resol.cap.14. quia non pertinent ad huius articuli elatã certamque definitionem, quam in præsentia quęrimus, sed ad varias factorum circumstantias, quę super his proponi possunt.

Ego igitur pro huius q̃onis decisione sic statuo, posteriorẽ hãc sñiam probabiliorẽ videri. Nam si liberalitati hæc adijci cõditio potest ad alterius vtilitatẽ, ita vt ei cõpetat vtilis actio, sicut docet l.Quoties.C.de dona.q̃ sub modo, nõ video, quo pacto donator possit auferre ius actionẽve illi, cui eã acquisiuit. Quid n. aliud egit, nisi vt & in eum liberalitatem exerceret? Quod ergo semel placuit, amplius displicere nõ debet. Quod donatũ est, non debet sine iusta causa reuocari.l. vlt.C.de reuo.dona.

Ad primum argumentum respondeo, text.in §.Flauius, ad rẽ non pertinere, quia non rectè infertur, inuito

hærede

hærede donatoris libertas præstanda est, Ergo inuito donatore præstanda non est. Non hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque potest ex verbis textus colligi.

Ad secundum argumentum ex l.3. ff. de seruis exportan.& alijs similibus, quibus requiritur perseuerantia voluntatis, respondeo, omissis aliorum responsionibus, ideo requiri vẽditoris perseuerantiam, quia ipsius interest. Nam si quis vendiderit seruum ea lege, vt post certum tempus manumittatur, sine dubio tenetur in id, quod interest emptoris, tenetur, inquã, actione ex vendito, quia emptor cogitur seruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor serui ne conueniatur actione ex vendito, mutare potest voluntatem, quo casu si emptor manumittat seruum, actio euanescit, vt inquit l.Quæsitum, ff. de seruis expor. Mutare, inquam, voluntatem potest, & pœnitere, vt seruus non manumittatur, ne ipse ad dandum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæstione nobis proposita hæc ratio locum non habet. Nam si doner quis Titio quantitatem vel speciem ea lege, vt post certum tempus, vel incertum alteri tradatur, seu restituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atque in alterum, cui postea restitui rem voluit, ipse nullam amplius iacturam subire potest, nullum amplius vertitur ea in re ipsius præiudicium, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem possit, cùm sibi mutatio non possit, alteri verò noceat, cui consultum voluit? Nemo potest mutare voluntatem in alterius iniuriam, l.Nemo mutare, de reg. iuris, Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adscripta erat, pœnitendo & reuocãdo pactum, quo rem donatam alteri post tempus aliquod dari conuenerat, non sibi ipsi donator commodum pararet, sed donatario: is enim rem donatam sine omni onere retineret. At in l.3. ff. de seruis expor. venditor pœnitendo sibi prospicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris interest, propterea quòd ex pacto cogatur seruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorsus ad rem facit, quia l.Aristo, ad rẽ non pertinet, vt cuilibet eam intuenti facilè est intelligere: Nec donatio contractus est, vt probatur satis luculenter in l. Interdictum, 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij causam, quàm ad negocij contracti spectat precarij conditio*. Non est hic contractus innominatus, sed pactum donationi adiectum, vt alteri detur restituaturve quod donatum est, quod actionem parit, vt in d. l.Quoties. Non ergo hæc ad extraneas res ac longè diuersas, qualis hæc nostra est, reuocanda sunt: sed in suis sunt terminis exhaudienda, ac suis regulis decidenda.

CAPVT XC.

Ad l.1. C. de donatio. quæ sub modo, & c.Verum, de conditio. appos. de donatione in Ecclesiam collata sub modo, vel conditione.

REcte respondisse & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cõs.284. si Ecclesiæ res donata sit ea lege, vt donatori alimenta suppeditet, & illa non impleuerit hanc cõditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim cõstitutum est in l.1. C. de donatio. quæ sub modo. Impp. Valerianus & Galienus: *Si doceas (vt affirmas) nepti tuæ ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vendicationem etiam in hoc casu vtilem, eo, quòd legi illa obtemperare noluerit impetrare potes.*

At contra Didacus Couar. post alios ab eo citatos lib.1. varia. resol. cap.14. num.6. ex c. Verum, de cond. appo. Alexander III. *Verum cum alicui Ecclesiæ possessio qualibet interposita conditione donatur, à donatore postea donum reuocari non potest, nisi fortè talis sit conditione collatum quod ea cessante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc responsum, primùm, quia nõ continet quicquam aduersus legem suprà dictam. Deinde, quia potius huic sententiæ suffragatur: *Nisi fortè talis sit conditione collatum*, inquit, *quod ea cessante debeat reuocari*. Atqui talis est conditio, de qua agitur, vt reuocetur donatio, nisi alimenta prẹstentur, vt statuit lex Cæsaris. Ergo donatio reuocari potest; quia lex Pontificia contrarium non decernit, quo casu ius Cæsareum obtinet, vt docet S. Pontifex in cap.1.& 2. de ope. no. nunc.

At obijcimt prælatum non posse Ecclesiæ præiudicare. Respondeo, in istiusmodi lucris acquirendis contrariam sententiam magis obtinere, vt patet ex Rolando à Valle in cons.15. num. 23. cum multis sequentibus lib.1.

CAPVT XCI.

An per stipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius absenti ante ratihabitionem.

FRustra nunc disputabimus, an Notarij in cõtractibus stipulari alteri possint, quoniam in plerisq; ditionibus vsus iam obtinuit, vt stipulari possint, & alteri ius quærant absenti & ignoranti. Illud non frustrà ad examen reuocabitur, an per stipulationem Notarij quæratur ius absenti ante ratihabitionẽ. Fuit hæc olim controuersia diu agitata, nec dum finita est, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide si plaustra cupis allegationum Anton. Gabrielium commu. concl. tit. de ver. oblig. concl.1. nu. 100. Cacheranum decis. Pedemontana 32. Tiraquellum de iure constituti, parte 3. limitatione 30. nu.10. cum multis seq. Hippol. Riminaldum consi.343. nu.46. lib.3. cæteros sciẽs prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri, quantum mihi diligenter vestiganti videre licuit, consistit in ijs tribus.

Primum, in legibus quibus fit mentio serui publici stipulantis impuberibus, & alijs, l.2.3.4. ff. rem pupilli saluã fore. l.1. §. Exigere. ff. de magistratib. conuenien. l.Non enim aliter, ff. de adoptio. l.2. C. eod. tit. §. Cùm autẽ, Insti. ead. l.Cùm cognatos, C. de captiuis & postlim. reuersis. c.Quanquam, de vsuris, lib.6.

Secundum est, quia Notarius est publica persona. Posse autem publicam personam alteri stipulari, puta iudicem seu magistratum, colligunt multi ex l.Enim pro quo, ff. de in ius vocan. melius probatur in d.l.1. §. Exigere, ff. de Magistratib. conuenien.

Tertium est, quia Notarium dicunt esse seruum publicum, ac proinde per eum acquiri sicut per seruos nostros. Constat autem per seruos nostros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item nobis acquiritur, Insti. per quas personas nobis acquiritur. Ergo simili modo, & per Notarij stipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem positum esse video in l.Si hac mente 25. aliàs, si ego. ff. de nego. gest. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Potest tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere.*

Animaduerti ego seruum publicum, cuius mentio fit in supradictis legibus, non alium fuisse, quàm seruum reipublicæ, de quibus seruis reipublicẹ extat tit. C. de seruis reipub. manu. quod & Tiraquellus obseruauit adductis compluribus testimonijs loco superiùs annotato, nu.33. & de nobilitate, c.30. num.9.

Quia tamen ſerui publici olim erant tabularij, hoc eſt, vt nunc vulgò loquimur, Notarij, ſicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij constitutione id fuerit poſtea emendatum, vt in l. Generali, C. de Tabularijs, ad quod alludit l. vlt. C. de ſeruis reipublicæ manumitten,) id circo non omnino mala eſt cõparatio ſerui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notatij ſiue tabellionis; quantum ad hoc, vt per eũ cautiones & ſtipulationes interponantur & fiant, ſicut olim per ſeruos publicos fiebat, & per perſonas publicas, ſicut indicat etiam l. 4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quòd eiuſmodi perſonæ publicæ, ſicut nunc ſunt Notarij, cùm ſerui amplius non ſint, non rectè nunc ſeruis comparãtur, & multò minus ſeruis quos priuatim poſſidemus, vt quemadmodum per ſeruos noſtros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis ſtipulantes acquiratur. Etenim ſeruus municipum non eſt ſingulorum ſeruus, ſed reipublicæ, vt in l. 1. §. Seruum, ff. de quæſtio.

In iudicialibus itaque & prætorijs ſtipulationibus de quibus leges ſuperiùs adductæ loquuntur, nõ malè retinebimus notariorum & ſeruorũ publicorum, ſeu perſonarum publicarum comparationem, quod confirmari poteſt ex l. Orfanotrophos, C. de epiſcop. & Cler. ibi: *Publicis perſonis, id eſt tabularius*, ſecus autem in contractibus & cæteris negotijs, in quibus nullum habemus legis teſtimonium, ſi ſecundùm leges hæc quæſtio dirimenda ſit.

Quod ſi ex conſuetudine id etiam amplius tribuamus noſtris tabellionibus, vt paſſim in omnibus priuatis negotijs & contractibus ſtipulentur, & cautiones pro abſentibus recipiant, non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt abſentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri conſentaneum non eſt, neque conſuetudine munitum eſt. Abijciamus ergo eorum ſentẽtiam qui affirmant, amplectamur eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per iſtiuſmodi tabellionum ſtipulationes.

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuerſia, an competat extra cauſſam locationis & conductionis, ſicut hypothecaria actio.

NOn committam, vt ſilentio præteream duas de Saluiano interdicto controuerſias, quarũ in foro maximus eſt vſus. Prima eſt, an cõpetat Saluianũ interdictũ cuicũque creditori, extra cauſſã locationis & cõductionis, ſicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excuſſio. Priorem hoc posteriorem ſequẽti capite explicabo.

Tractat hanc quæſtionem magnus Menochius in commentarijs de adipiſcenda poſſeſſ. remedio 3. in 3. quæſtione, & refert duas extare tàm veterum quàm recentiorum ſententias, autores ſimul laudans, quos huc transferre non eſt operæprecium. Vna eſt, eiuſmodi interdictũ competere contra quemcunque debitorem. Altera, non concedi creditori extra cauſſam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quàm ex cauſa locutionis & conductionis.

Omnis difficultas poſita eſt in reſcripto Imperatoris Gordiani in l. 1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc ſunt verba: *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia ſunt venũdedit: integrũ tibi eſt ea perſequi, nõ interdicto Saluiano (Id enim tãtummodo aduerſus conductorem debitoremve cõpetit) ſed Seruiana actione, vel quæ ad exẽplũ eius inſtituitur, vtilis aduerſus emptorem exercenda eſt.*

Quod ait lex *debitoremve* expoſuẽt aliqui, id eſt, ex cauſſa conductionis. Alij verò accipiũt de quocũque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. ſentẽtiarum Pauli tit. de interdictis, circa finẽ & in paratitlis Codicis & Digeſtorum eiuſdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ ſententia & expoſitio, & verbi proprietati conſentanea eſt, & probabilior videtur, quia ſi Gordianus voluiſſet dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex cauſſa cõductionis, dixiſſet, dari aduerſus conductorem hæredesve eius, non autẽ *aduerſus conductorem debitoremve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem ſolus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. Obſeru. c. 24. vtile Saluianum dari contra extraneũ poſſeſſorem. Et quidem contra poſſeſſorem rerũ conductoris, quæ locatori ſunt obligatæ, res nullam habet dubitationem, quia ita reſpondit Iulianus in l. 1. ff. eod. tit. dum dixit: *Si colonus ancillam in fundũ pignoris nomine induxerit, vt eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum eſt, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum poſſeſſorem rerum debitoris alterius, extra cauſſam locationis & conductionis non ita exploratũ eſt. Putat tamen Cuiacius cõpetere paratitlis, vtile ſcilicet interdictum Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis eſt, vt aſſentiar, quia ſi datur hoc interdictũ directum aduerſus quemlibet debitorem, ratio iuris poſtulat, vt & aduerſus poſſeſſorem, quemlibet pignoris, vtile concedatur: quemadmodum directum competit aduerſus conductorem, l. 1. C. eod. tit. vtile verò aduerſus emptorem pignoris ipſius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vſus forenſis obtinuit, vtile interdictũ Saluianum in omnibus caſibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, ſiue hypothecaria actio: quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba reſcripti Gordiani, *debitoremve*, pro debitore ex cauſa conductionis: quæ ſanè expoſitio non ſatis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excuſſio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduerſus extraneum poſſeſſorem intendatur?

NOn eſſe neceſſariã excuſſionẽ principalis debitoris, vt Saluiano ĩterdicto agi poſſit aduerſus extraneũ poſſeſſorem, reſpõderunt Socinus ſen. conſil. 80. lib. 3. Crauetta conſil. 201. Rolandus à Valle conſil. 9. & conſi. 14. li. 1. Menochius de adipiſcenda poſſeſſ. remedio 3. num. 179.

Fundamentum eſt, quia hoc interdictum poſſeſſorium eſt, Ergo non habet locum exceptio excuſſionis non factæ debitoris principalis, l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.

Contrarium reſponderunt Bertrandus conſil. 213. lib. 4. & conſ. 449. & 458. lib. 7. Calcaneus conſ. 29. nu. 5. Bellonus conſ. 34. nu. 9. Natta conſ. 521. Franciſcus Becius conſ. 88.

Fundamẽtũ eſt in Nouella cõſtitutione Iuſtiniani, q̃ excuſſionẽ principalis debitoris requirit, anteq̃ agatur contra extraneos poſſeſſores. Sic ait Iuſtinianus: *Sed neque ad res debitorũ, quæ ab alijs detinentur, veniat prius, antequã trãſeat viã ſuper perſonalibus cõtra mandatores, & fideiuſſores, & ſpõſores, ſicq; ad res veniens principalis debitoris, ſiue ab alio detineãtur, & detinẽtes eas cõueniens, ſi neq; inde habuerit ſatisfactionẽ, tunc veniat aduerſus res fideiuſſorũ et mãdatorũ, et ſpõſorũ, &c.*

In

In Auth. de fideiussorib. & mandatorib. §. Sed neque. A

Huic posteriori sententiæ acquiescendũ puto. Nec enim ad rem facit l. vlt. C. de acq. possess. hoc dicit. *Siue seruus, siue procurator, vel colonus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionẽ cuiuscunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit desidia forte, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, sed & ipse si liberæ cõditionis est, competentibus actionibus subiugetur: omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo versatus est.*

Argumentum ex hac lege sumitur hoc modo, quia agenti ad recuperandam possessionem ex remedio dictæ legis, non obstat exceptio, non factæ excussionis debitoris principalis.

Sed inter hæc & quæstionem nostram magna est dissimilitudo. Primò, l. vlt. loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum & merito; rem itaque suam vindicabit & B possessionem recuperabit. At in quæstione nostra agitur de creditore, non de domino ipsius rei, vel possessore. Secundò, in quæstione nostra debitor est certæ quantitatis, cum quo negocium gestum est, & contractus initus, ex quo debitum est generatũ, meritò prius conueniendus est quàm extraneus possessor, qui non est obligatus, & ad quem bona fide, & iusto titulo res peruenit. At in l. vlt. nullus est debitor, cum quo contractus fuerit initus, imò is ad quem possessio iniustè peruenit, principaliter tenetur eam restituere domino: Is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod interest. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium potest transferre, at in l. vlt. seruus vel colonus, vel procurator, vel alius quispiam dominum spoliauit sua possessione, nullum ipse in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac nostra facti specie, non videtur mihi tanti esse faciendum, vt à præclara & speciali constitutione recedamus, quæ hanc propositam quæstionem satis apertè decidit.

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.



ARbitriorum multa sunt genera. Vnum huiusmodi vt siue æquum sit, siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur cùm ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem Doctores appellãt, l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro socio. Sunt & alij, quos Magistratus è re nata litigatoribus constituunt, D à quibus appellare licet, sicut à iudicibus, l. Arbitro. ff. qui satisd. cogãtur. Ab arbitris autem ex compromisso appellare non licet, l. 1. C. de arbitris. Si tamen sordes vel euidens gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, aduersus agentem ex stipulatu ad pœnam exceptio doli mali competit, l. 3. C. eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quædam appellandi species est, cùm liceat retractare de sententia arbitri*, inquit Paulus in l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de receptis arbitris. Atque hinc nostri communiter distinxerunt arbitrum ab arbitratore, à sententia arbitri negarũt peti posse reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei standum sit, siue æqua, siue iniqua sit, l. Diem proferre, §. Stari, ff. de recep. arb. A sententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d. l. Societatem, §. Arbitriorum cum ll. seq. ff. pro socio, vt testatur Ioan. Imolensis in c. Quintauallis, num. 47. de iureiurando. Sed apud quem Iudicem petenda sit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum est à sententia arbitratoris.

Variæ enim sunt Doctorum sententiæ. Vna, petendam esse apud Iudicem superiorem ipsius arbitri, Angelus in l. Si suscepta, §. vlt. ff. de inoffic. testam. Romanus cons. 265. Io. Andr. in c. Statutum, §. Cùm autem, de rescript. in 6. Afflictus decis. 51. Felyn. in c. 1. col. 5. de præscript. Parisius consil. 45. num. 11. lib. 1.

Fundamentum est, quia reductio ad arbitrium boni viri similis est appellationi, d. l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de recept. arb. Appellatio autem ad superiorem pronunciantis sententiam deferenda est, l. Præcipimus, C. de appellat.

Non est satis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non est per omnia similis appellationi, sed in eo duntaxat, quod sententia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam, in alijs multis est dissimilis, vt dicebat Federicus Senensis cons. 285. nu. 2. B Deinde, quia appellatio deuoluit quidem caussam ad superiorem iudicis qui pronunciauit, sed ille idem superior est Iudex etiam litigatorum. Hæc autem sententia requirit tantùm, vt Iudex reductionis sit superior arbitri. Ideo dicunt isti, si compromittatur in clericum & laicum, & ab eorum sentẽtia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum esse Episcopum, tanquam superiorem clerici, & consequenter ratio duntaxat habetur, vt Iudex reductionis sit superior arbitri non litigatorum, quod est absurdum.

Secunda est sententia, Iudicem competentem caussæ reductionis ad arbitrium boni viri eum esse, qui ordinarius Iudex est illius, aduersus quem reductio ad arbitrium boni viri postulatur. Ita respondit Federicus Senensis in cons. 285. quem refert & sequitur Io. Imolensis in c. Quintauallis, num. 54. de iureiur. Didacus Couar. lib. 2. variar. resol. cap. 12. nu. 2.

Fundamentum est in l. 2. C. vbi & apud quem, &c. C Diocletianus: *Quoniam ea quæ in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens est, si de his repetendis per integrum restitutionem, vel quamcunque aliam caussam putaueris agendum, eius te ad re prouincia Præsidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Non est satis firmum, quia ratio diuersitatis est inter restitutionem in integrum aliamve caussam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum restitutionem quæ aduersario suo dedit, est actor, & iudicium instituit tunc primùm, ideo sequi debet forum rei quem conuenit, secundum vulgarem iuris regulam. At petens reductionem sententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, non tunc primum litem instituit, sed caussam suam iam cœptam persequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrum iretur, aut reus. Si actor, sine dubio sequi debet forum rei, atque adeò reductionem petere apud Iudicem ordinarium rei: sin au- D tem reus erat is qui petit reductionem, similiter reductionem petere apud suum ordinarium Iudicem poterit: quia in caussa reductionis non desinit esse reus, & actor qui erat non desinit esse actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum est, ab arbitro eum conuenire debet apud suum Iudicem, si nolit parere arbitri sententiæ, ipse verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud suum ordinarium Iudicem postulare.

Tertia est sententia, petendam esse reductionem apud ordinarium Iudicem rei, apud quem aliàs actio fuisset instituta, & hunc esse iudicem competentem, ita Bartolus in d. Societatem, §. Arbitriorum, num. 18. ff. pro socio, & multi alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle in consil. 24. lib. 4.

Et hanc sententiam multis præiudicijs in Camera Imperiali firmatam testatur Andrea Geyll. lib. 1. Obseru.

setu. 149. & in pleno consilio ita judicatum fuisse anno 1542. testatur Mynsingerus centur. 2. obseruat. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc sententiam probari, testis est Rebuffus de arbitris, art. 1. Gloss. 19. & in Senatu Pedemontano ita sæpè judicatum fuisse, scribit Anton. Thesaurus decis. Pedemontana 14. Itaque ab hac sententia, quasi iam consuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis autoritatem, & aliorum insignium Tribunalium, non puto recedendum esse.

Adfertur pro hac sententia l. Cùm hi. §. Transactiones. ff. de Transact. & l. Si quis rem, 35. ff. de recep. arb. in vltimis verbis, ibi. *Lite apud iudicem suo ordine peragenda*. Magis vrget argumentum Bartoli, quia actor sequitur forum rei, Ergo reductio petenda est apud Iudicem ipsius rei.

Non obstat si dicatur hoc habere locum, si actio petat reductionem, non si reus, quia respondetur etiam si reus reductionem petat idem statuendum esse. Nam cùm reus petit reductionem sententia in fauorem actoris lata est: tunc ergo inter actorem & reum hæc est contentio, ac status causæ. Actor dicit, arbitratoris sententiam iustam esse & exequendam, agens scilicet ex stipulatione proposita, vel contractu præambulo, impleto per sententiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitrorum. nu. 15. ff. pro socio. reus contrà, iniquam esse contendit, & reducendam ad arbitrium boni viri. Hujus rei definitio spectat ad Iudicem ordinarium rei, quia actor sequi debet forum eius; Cognoscet igitur ordinarius Iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium; nec aliter illud ratum habebit, quàm si æquum fuerit. Præclarè enim Celsus. *Et vero ea mens est personam arbitrio substituentium, vt quia sperent eam rectè arbitraturam, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint*, l. Si libertus, 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus sit petenda reductio ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris.



Controuersia quoque est de tempore, intra quod reductio petenda sit ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris. Et vt statim dicā, existimo intra decem dies petendam esse, autoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis; *Sin autem post sententiam minimè quidem suscripserint se arbitri formam amplecti, sed silentio eam roborauerint, & nō intra decē dies proximos attestatio missa fuerit uel iudici, vel aduersario ab alterutra parte, per quam manifestum fiat, definitionem nō esse amplectendam; tunc silentio partium sententiam roboratam esse*, &c. Atque ita docent Specul. in tit. de arbitr. & arbitrato. §. Sequitur. nu. 24. Panor. in c. Quintaual. nu. 16. de iureiur. Pract. Pap. in forma libelli, quo agitur ad penā ex compromisso, in verbo *Reductio*. nu. 2.

Communis sententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teste Decio in cons. 39. nu. 6. Engenio cons. 1. nu. 60. Andrea Geyll. lib. 1. Obseruat. 150. nu. 2. vbi dicit, Cameram Imperialem eā sequi solere.

Fundamentum est, quia hæc reductio vel est actio, vel exceptio ac defensio, vel ius aliod quodcunque, Ergo non tollitur minori spatio 30. annorum. l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris respondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etsi magna sit autoritas communis sententiæ, non tamen tanta esse debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies constituit, satis clarè & directè, nimirum, l. pen. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30. annorum requiri

A ad tollēdam actionem, defensionem, & ius alteri competens verum est, nisi minus tempus à lege sit constitutum. Nam & appellatio defensionis est species, & tamen intra decem dies proponenda est, Auth. Hodie. C. de Appellatio. Sic & reductio sine querela à sententia arbitri, vt in d. l. penult. C. de arbitris; quemadmodum & supplicatio, vt in Authent. quæ supplicatio. C. de precibus Imper. off.

Non obstat quod respondetur l. pen. C. de arbitris, loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, nō ex compromisso, nec ex Iudicis mandato, vel necessitate vlla, sed ex communi sententia & consensu partium, quorum etiam mentio fit in l. pen. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et isti sunt non autoribus iuris nostri, sed Doctoribus nostris arbitratores. Id probo ex traditis per Bartolum, & alios, in l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro socio, vbi textus dicit, Arbitriorum

B duo sunt genera, *vnum huiusmodi, vt siue æquum sit siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur, cùm ex compromisso ad arbitrum itur. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, si nominatim persona sit comprehensa cuius arbitratu fiat*. Priores dicuntur arbitri nostris Doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Posteriores dicuntur à nostris arbitratores. vnde Bartolus ibi sic scribit in principio: *Sententiæ arbitri omnino est parendum. Sententia verò arbitratoris, si sit iniqua, reducitur ad arbitrium boni viri*. At Iurisconsultus eos vocat arbitratores, & ij sunt arbitri, de quibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromisso itur, quorum sententiæ parendum est, siue æqua, siue iniqua sit, aut pena soluenda, l. Diem proferre. §. Stari. ff. de recept. arbit. Non etiam loquitur de arbitris quos Magistratus eligunt, vel dant litigatoribus, à

C quorum sententia appellatur, sicut à sententijs iudicum. l. Arbitro. ff. qui satisd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi sentantia electis, sine pena, sine Iudicis mandato, quorum sententia redigi debet ad arbitrium boni viri, si iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum, & sequentibus legibus. Et ij Doctoribus nostris sunt arbitratores. Ergo d. l. pen. loquitur de arbitris, qui vocantur à nostris arbitratores. Et expressè statuit decem dierum tempus ad reclamandum à sententia arbitri, vt iam dictum est. Consequenter expressè quæstionem à nobis propositam decidere videtur; nisi ego toto aberrem cœlo quod viri docti, vt spero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum appellari possit à sententia Iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.

D



Insignis quoq; controuersia est inter Bartolum & Baldum, an à iudice, ad quem tāquam ad bonum virum recurritur, vt arbitratoris sententiam (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bart. in l. 1. num. 18. de legat. 2. Affirmat Bald. in l. 1. nu. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo stant Innocentius in c. Præsenti, de rescript. Abbas Panormitanus in cap. Quintauallis, nu. 40. de iureiur. Ioan. Andr. in add. Speculatoris, tit. de Appellatio. §. In quibus, nu. 16. Salycetus in l. Et in maioribus. C. de appell. & in l. pen. quæst. pen. C. de arbitris. Cepola cons. ciuili 16. Fulgos. cons. 111. & 114. Lanfrancus de arbitris, quæst. 20. Socin. iun. cons. 15. lib. 1. Cardinalis cons. 140. Bologninus ad Ananiæ cons. 51. Castrensis cons. 121. nu. 8. lib. 2. Pract. Papiens. in forma libelli, ad penam compromissi. §. Ne redactio. num. 9.

A sententia Baldi stant Pau. Castr. Imola, & Alexander

der in l.1.de leg.2. idem Imola in d.c. Quintauallis.nu. A 36.& Anton.Butr.24.differētia. Vitalis tract.Clauſular. tit.de reductione ad arbitrium boni viri,cap.vltimo ad finem, Baptiſta de S.Blaſio de arbitris,quæſt.penult.colum.pen.Aretinus in c.Super ijs.nu.47.de accuſa. & ibidem Felynus nu.13.Alex.conſil.106.nu.7.lib.3. Didac. Couar. variar. reſol. lib.2. cap.12.num.4. & 5.Andreas Geyll.lib. 1.obſer.149.nu.4.

Fundamentum ſententiæ Bartoli eſt,quia hoc non reperitur iure cautum,vt à iudice reductionis appellare liceat. Et ratio eſt,quia nō ad eum ſimpliciter recurritur vt iudicem,ſed vt bonum virum, vt in l.Societatem.§. Arbitrorum.ff.pro ſocio cum ll.ſequentib.Quamobrem videtur eſſe arbiter quidā, non iudex. A ſententia verò arbitri non appellatur,l.1.C.de arbitris.

Fundamentum ſententiæ Baldi eſt,quia regulariter permiſſa eſt appellatio à ſententia iudicis.l. Et in maioribus.C.de appellat. Et iſte eſt iudex nimirum reductionis.Ergo appellare licet. B

Non obſtat, quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cùm quid arbitrio iudicis committitur,id cenſetur ei commiſſum, vt bono viro.l.Fideicommiſſa.§.Quāquam.de leg.3.l. Si libertus,de operis liber. l.vir bonus.ff.iud.ſolui.l.Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig.& tamen conſtat ab eius ſententia appellari poſſe, c.1.de dilatio.

Mihi ſententia Baldi magis probatur. Primò,quia iudex reductionis non eſt arbiter ex compromiſſo, à quo non licet appellare,ſed iudicis officio fungitur.Ergo ab eius ſententia appellare licet.l.Ex conſenſu.ff.de appel. vbi dicitur, à iudice dato ex conſenſu litigatorum citra compromiſſum prouocare licere.Secundò,quia ad eum tanquam ad bonum virum recurritur, vt reformet ſententiam arbitratoris ſecundùm æquitatem & iuſtitiam. Ergo ſi iniquè pronunciauerit, & ipſe quoque læſerit alterum ex litigatoribus,nihil proponi video, cur non li- C ceat ab eius ſententia prouocare.

Tertiò, licet maxima ſit inter Doctores controuerſia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res committitur,quā latè tractat Menochius de arbitrarijs iud. quæſt.70. tamen in quæſtione noſtra non puto eam militare, quia cauſſa reductionis non eſt ſimpliciter commiſſa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus caſibus controuerſia illa locum habet, ſed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri.Dicimus enim,reductionem eſſe ad arbitrium boni viri,ſiue ſententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l.Societatem.§.Arbitriorum.ff.pro ſocio.Ergo ſi non vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellare profectò licebit.

Quæ ſententia confirmatur. Nam in iudicijs bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur,quia æquitatem ſequi poterat, & multa ex arbitrio ſuo decernere, vnde arbiter familiæ herciſcundæ. Arbiter communi dividundo, pro ſocio. Dotis recuperandæ & ſimiles,l.1.ff. D de ſtalla. do.l.5.C.fam.herciſc.l.4.de ſer.leg.1. ff. de pactis dotalib. & latè explicat Briſſonius lib.2.de verbor. ſignifi.in ver.Arbiter. Et tamen nemo dixerit ab eorum ſententia appellare non poſſe.

Quid plura? nonne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet.l.Ceteræ.§.1.ff.fam.herciſc.nonne dicimus: *Totam rem ad iudicem,id eſt, ad virum bonum*, remitti.l.Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quaſi boni viri*.in l.Sed ſi vnius.17.§.Prætor ait.ff.de iniurijs? Ergo non liceret appellare? At abſurdum eſt hoc,iniquum, & contra omnes leges & conſtitutiones,quibus appellatio permiſſa eſt.Demus igitur & à iudice reductionis appellandi poteſtatem, ſi iniuſtè pronunciauerit, & arbitri laudum in peius reformauerit.

CAPVT XCVII.

Emphyteuſi conceſſa alicui & filijs ſuis,an veniant fœminæ.



FRequentioribus Doctorum ſuffragijs in hanc ſententiam itum eſt, filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteuſi conceſſa alicui, pro ſe,& filijs ſuis, vt fatetur Couaruu. qui contrariam ſententiam ſecutus eſt lib.2.cap.18.nu.1.latè adductis autoritatibus, Roland.à Valle, in conſ.93.lib. 2.Burſatus conſ.80.nu.7.Clarus q.32.Emphyteuſis. Benintēdius deci.Bonouiēſi 52.Hypol.Riminald.cōſ.153. nu.3.lib.2. nouiſſimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico.cap.11.nu.3.& ſeq.vbi multos alios citat.

Fundamentum eſt, quia in contractibus ſtricti iuris, qualis eſt Emphyteuticus,verba ſtrictè ſunt accipienda, l.Quicquid adſtringendæ,de verbor.oblig. Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, ſed ex interpretatione & extenſione, l.pronunciatio.l. Iuſta,de verb.ſig.l.Cùm in adoptiuis.§. Quæ in filio.de verb.ſig. Præterea in ſtipulationib. & pactis verba ambigua interpretari debent contra ſtipulatorem,qui poterat legem contractus apertius dicere.l. Veteribus.ff. de Pactis.l.Stipulatio iſta.§.In ſtipulationibus.de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l.2.q.17.de iure Emphyt.Decius ad l.2.de reg.iuris in tract. quando maſculinum concipiat fœmininum, num.9. Alciatus in l.1.de verb.ſign.Couar.qui malè citat Iaſonem pro eadem ſententia,d.lib.2.variar.reſol.cap.18.nu.1.alios citat Antonius Gabrielius comm.concl.lib.6.concl.6. nu.94. quibus adde Pinellum ad l.3.nu.33.C.de bonis mater. Menoch.conſ.111.nu.57.& nu.60.lib.2.

Fundametum eſt,primò in §.Emphyteuſim,in Auth. de non alienandis rebus Eccleſ. vbi dicitur expreſsè, Emphyteuſim Eccleſiaſticam tranſire tam ad maſculos, quàm ad fœminas,ibi: *Filiis tantum maſculis, aut fœminis,aut nepotibus vtriuſque naturæ*. Secundò,quia iuſta interpretatio hæc eſt, vt filiorum appellatione filiæ contineantur, & id ſæpe, & plerunque fit l.Iuſta.l.Pronunciatio, de verb. ſig. Immò ſexus maſculinus ſemper fœmininum continet, inquit Iulianus in l.Qui duos.de leg.3.

Hæc poſterior ſententia, niſi aliud obſtet, videtur mihi ſanè probabilior, & iuri magis conſentanea. Etſi enim in §.Emphyteuſim, non decidatur quæſtio noſtra, ſed tantùm hoc dicatur, Emphyteuſim ad fœminas quoque tranſire (quod pro reſponſione à contrariæ ſententiæ autoribus allatum ſcio), tamen ex eo poſſumus argumentum conficere huiuſmodi. Contractus ſecundum ſui naturam & legis diſpoſitionem confectus præſumitur.

Sed hæc eſt natura huius contractus & legis diſpoſitio, vt fœminæ ſuccedant in Emphyteuſi, ſicut maſculi. Ergo verba contrahentium, tàm maſculos, quàm fœminas comprehendunt.

Maior propoſitio probatur ex l. Quærto.§. Inter locatorem, ff.locati, ex l.Si ſtipulatus.ff.de vſuris, tradit Alciatus de præſumpt.reg.3.Præſump.32.nu.1.latiſſimè probat Menochius de Præſump.lib.3. Præſump.38.& lib.6.Præſumpt.9.

Minor probatur ex §.Emphyteuſim,& ex legib.quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negando verba in contractibus ita propriè & ſtrictè accipiendam eſſe, vt excludatur iuſta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis ſpectanda eſt, quàm verba, l.In conuentionibus, de verb.ſig.l. Semper in ſtipulationib de reg.iuris.

Ad secundum respondeo, verba dubia interpretanda esse cõtra stipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non sunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tam masculos, quàm fœminas comprehendant, l. Iusta, l. Pronunciatio, de verb. signif.

Respondent diuersæ sententiæ autores, id non esse tam certum, filiorum scilicet appellationé filias contineri, vt non recipiat probationem contrariam; Nam in materia stricta non contineri filias, indicat l. 1. §. Sed si incertum sit, de ventre in possess. mittendo. Hæc est autem materia strictè accipienda, quia contractus est stricti iuris.

Non me frangit hæc responsio, quia etsi contractus Emphyteuticus stricti iuris sit, admittit tamen fœminas sicut masculos. Ergo contrahentium voluntas ea esse videtur, quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua masculinus sexus fœmininum continet, ideo euertitur, quod si testator dixerit: *Si mihi filius vnus nascetur exhæres esto*, non continetur filia: nam plerumque secus est, l. Iusta. l. Pronunciatio. l. Qui duos, de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione. Ergo in regula versamur. Ergo res est clara non dubia. Non est bona collectio. Potest verbum illud aliquando trahi ad alium sensum, Ergo ambiguum est. Si hoc valeret, nihil esset certum, nihil clarum, omnia obscura, & ambigua. Nam quæ sunt verba tam perspicua, quæ secundùm materiam subiectam non aliter atque aliter accipienda sint? l. Si vno. ff. locati. l. Insulam. ff. de præscript. verbis,

CAPVT XCVIII.

Emphyteusim non Ecclesiasticam, si qui stipuletur filijs suis, an etiam filijs naturalibus stipulatus videatur?



Ed rursus controuersia est. Patet Emphyteusim filijs stipulatur, an etiam naturalibus filijs stipulari videatur, & sermo est de Emphyteusi priuatorum, non autem Ecclesiastica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hæc sententia communior dicatur, Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus, num. 58. ff. ad Trebell, Negant autem Decius in cap. In præsentia. nu. 44. & seq, de probatio. & ibidem Berous, num. 325. Aurelius Corbulus de iure Emphyt. cap. 12. num. 56. vers. Ampliatur, vt naturales.

Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs cap. 30. nec hos, nec illos sequitur, sed ita pronunciandum censet. Si quis sibi & filijs fuerit stipulatus, siquidem tũc naturales habebat, de his quoque actum videri ex mente contrahentium, secus autem, si naturales postea suscepti sint.

Fundamentum prioris sententiæ est in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, si sine liberis decesserit vt restituat hæreditatem, Papinianus scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum posterioris sententiæ est, quia filium eum definimus, qui ex viro & vxore natus est. l. Filium, de his qui sui, vel alie. iuris sunt. Ergo naturalis non continetur, præsertim in stipulatione, in qua verba sunt strictè accipienda. l. Quicquid adstringẽdæ. de verb. oblig. & si dubia sunt, vt hoc in casu contra stipulatorem. l. Stipulatio ista. §. in stipulationib. de verb. obl.

Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis sententia eo nititur fundamento, quod stipulatoris hæc fuisse voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteusi ita quæsita succederent; quæ voluntas in stipulationibus magis spectanda est, quàm verba, l. In conuentionibus. de reg. iur.

Hæc sententia mihi quoque placet, eamque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus, sic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videbitur esse, de quibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fide commisit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior sententia refellitur: Etsi enim Papinianus scripserit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat. Vlpiani tamen alia est sententia, hoc ex voluntate, &c. pendere, Vlpiani sententiam secutus est Imperator, dum eius responsum in Pandectis posuit, & consequenter approbauit.

Posterior autem sententia firmo satis & solido nititur fundamento, quam ego non refello, sed probo & amplector cum distinctione Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis, loco annotato.

CAPVT XCIX.

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non soluit, an præscriptionem allegare possit, ne in futurum soluere cogatur?



Axima quoque controuersia est, vtrum emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonẽ non soluit, nec à domino interpellatus ad soluendum fuit, libertatem præscribat nõ soluendi canonẽ temporis futuri; qua in re ne diu lectorẽ morer, pronunciandum sic existimo, nequaquam eum præscribere libertatem pro futuro tempore. Vtor in primis autoribus Accursio in l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. anno, Iasone in l. 2. num. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papę decis. 406. & alijs, quos refert Anton. Thesaurus decisione Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll. lib. 2. obser. 73. dum scribit, præscriptionem in annuis præstationibus locum non habere, idque multis præiudicijs in Camera confirmatum.

Vtor præterea autoritate l. cum notissimi, §. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. vbi Imperator: *In iis etiam promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, temporum memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.*

His verbis indicauit Imperator & statuit, in annuis præscriptionibus tot esse præscriptiones, quot sunt anni: quare si Emphyteuta non soluit spatio annorum 30. vel 40. præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras, quia noua præscriptio est necessaria futurorum annorum; & quidem in singulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos, C. de vsuris: licet enim ibi sit constitutum principali actione subleta præscriptione 30. annorum, nullam super vsuris quæstionem moueri posse, quia principali caussa non subsistente, nec ea quæ sequuntur locum habent, l. Cùm principalis. de regulis iuris: Tamen illa lex satis indicat, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam mouere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: adserendo singulis annis eorum actiones nasci,* &c.

Contrarium docuit Barto. in d. l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. Ius Emphyteut. in fi. C. de fundis patrimon. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphyt. cap. 15. limit. 31.

Fundamentum est in l. vlt. C. de fundis rei priuatę lib. 11. Et quia omnis actio tollatur spatio 30. vel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Et quia in annuis præstationibus agi possit, tam pro tempore præterito, quàm pro futuro. l. 1. C. de fideicom. l. Libertos quos. §. 1. ff. de alimẽ. & cib. legatis. Ergo præ-

scripto

ſcriptio pro toto tempore currit, ſicut pro toto tempore agi poteſt.

Ad l. Cùm notiſſi. §. vlt. reſponderi poteſt, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præſtationibus præſcriptionem currere à die ceſſationis pro illo anno, in quo ceſſatum eſt. Secundò, præſcriptionem omninm annorum currere ab eo tempore, quo ceſſatum eſt. Tertiò, in ſtipulatione annua hanc poſteriorem ſententiam veram eſſe, quia annua ſtipulatio eſt vna pro toto tempore, in legatis verò locum habere priorem ſententiam, quia quot ſunt anni, tot ſunt legata.

Tertiam autem expoſitionem, quæ Gloſſæ, & Ioannis fuit, eſſe veriorem.

Sed ad hæc refellenda non magno labore opus eſt. In primis quod attinet ad l. vlt. C. de fundis rei priuatæ, illa non dicit penſionem annuam 40. annorum ſpatio præſcribi ab Emphyteuta, vel alio, ſed hoc dicit. Si quis emerit fundum rei priuatę Principis, ea lege, vt canonem ſoluere non teneatur, non poſſe ſe tueri præſcriptione temporis, niſi 40. annorum. Nunquam iſte emptor ſuſcepit in ſe obligationem ſoluendi canonem, ſed eam recuſauit & noluit ſuſcipere. Conſequenter non pertinet ad rem noſtram, quia noſtra quæſtio eſt, an is qui ad annuam præſtationem canonis Emphyteutici obligatus eſt, poſſit præſcriptione temporis ſe tueri. Verba dictæ vlt. legis hæc ſunt, ne lectoris animus diſtrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationem dominica poſſeſſionis accedat. Quod ſi quis in poſterum ad interdictum contractum acceſſerit, eum volumus precia perdere perpetuò, nec expenſarum vel melioratæ rei fructuum exactionem compenſationem opponere; nec temporis ſibimet contra noſtra commoda præſcriptione, excepto vetuſtatis auxilio blandiri.*

Ad l. Sicut. & l. Omnes, reſpondeo, nil obſtare, quia nos quoque dicimus annuas præſtationes præſcriptione 30. vel 40. annorum extingui; ſed ſingulorum annorum, quibus actio naſcitur, præſcriptionem contemplamur, & requirimus ex mandato legis, vt in d. l. Cùm notiſſimi, §. vlt. non autem totius temporis futuri ex vnius anni, vel alterius penſionis præſcriptione ius metimur.

Non obſtat quod dicitur, agi poſſe pro toto tempore, Ergo & præſcriptionem currere pro toto tempore: quia negatur conſequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia valde abſurdum foret, vt quis pro ſingulis penſionibus peculiarem proceſſum inſtituere deberet, argum. l. Malè agitur, C. de præſcript. 30. vel 40. annor. declarat optimè Andreas Geyll. lib. 1. obſeruat. 74. Sed hæc res non immutat naturam obligationis; & multò minus legis ſanctionem circa ipſam annuæ obligationis præſcriptionem, tam apertè poſitam in d. l. Cùm notiſſimi, §. vlt. quam legem conſequentia illa, ſi valeret, prorſus deſtrueret. Sic enim infert. Eſt vna actio pro toto tempore; Ergo vna præſcriptio pro toto tempore. Atcontra Imperator dicit, per ſingulos annos vel menſes tempora præſcriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d. l. Eos. C. de vſuris. fatetur Imperator ſingulis annis *actiones naſci*, quantum ad effectum præſcriptionis.

Porrò expoſitioni d. §. vlt. l. Cùm notiſſimi, quam ſuprà tertiò loco retuli, & probari dixi Gloſſæ, Ioanni & Bartolo, obſtant primò verba textus, quatenus non diſtinguit inter annuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem noſtram attinet, obſtant verba illa, quibus apertè dicitur, præſcriptionum tempora currere per ſingulos annos vel menſes, non autem ab exordio obligationis. Quid eſt aliud hoc (bona pace doctiſſimorum virorum) quàm exponere album pro nigro? Si vna præſcriptio ſufficeret pro toto tempore futuro, non eſſent tempora præſcriptionis metienda ex ſingulis annis vel menſibus. Nulla erat ratio dubitandi in l. Eos. C. de vſuris, quin ſublata eſſet actio ad fructus & vſuras ſingulorum annorum, quia vna præſcriptio pro toto tempore ſufficiebat. Et tamen Imperator adfert eam dubitandi rationem, quòd ſingulis annis *noua actio naſcitur*, quæ proinde præſcriptione eligenda ſit, quamquam alia ratione poſtea contrarium in ea ſpecie ſtatuat, quia ſcilicet perempta principali obligatione, æquum eſt, & quæ eam ſequitur, perimi.

Aliter hanc rem explicauit Balbus de præſcript. 4. part. 4. partis principalis, quæſt. 8. quem ſecutus eſt Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, cap. 15. limit. 31. vbi diſtinguit. Aut Emphyteuta qui præſcriptionem iſtam allegat, eſt ille met, qui rem conduxit in Emphyteuſim, & dominum recognouit, & præſcribere non poteſt, quia eſt in mala fide. c. vlt. de præſcript. Aut alius eſt extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam ſuam, & is præſcribere poteſt directum dominium, ſeruata diſtinctione, Authent. Malæ fidei. C. de præſcript. longi tempor.

Non repugno huic ſententiæ; ſed hoc ipſe contendo, nec ſi ſit bona fide Emphyteuta, puta hæres primi Emphyteutæ, vel aliam ob cauſſam, locum eſſe præſcriptioni annuæ penſionis temporis futuri. Et idem in omni alio poſſeſſore bonorum Emphyteuticorum ſtatuo, qui non ipſum directum dominium legitimè præſcripſerit; tunc enim & penſionem ſiue canonem in conſequentiam præſcribere videtur. argum. l. Eos, C. de vſuris.

CAPVT C.

Debitor certæ rei, an liberetur eius interitu poſt moram, & primo agitur in obligatione deſcendente ex maleficijs.



GRanis controuerſia eſt, & ſecum adferẽs multarum legum cognitionem, an debitor interitu rei poſt moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore ſiue reo ex obligatione deſcẽdẽte ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu vel quaſi, & ex alijs cauſſis obligatus eſt.

Quatuor animaduerti Doctorum ſententias. Prima, Gloſſæ in l. 1. C. de his quæ vi vel metus cauſſa geſta ſunt, diſtinguendum eſſe, an res eodem modo peritura eſſet apud actorem, vel non eſſet peritura. Priore caſu reum liberari, Poſteriore nequaquam. Eam Gloſ. probarunt ibi Salycetus & Alexander, & eandem ſententiam habuerunt Fulgoſius, Aretinus & Decius in l. Quod te. num. 30. ff. ſi cer. peta. & in eandem propendet Couar. affirmans eam in foro conſcientiæ veriorem eſſe, ad reg. Peccatum, de regul. iuris, lib. 6. §. 6. in 2. parte.

Fundamentum eſt in l. Si cum exceptione, 14. §. Sed & ſi non culpa. ff. de eo quod metus cauſſa. vbi ſic ſcribitur: *Sed & ſi non culpa eius cum quo agetur aberit, ſi tamen peritura res non fuit ſi metum non adhibuiſſet, tenebitur reus, ſicut in interdicto, Vnde vi, vel quod vi aut clam obſeruatur. Itaque interdum hominis mortui precium recepi, qui eum venditurus fuit, ſi vim paſſus non eſſet.*

Secunda eſt opinio Cornei & Aretini in d. l. 1. C. de his quæ vi metus cauſſa geſta ſunt, & aliorum communiter, in l. Quod te. vbi Ripa, num. 28. ff. ſi cer. pet. in actionibus deſcendentibus ex maleficijs reum interitu rei non liberari, ſed actionem integram eſſe ſine diſtinctione, an res eſſet peritura, vel non.

Fundamentum eſt in d. l. 1. & in l. 2. §. Rectiſſimè. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. in l. vlt. ff. de cõdi. furti. & l. Inter omnes, 47. ff. de furtis, & alijs ſimilibus, in quibus generaliter, & abſque vlla diſtinctione conſtitutum eſt, reum teneri licet res perierit.

Sed ſtagile eſt fundamentum hoc: Nam dictæ leges non

A Statuit enim Imperator Nouella 100. seu in Authent. de tempore non solutæ pecuniæ super dote; exceptionem dotis non numeratæ marito competere, siue dotem accepisse se ab vxore cauerit, siue à patre, siue ab alio quopiam. Verba eius hæc sunt: *In nullo discernentibus nobis, siue mulier tanquam dotem offerens conscribat, siue pater, siue alius quispiam pro eo tempore in omni casu, sicut suprà prædiximus extendente suos effectus, & dante vel perimente querelam.*

Quare à supradictorum sententia meritò discesserunt doctissimi viri, quos nos sequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, siue à muliere, siue ab alio dotem maritus se accepisse confessus fuerit. Baldus Nouell. ad l. 1. num. 207. vers. Tertiò limito. ff. sol. matrim. & de dote, parte 10. num. 14 Didacus Couarru. lib. 1. variarum resolut. cap. 7. num. 6. vers. Est & alia in hac re. Menochius de Præsumption. lib. 3. præsumpt. 12. num. 79.

B Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm ab alio quàm à muliere vir fatetur se dotem accepisse, nulla est suspicio tacitæ donationis, ac proinde dos verè numerata præsumitur.

Respondeo, nullam quidem donationis suspicionem esse, sed non idcirco denegandam fore non numeratæ dotis exceptionem, quam Imperator Iustinianus in sua Nouella tam disertè concessit, quia confessio videri potest facta spe futuræ numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT LXXXVI.

Confessio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus post elapsum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?



NOn parui momenti controuersia hæc est: ideo accuratè tractanda. Quatuor præcipuę sunt Doctorum sententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cæteris probabiliorem esse iudico. C

Prima est sententia eorum qui simpliciter dixerunt, nulla distinctione adhibita inter confessionem factam ante vel post matrimonium, eiusmodi confessionem dotis receptæ præiudicare creditoribus mariti, post elapsum tempus iure constitutum ad opponendam non numeratæ dotis exceptionem. Ita Bart. in l. Assiduis, nu. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in cons. 20. num. 14. & 74. nu. 10. lib. 4. And. Geyll. lib. 20. obser. 81. nu. 10.

Fundamentum est primò in l. Duobus. §. 1. ff. de iureiur. vbi probatur fideiussorem agere posse contra principalem debitorem, ob solutam creditori pecuniam, si probauerit solutionem ex creditoris confessione, elapso scilicet triginta dierum spatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractib. C. de non num. pec. *Secundò*, D in l. Pecuniæ. C. de soln. vbi pecuniæ solutę professio rei gestæ probationem continet, & idem probatur in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, de verb. obl. post elapsum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexander post alios quos citat in l. 1. §. Si quis ita, nu. 34. ff. eod. tit.

Sed hoc fundamentum non est satis firmum, quia responderi potest, quod attinet ad primū, hęc esse dissimilia, tum quia debitor principalis, cui confessio creditoris præiudicat, nō est tertius quidā, de cuius præiudicio agatur, veluti sunt in hac qōne nostra creditores alij, quib. mariti confessio præiudicare debet: tū quia nō est manifesta, cur debitori præiudicet confessio creditoris, ꝙ receperit sibi debitam quantitatē à fideiussore, nimirū illa, quia per illam confessionem cōmodum sentit; ex ea enim probare potest creditori iam pecuniā esse solutā, qua solutione ipse proculdubio liberatus iam est, quare meritò à fideiussore conueniri potest actione mandati.

Alterum verò argumentū nihil aliud probat, quàm ex confessione probari solutionem & numerationē: sed responderi potest, id locum habere quoad confitentē, non autem in alterius præiudicium. Confessio enim præiudicat confitenti, nō alijs; arg. l. Si quis post hac. C. de bonis damnator. ibi. *Dos etiam, non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.* Quibus verbis apparet mariti confessionem dotis receptæ non præiudicare fisco, sed probandam esse veram numerationem.

Hæc igitur sñia. ꝗ mihi cæteris probabilior videtur, probatur hoc argumento: quia post lapsum tēpus à lege constitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem istam & querelam, opponi nō potest nec à marito, nec ab eius hæredib. vt in l. vlt. C. de dote cau. non num. & in Nouella 100. siue in Auth. de tempo. non solutæ pecuniæ super dote. Certum est quoque, iuriq; & rationi cōsentaneū, nō posse dictam querelam proponi ab alijs, puta creditorib. vel tertijs possessoribus, quorū interest, quia tempus est à lege cōstitutum ad eā opponendam, sine vllius personæ exceptione: nec iustum est, vt plus iuris cōcedatur extraneis quàm ipsi marito & eius hæredibus, quorū principaliter interest. Itaq; tempore elapso excluduntur omnes, quorū interest, ab eiusmodi querela & exceptione proponenda dotis nō numeratæ.

Hoc ita posito res sic se habet. Creditores obijciunt, dotem numeratā non fuisse, consequenter dotē non esse dicendam, quia dotem numeratio nō scriptura facit. l. 1. C. de dote cau. non num. Respondebit mulier, tempus elapsum esse quo ista exceptio non numeratę dotis proponi potest, ac proinde sibi actionem competere aduersus maritum & eius hæredes, cum priuilegijs dotib. concessis. Quod si ea res vergat in præiudicium creditorū, istud in consequentiam fieri, & vt dici solet, per accidēs, non principaliter. Posito enim hoc iure mulieris aduersus maritum, & eius hæredes pro dote recuperanda, cætera quæ sequūtur iura prælationis, ex legibus & constitutionib. prouenire, quas creditores euertere nō possint. Sed iam reliquas Doctorum sententias expendamus.

Secunda est sñia Francisci Aretini in cons. 86. num. 4. vers. Aut maritus confitetur. Is iam proximè relatā sententiā amplectitur, sed cum hac exceptione, nisi maritus qui cōstante matrimonio confessus est se dotem accepisse, simul renunciaret exceptioni nō numeratę dotis, quia ex hoc præsumptio & coniectura oritur eam confessionem factam esse animo donandi, atque adeò in fraudem legum & non valere, præsertim in præiudicium aliorū.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & eo nititur argumento quod suprà confutatum est à nobis cap. 84. *nimirum* ex renunciatione exceptionis nō numeratæ *dotis* argui simulationem, & donationem præsumi.

Tertia est sententia, sic distinguens: aut Confessio facta est constante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore casū non præiudicat creditoribus, etiam post lapsum tempus opponendi exceptionem nō numeratæ dotis, quia præsumitur facta animo donādi, atque adeò simulata, & in fraudem legis. Posteriori autem casu, quia suspicio ista locum habet, præiudicat creditoribus: ita post alios multos Didacus Couar. variar. resolut. lib. 1. cap. 7. post num. 6. vers. Quamobrem breui quadam vtar distinctione, & post eum Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 13. nu. 14.

Sed quod attinet ad posterius membrum, illud conuenit cum priori sententia quam secuti sumus. Prius autem membrum fragili nititur argumento, qm̄ nec iure probatur, nec ratione defendi potest ea opinio, qua dicitur, confessionem dotis receptæ à marito factam constante matrimonio, præsumi factam animo donandi. Hæc sententia à nobis superiùs est confutata cap. 80.

Quarta est sententia, eiusmodi confessionem dotis receptæ non præiudicare creditoribus mariti, etiā si lapsa sint tempora opponendi exceptionē non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, nu. 11.

ff. de

ff. de verb. oblig. Iaſ. in §. Fuerat. nu. 75. de act. Feli. in c. A Si cautio. nu. 84. de fide instru. Ludou. Romanus ad l. 1. nu. 22. ff. sol. matr. & ibid. Socinus. num. 90. Alios citant Couar. & Menochius locis proximè citatis.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex Authent. Sed iam neceſſe. C. de donat. ante nupt. in illis verbis: *At ſi debitor ſit, ne fraudis erga creditores ſuſpicio ſubeſſe poſſit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim mobilier immobilis ſubſtantia dom na res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo vtetur aduerſus alios creditores priuilegio.*

Secũdum ex l. Si quis poſt hac. C. de bonis damna. in illis verbis, quibus dicitur probandam eſſe doris numerationem, ſi cum fiſco agatur. ibi. *Dos etiam non quaaliquoties inaniter dotalium inſtrumentorum tenore conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſe docuerit, repræſentetur.*

Tertium eſt ex l. pen. C. de non num. pecun. quatenus B ibi dicitur creditoribus & alijs, quorum intereſt licere exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debito re principali *ſuperſedente, ea vti nec ideo prohiberi, quod principalis debitor ea nunquam vſus fuerit.*

Sed iſta nihil mouent. Quod attinet ad primum, ſenſus Nouellæ eſt, marito ære alieno obſtricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudis ſuſpicio ſit, ſi fortè augere eã velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt ſcilicet creditoribus præferatur, quia ſi liceret hoc facere, in promptu eſſet ratio fraudis committendę aduerſus creditores, non ſolùm ſi maritus confiteretur accepiſſe quod non accepiſſet, ſed etiam ſimulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ, quod facilè committi poſſe non ignorãt ij, qui verſantur in foro, quæ ſuſpicio non habet locum in rebus immobilibus.

De hac facti ſpecie nos non loquimur, id eſt, de dotis augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio conſtante, eo tempore quo talis fraudis ſuſpicio eſſe poteſt. C Sed de ipſa dote à principio cauta, quã maritus eſt confeſſus ſe accepiſſe, & quam numeratam non fuiſſe intra tempora legibus conſtituta, licebat marito excipere & cõqueri, necnon etiam creditoribus, quorum intererat, ſi vllam fraudis ſuſpicionem timebant.

Ad ſecũdum reſpondeo, illam legem accipiendã eſſe cum iſta exceptione, niſi dotis receptæ cõfeſſio munita ſit tempore legibus conſtituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim ſicut mulieri actio competit aduerſus maritum, ita & aduerſus fiſcum, qui in locum eius ſucceſſit; quæ communis eſt expoſitio, vt poſt Bart. in d. l. Poſt hac notiſſimè, docet Peregrinus de iuribus & priuilegijs fiſci, lib. 5. tit. 1. nu. 82.

Ad tertium reſpõdeo, illam legem accipiẽdam eſſe, ſicut vltima verba indicant, ſi exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur, *intra ſtatuta ſcilicet tẽpora*: licet. n. D illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiuſſorem eius, tamen indicant, etiam ab ipſis Creditoribus proponẽdam eſſe exceptionem intra legitima tempora. Nam hoc dicit lex, nõ nocere principali debitori & fideiuſſori eius, qđ creditores victi fuerint, ſed poſſe illos poſtea, ſi conueniantur, intra ſtatuta ſcilicet tempora, ea ſe exceptione tueri. Conſequẽter lex præſupponit, creditores exceptionem oppoſuiſſa intra legitima tempora, ſed victos fuiſſe.

Et certè, vt ſuprà dixi, id à iure longè alienum eſſet, magnaque hic oriretur iuris perturbatio, ſi liceret alijs quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ poſt legitima tempora opponere: quoniam, vt ſuprà ſdicaui, maiori fauore dignus eſt principalis debitor, & eius magis intereſt, imò eius gratia introductum eſt auxilium illud exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quamobrẽ ſi ille excluditur, iuſtum eſt & cæteros, quorum in conſequentiam intereſſe poteſt, excludi.

CAPVT LXXXVII.

Si præcedat dotis promiſſio, deinde confeſſio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non poſſint exceptionem opponere dotis non numeratæ?



Res ſunt Doctorũ ſnĩæ hac de re. Vna, eiuſmodi cõfeſſionẽ creditoribus quoq; nocere. Altera nõ nocere, qui poſſint opponere exceptionẽ nõ numeratæ dotis. Tertia, diſtinguendũ eſſe circa tẽpus, quo confeſſio facta eſt. Nã ſi eo tẽpore ſit facta, quo maritus ęre alieno maximè obſtrictus eſt, præſumitur eſſe facta in fraudem creditorũ, & ideo creditoribus nõ obeſt; ſecus ſi eo tempore, quo facta eſt, nõ apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Caſtrenſẽ in l. 1. ff. ſol. matr. & ibidem Socinum ſeniorem, nu. 95. & Baldum Nouellum, num. 213. & eundem in tract. de dote, par. 10. num. 18. Antonium Gabrielium comm. concl. lib. 3. tit. de iure dotium, concluſ. 4. Menoch. de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 13. nu. 21.

Prioris ſnĩæ fundamẽtum eſt, qm̃ certũ eſt exceptionẽ non numeratæ dotis nõ cõpetere marito, qñ poſt dotale inſtrũm ſecuritas expoſita eſt de dote ſoluta, vt docet tex. in l. In cõtractibus. §. Sed qm̃; verſ. *Illis etiam ſecuritatibus*. C. de non num. pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, quia non videtur eſſe bona cõſequentia, Confeſſio mariti nocet marito hoc in caſu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l. In contractibus, §. Sed quoniam, non loquitur de creditoribus; ſed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt, quia vbi æs alienum apparet, ſuſpicio eſt fraudis, ne videlicet facta fuerit confeſſio in fraudem creditorum, iuxta Authent. Sed iam neceſſe, C. de donat. ante nupt. quæ ſuſpicio ceſſat, ceſſante ære alieno mariti.

Ego priorem ſententiam amplector. Cùm enim præceſſit inſtrumentum dotale, deinde ſequitur eiuſmodi cõfeſſio mariti, dos præſumitur verè numerata, ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratæ dotis, vt in d. §. Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditoribus quia maritus eſt principalis debitor dotis, & eius principaliter intereſt dotem numeratam eſſe; quare non debet eſſe deterioris cõditionis quàm creditores, ſed potius quodammodo melioris, aut ſaltem æqualis. Ergo nihil obſtat argumentum contrariæ opinionis. Licet enim l. In contractibus. §. Sed quoniam. non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione, qua & maritus ipſe excluditur, cui illa magis principaliter competit.

Argm̃ autem quo nititur diſtinctio in primo membro ex Authen. ſed iam neceſſe, non frangit noſtram ſententiam, quia loquitur d. Authent. de augmẽto dotis, quod certè in fraudem creditorum fieri, ære alieno apparẽte, ſi conſiſtat in rebus mobilibus, manifeſta eſt & euidens ſuſpicio: aliud eſt de dote dicendum à principio cõſtituta in inſtrumento dotali, deinde marito chirographum exponẽte, vel aliã cautionẽ de ea ſoluta. Præſumitur. n. verè ſoluta, nec tanta viget fraudis ſuſpicio, cùm illa, ſi quæ oritur, contraria præſumptione tollatur, quæ ex dotali inſtrumento præcedente proficiſcitur.

CAPVT LXXXVIII.

Ad l. Quoties. C. de donat. quæ ſub modo.



Iocletianus: Quoties donatio ita conficitur, vt poſt tempus id quod datum eſt alij reſtituatur, veteris iuris authoritate reſcriptum eſt, ſi is in quem liberalitatis compendium conferebatur, ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis author

hætede donatoris libertas præstanda est, Ergo inuito donatore præstanda non est. Non hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque potest ex verbis textus colligi.

Ad secundum argumentum ex l.3. ff. de seruis exportan. & alijs similibus, quibus requiritur perseuerantia voluntatis, respondeo, omissis aliorum responsionibus, ideo requiri vẽditoris perseuerantiam, quia ipsius interest. Nam si quis vendiderit seruum ea lege, vt post certum tempus manumittatur, sine dubio tenetur in id, quod interest emptoris, tenetur, inquã, actione ex vendito, quia emptor cogitur seruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor serui ne conueniatur actione ex vendito, mutare potest voluntatem, quo casu si emptor manumittat seruum, actio euanescit, vt inquit l. Quæsitum, ff. de seruis expor. Mutare, inquam, voluntatem potest, & pœnitere, vt seruus non manumittatur, ne ipse ad dandum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæstione nobis proposita hæc ratio locum non habet. Nam si donet quis Titio quantitatem vel speciem ea lege, vt post certum tempus, vel incertum alteri tradatur, seu restituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atque in alterum, cui postea restitui rem voluit. ipse nullam amplius iacturam subire potest, nullum amplius vertitur ea in re ipsius præiudicium, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem possit, cùm sibi mutatio non possit, alteri verò noceat, cui consultum voluit? Nemo potest mutare voluntatem in alterius iniuriam, l. Nemo mutare, de reg. iuris. Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adscripta erat, pœnitendo & reuocãdo pactum, quo rem donatam alteri post tempus aliquod dari conuenerat, non sibi ipsi donator commodum pararet, sed donatario: is enim rem donatam sine omni onere retineret. At in l.3. ff. de seruis expor. venditor pœnitendo sibi prospicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris interest, propterea quòd ex pacto cogatur seruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorsus ad rem facit, quia l. Aristo, ad rẽ non pertinet, vt cuilibet eam intuenti facilè est intelligere: Nec donatio contractus est, vt probatur satis luculenter in l. Interdictum, 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij causam, quàm ad negocij contracti spectat precarij conditio*. Non est hic contractus innominatus, sed pactum donationi adiectum, vt alteri detur restituaturve quod donatum est, quod actionem parit, vt in d. l. Quoties. Nun ergo hæc ad extraneas res ac longè diuersas, qualis hæc nostra est, reuocanda sunt: sed in suis sunt terminis exhaudienda, ac suis regulis decidenda.

CAPVT XC.

Ad l.1. C. de donatio. quæ sub modo, & c. Verum, de conditio. appos. de donatione in Ecclesiam collata sub modo, vel conditione.

Recte respondisse & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cõs. 284. si Ecclesiæ res donata sit ea lege, vt donatori alimenta suppeditet, & illa non impleuerit hanc cõditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim cõstitutum est in l.1. C. de donatio. quæ sub modo. Impp. Valerianus & Galienus: *Si doceas (vt affirmas) nepti tuæ ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vendicationem etiam in hoc casu vtilem, eo, quòd legi illa obtemperare noluerit impetrare potes.*

At contra Didacus Couar. post alios ab eo citatos lib. 1. varia. resol. cap. 14. num. 6. ex c. Verum, de cond. appo. Alexander III. *Verùm cum alicui Ecclesiæ possessio qualibet interposita conditione donatur, à donatore postea donum reuocari non potest, nisi fortè tali sit conditione collatum quod ea cessante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc responsum, primùm, quia nõ continet quicquam aduersus legem suprà dictam. Deinde, quia potius huic sententiæ suffragatur: *Nisi fortè tali sit conditione collatum*, inquit, *quod ea cessante debeat reuocari*. Atqui talis est conditio, de qua agitur, vt reuocetur donatio, nisi alimenta pręstentur, vt statuit lex Cæsaris. Ergo donatio reuocari potest; quia lex Pontificia contrarium non decernit, quo casu ius Cæsareum obtinet, vt docet S. Pontifex in cap. 1. & 2. de ope. no. nunc.

At obijcimt prælatum non posse Ecclesiæ præiudicare. Respondeo, in istiusmodi lucris acquirendis contrariam sententiam magis obtinere, vt patet ex Rolando à Valle in cons. 15. num. 23. cum multis sequentibus lib. 1.

CAPVT XCI.

An per stipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius absenti ante ratihabitionem.

Frustra nunc disputabitur, an Notarij in cõtractibus stipulari alteri possint, quoniam in plerisq; ditionibus vsus iam obtinuit, vt stipulari possint, & alteri ius quærant absenti & ignoranti. Illud non frustrà ad examen reuocabitur, an per stipulationem Notarij quæratur ius absenti ante ratihabitionẽ. Fuit hæc olim controuersia diu agitata, nec dum finita est, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide si plaustra cupis allegationum Anton. Gabrielium commu. concl. tit. de ver. oblig. concl. 1. nu. 100. Cacheranum decis. Pedemontana 32. Tiraquellum de iure constituti, parte 3. limitatione 30. nu. 10. cum multis seq. Hippol. Riminaldum consi. 345. nu. 46. lib. 3. cæteros sciẽs prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri, quantum mihi diligenter vestiganti videre licuit, consistit in ijs tribus.

Primum, in legibus quibus fit mentio serui publici stipulantis impuberibus, & alijs, l. 2. 3. 4. ff. rem pupilli saluã fore. l. 1. §. Exigere. ff. de magistratib. conuenien. l. Non eum aliter, ff. de adoptio. l. 2. C. eod. tit. §. Cùm autẽ, Insti. eád. l. Cùm cognatos, C. de captiuis & postlim. reuersis. c. Quanquam. de vsuris, lib. 6.

Secundum est, quia Notarius est publica persona. Posse autem publicam personam alteri stipulari, puta iudicem seu magistratum, colligunt multi ex l. Eum pro quo. ff. de in ius vocan. melius probatur in d. l. 1. §. Exigere, ff. de Magistratib. conuenien.

Tertium est, quia Notarium dicunt esse seruum publicum, ac proinde per eum acquiri sicut per seruos nostros. Constat autem per seruos nostros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item nobis acquiritur, Insti. per quas personas nobis acquiritur. Ergo simili modo, & per Notarij stipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem positum esse video in l. Si hac mente 25. aliàs, si ego. ff. de nego. gest. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Potest tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere.*

Animaduerti ego seruum publicum, cuius mentio fit in supradictis legibus, non alium fuisse, quàm seruum reipublicæ, de quibus seruis reipublicę extat tit. C. de seruis reipub. manu. quod & Tiraquellus obseruauit adductis compluribus testimonijs loco superiùs annotato, nu. 33. & de nobilitate, c. 30. num. 9.

A

Quia tamen serui publici olim erant tabularij, hoc est, vt nunc vulgò loquimur, Notarij, sicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij constitutione id fuerit postea emendatum, vt in l. Generali, C. de Tabularijs, ad quod alludit l. vlt. C. de seruis reipublicæ manumitten.) idcirco non omnino mala est cōparatio serui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notarij siue tabellionis; quantum ad hoc, vt per eū cautiones & stipulationes interponantur & fiant, sicut olim per seruos publicos fiebat, & per personas publicas, sicut indicat etiam l. 4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quòd eiusmodi personæ publicæ, sicut nunc sunt Notarij, cùm serui amplius non sint, non rectè nunc seruis comparantur, & multò minus seruis quos priuatim possidemus, vt quemadmodum per seruos nostros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis stipulantes acquiratur. Etenim seruus municipum non est singulorum seruus, sed reipublicæ, vt in l. 1. §. Seruum, ff. de quæstio.

B

In iudicialibus itaque & prætorijs stipulationibus de quibus leges superiùs adductæ loquuntur, nō malè retinebimus notariorum & seruorū publicorum, seu personarum publicarum comparationem, quod confirmari potest ex l. Orfanotrophos. C. de episcop. & Cler. ibi: *Publicis personis, id est, tabularius*, secus autem in contractibus & cæteris negotijs, in quibus nullum habemus legis testimonium, si secundùm leges hæc quæstio dirimenda sit.

Quod si ex consuetudine id etiam amplius tribuamus nostris tabellionibus, vt passim in omnibus priuatis negotijs & contractibus stipulentur, & cautiones pro absentibus recipiant, non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt absentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri consentaneum non est, neque consuetudine munitum est. Abijciamus ergo eorum sententiam qui affirmant, amplectamur eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per istiusmodi tabellionum stipulationes.

C

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuersia, an competat extra caussam locationis & conductionis, sicut hypothecaria actio.

NOn committam, vt silentio prætercam duas de Saluiano interdicto controuersias, quarū in foro maximus est vsus. Prima est, an cōpetat Saluianū interdictū cuicūque creditori, extra causā locationis & cōductionis, sicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excussio. Priorem hoc posteriorem sequēti capite explicabo.

Tractat hanc quæstionem magnus Menochius in commentarijs de adipiscenda possess. remedio 3. in 3. quæstione, & refert duas extare tàm veterum quàm recentiorum sententias, autores simul laudans, quos huc transferre non est operæprecium. Vna est, eiusmodi interdictū competere contra quemcunque debitorem. Altera, non concedi creditori extra caussam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quàm ex causa locutionis & conductionis.

Omnis difficultas posita est in rescripto Imperatoris Gordiani in l. 1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc sunt verba: *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venūdedit: integrū tibi ius est ea persequi, nō interdicto Saluiano (Id enim tā tummodo aduersus conductorem debitoremve cōpetit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exēplū eius instituitur, vtilis aduersus emptorem exercenda est.*

Quod ait lex *debitorem ve* exponūt aliqui, id est, ex caussa conductionis. Alij verò accipiūt de quocūque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. sententiarum Pauli tit. de interdictis, circa finē & in paratitlis Codicis & Digestorum eiusdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ sententia & expositio, & verbi proprietati consentanea est, & probabilior videtur, quia si Gordianus voluisset dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex caussa cōductionis, dixisset, dari aduersus conductorem hæredesve eius, non autē *aduersus conductorem debitoremve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem solus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. Obseru. c. 24. vtile Saluianum dari contra extraneū possessorem. Et quidem contra possessorem rerū conductoris, quæ locatori sunt obligatæ, res nullam habet dubitationem, quia ita respondit Iulianus in l. 1. ff. eod. tit. dum dixit: *Si colonus ancillam in fundū pignoris nomine induxerit, vt eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum est, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum possessorem rerum debitoris alterius, extra caussam locationis & conductionis non ita exploratū est. Putat tamen Cuiacius cōpetere paratitlis, vtile scilicet interdictum Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis est, vt assentiar, quia si datur hoc interdictū directum aduersus quemlibet debitorem, ratio iuris postulat, vt & aduersus possessorem, quemlibet pignoris, vtile concedatur; quemadmodum directum competit aduersus conductorem, l. 1. C. eod. tit. vtile verò aduersus emptorem pignoris ipsius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vsus forensis obtinuit, vtile interdictū Saluianum in omnibus casibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, siue hypothecaria actio: quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba rescripti Gordiani, *debitoremve*, pro debitore ex causa conductionis: quæ sanè expositio non satis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excussio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduersus extraneum possessorem intendatur?

NOn esse necessariā excussionē principalis debitoris, vt Saluiano īterdicto agi possit aduersus extraneū possessorem, respōderunt Socinus sen. consil. 80. lib. 3. Crauetta consil. 201. Rolandus à Valle consil. 9. & consi. 14. li. 1. Menochius de adipiscenda possess. remedio 3. núm. 179.

Fundamentum est, quia hoc interdictum possessorium est, Ergo non habet locum exceptio excussionis non factæ debitoris principalis, l. vlt. C. de acq. possess.

D

Contrarium responderunt Bertrandus consil. 213. lib. 4. & cons. 449. & 458. lib. 7. Calcaneus cons. 29. nu. 5. Bellonus cons. 34. nu. 9. Natta cons. 521. Franciscus Becius cons. 88.

Fundamētū est in Nouella cōstitutione Iustiniani, q̄ excussionē principalis debitoris requirit, anteq̄ agatur contra extraneos possessores. Sic ait Iustinianus: *Sed neque ad res debitorū, quæ ab aliis detinentur, veniat prius, antequā trāseat via super personalibus cōtra mandatores, & fideiussores, & spōsores, sicq; ad res veniens principalis debitoris, siue ab alio detineantur, & detinētes eas cōueniens, si neq; inde habuerit satisfactionē, tunc veniat aduersus res fideiussorū et mādatorū, et spōsorū, &c.*

In

In Auth. de fideiussorib. & mandatorib. §. Sed neque. Huic posteriori sententiæ acquiescendũ puto. Nec enim ad rem facit l. vlt. C. de acq. possess. hoc dicit. *Si ue seruus, siue procurator, vel colonus, vel quisquam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionẽ cuiuscunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit desidia forte, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, sed & ipse si libere conditionis est, competentibus actionibus subijcietur: omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo versatus est.*

Argumentum ex hac lege fumitur hoc modo, quia agenti ad recuperandam possessionem ex remedio dictæ legis, non obstat exceptio, non factæ excussionis debitoris principalis.

Sed inter hæc & quæstionem nostram magna est dissimilitudo. Primò, l. vlt. loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum & merito; rem itaque suam vindicabit & possessionem recuperabit. At in quæstione nostra agitur de creditore, non de domino ipsius rei, vel possessore. Secundò, in quæstione nostra debitor est certæ quantitatis, cum quo negocium gestum est, & contractus initus, ex quo debitum est generatũ, meritò prius conueniendus est quàm extraneus possessor, qui non est obligatus, & ad quem bona fide, & iusto titulo res peruenit. At in l. vlt. nullus est debitor, cum quo contractus fuerit initus, imò is ad quem possessio iniustè peruenit, principaliter tenetur eam restituere domino: Is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod interest. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium potest transferre, at in l. vlt. seruus vel colonus, vel procurator, vel alius quispiam dominum spoliauit sua possessione, nullum ipse in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac nostra facti specie, non videtur mihi tanti esse faciendum, vt à præclara & speciali constitutione recedamus, quæ hanc propositam quæstionem satis apertè decidit.

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.



Arbitriorum multa sunt genera. Vnum huiusmodi vt siue æquum sit, siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur cùm ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem Doctores appellãt, l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro socio. Sunt & alij, quos Magistratus è re nata litigatoribus constituunt, à quibus appellare licet, sicut à iudicibus, l. Arbitro. ff. qui satisd. cogãtur. Ab arbitris autem ex compromisso appellare non licet, l. 1. C. de arbitris. Si tamen sordes vel euidens gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, aduersus agentem ex stipulatu ad pœnam exceptio doli mali competit, l. 3. C. eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quædam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri*, inquit Paulus in l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de receptis arbitris. Atque hinc nostri communiter distinxerunt arbitrum ab arbitratore, à sententia arbitri negarũt peti posse reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei standum sit, siue æqua, siue iniqua sit, l. Diem proferre, §. Stari, ff. de recep. arb. A sententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d. l. Societatem...

Arbitrorum cum ll. seq. ff. pro socio, vt testatur Ioan. Imolensis in c. Quintauallis, num. 47. de iureiurando. Sed apud quem Iudicem petenda sit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum est à sententia arbitratoris.

Variæ enim sunt Doctorum sententiæ. Vna, petendam esse apud Iudicem superiorem ipsius arbitri, Angelus in l. Si suscepta, §. vlt. ff. de inoffic. testam. Romanus consil. 265. Io. Andr. in c. Statutum, §. Cùm autem, de rescript. in 6. Afflictus decis. 51. Felyn. in c. 1. col. 5. de præscript. Parisius consil. 45. num. 11. lib. 1.

Fundamentum est, quia reductio ad arbitrium boni viri similis est appellationi, d. l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de recept. arb. Appellatio autem ad superiorem pronunciantis sententiam deferenda est, l. Præcipimus, C. de appellat.

Non est satis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non est per omnia similis appellationi, sed in eo duntaxat, quod sententia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam, in alijs multis est dissimilis, vt dicebat Federicus Senensis consi. 285. nu. 2. Deinde, quia appellatio deuoluit quidem caussam ad superiorem iudicis qui pronunciauit, sed ille idem superior est Iudex etiam litigatorum. Hæc autem sententia requirit tantùm, vt Iudex reductionis sit superior arbitri. Ideo dicunt isti, si compromittatur in clericum & laicum, & ab eorum sentẽtia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum esse Episcopum, tanquam superiorem clerici, & consequenter ratio duntaxat habetur, vt Iudex reductionis sit superior arbitri non litigatorum, quod est absurdum.

Secunda est sententia, Iudicem competentem caussæ reductionis ad arbitrium boni viri eum esse, qui ordinarius Iudex est illius, aduersus quem reductio ad arbitrium boni viri postulatur. Ita respondit Federicus Senensis in consi. 285. quem refert & sequitur Io. Imolensis in c. Quintauallis, num. 54. de iureiur. Didacus Couar. lib. 2. variar. resol. cap. 12. nu. 2.

Fundamentum est in l. 2. C. vbi & apud quem, & ei Diocletianus: *Quoniam ea quæ in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens est, si de his repetendis per integrum restitutionem, vel quamcunque aliam caussam putaueris agendum, eum te ad re prouincia Præsidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Non est satis firmum, quia ratio diuersitatis est inter restitutionem in integrum aliamve caussam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum restitutionem quæ aduersario suo dedit, est actor, & iudicium instituit tunc primùm, ideo sequi debet forum rei quem conuenit, secundum vulgarem iuris regulam. At petens reductionem sententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, non tunc primum litem instituit, sed caussam suam iam cœptam persequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrium iretur, aut reus. Si actor, sine dubio sequi debet forum rei, atque adeò reductionem petere apud Iudicem ordinarium rei: sin autem reus erat is qui petit reductionem, similiter reductionem petere apud suum ordinarium Iudicem poterit: quia in caussa reductionis non desinit esse reus, & actor qui erat non desinit esse actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum est, ab arbitro eum conuenire debet apud suum Iudicem, si nolit parere arbitri sententiæ, ipse verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud suum ordinarium Iudicem postulare.

Tertia est sententia, petendam esse reductionem apud ordinarium Iudicem rei, apud quem aliàs actio fuisset instituta, & hunc esse iudicem competentem, ita Bartolus in d. Societatem, §. Arbitriorum, num. 18. ff. pro socio, & multi alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle in consil. 24. lib. 4.

Et hanc sententiam multis præiudicijs in Camera Imperiali firmatam testatur Andrea Geyll. lib. 1. Ob-

Aaa 2 seru.

seru. 149. & in pleno consilio ita judicatum fuisse anno 1542. testatur Mynsingerus centur. 2. obseruat. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc sententiam probari, testis est Rebuffus de arbitris, art. 1, Gloss. 10. & in Senatu Pedemontano ita sæpè judicatum fuisse, scribit Anton. Thesaurus decis. Pedemontana 14. Itaque ab hac sententia, quasi iam consuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis autoritatem, & aliorum insignium Tribunalium, non puto recedendum esse.

Adfertur pro hac sententia l. Cùm hi. §. Transactiones. ff. de Transact. & l. Si quis rem. 35. ff. de recep. arb. in vltimis verbis, ibi. *Lite apud iudicem suo ordine peragenda*. Magis vrget argumentum Bartoli, quia actor sequitur forum rei, Ergo reductio petenda est apud Iudicem ipsius rei.

Non obstat si dicatur hoc habere locum, si actio petat reductionem, non si reus, quia respondetur etiam si reus reductionem petat idem statuendum esse. Nam cùm reus petit reductionem sententia in fauorem actoris lata est: tunc ergo inter actorem & reum hęc est contentio, ac status causæ. Actor dicit, arbitratoris sententiam iustam esse & exequendam, agens scilicet ex stipulatione proposita, vel contractu præambulo, impleto per sententiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitrorum. nu. 15. ff. pro socio. reus contrà, iniquam esse contendit, & reducendam ad arbitrium boni viri. Huius rei definitio spectat ad Iudicem ordinarium rei, quia actor sequi debet forum eius; Cognoscet igitur ordinarius Iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium; nec aliter illud ratum habebit, quàm si æquum fuerit. Præclarè enim Celsus. *Et ferè ea mens est personam arbitrio substituentium, vt quia sperent eam rectè arbitraturam, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint*. l. Si libertus, 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus sit petenda reductio ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris.



CONtrouersia quoque est de tempore, intra quod reductio petenda sit ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris. Et vt statim dicā, existimo intra decem dies petendam esse, autoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis: *Sin autem post sententiam minimè quidem suscripserint se arbitri formam amplecti, sed silentio eam roborauerint, & nō intra decē dies proximos attestatio missa fuerit uel iudici, vel aduersario ab alterutra parte, per quam manifestum fiat, definitionem nō esse amplectendam; tunc silentio partium sententiam roboratam esse*, &c. Atque ita docent Specul. in tit. de arbitr. & arbitrato. §. Sequitur. no. 24. Panor. in c. Quintaual. nu. 16. de iureiur. Pract. Pap. in forma libelli, quo agitur ad pęnā ex compromisso, in verbo *Reductio*. nu. 2.

Communis sententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teste Decio in cons. 39. nu. 6. Eugenio cons. 1. nu. 60. Andrea Geyll. lib. 1. Obseruat. 150. nu. 2. vbi dicit, Cameram Imperialem eā sequi solere.

Fundamentum est, quia hæc reductio vel est actio, vel exceptio ac defensio, vel ius aliud quodcunque, Ergo non tollitur minori spatio 30. annorum. l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris respondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etsi magna sit autoritas communis sententiæ, non tamen tanta esse debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies constituit, satis clarè & directè, nimirum, l. pen. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30. annorum requiri

A ad tollēdam actionem, defensionem, & ius alteri competens verum est, nisi minus tempus à lege sit constitutum. Nam & appellatio defensionis est species, & tamen intra decem dies proponenda est, Auth. Hodie. C. de Appellatio. Sic & reductio siue querela à sententia arbitri, vt in d. l. penult. C. de arbitris; quemadmodum & supplicatio, vt in Authent. quæ supplicatio. C. de precibus Imper. off.

Non obstat quod respondetur l. pen. C. de arbitris, loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, nō ex compromisso, nec ex Iudicis mandato, vel necessitate vlla, sed ex communi sententia & consensu partium, quorum etiam mentio fit in l. pen. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et isti sunt non autoribus iuris nostri, sed Doctoribus nostris arbitratores, Id probo ex traditis per Bartolum, & alios, in l. Societatem, §. Arbi-B triorum, ff. pro socio, vbi textus dicit, Arbitriorum duo sunt genera, *vnum huiusmodi, vt siue æquum sit siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur, cum ex compromisso ad arbitrum itur. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, si nominatim persona sit comprehensa cuius arbitratu fiat*. Priores dicuntur arbitri nostris Doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Posteriores dicuntur à nostris arbitratores. vnde Bartolus ibi sic scribit in principio: *Sententiæ arbitri omnino est parendum. Sententia verò arbitratoris, si sit iniqua, reducitur ad arbitrium boni viri*. At Iurisconsultus eos vocat arbitratores, & ij sunt arbitri, de quibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromisso itur, quorum sententiæ parendum est, siue æqua, siue iniqua sit, aut pęna soluenda. l. Diem proferre. §. Stati. ff. de recept. arbit. Non etiam loquitur de arbitris quos Magistratus eligunt, vel dant litigatoribus, à C quorum sententia appellatur, sicut à sententijs iudicum. l. Arbitro. ff. qui satisd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi sententia electis, sine pęna, *sine Iudicis* mandato, quorum sententia redigi debet ad arbitrium boni viri, si iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum, & sequentibus legibus. Et ij Doctoribus nostris sunt arbitratores. Ergo d. l. pen. loquitur de arbitris, qui vocantur à nostris arbitratores. Et expressè statuit decem dierum tempus ad reclamandum à sententia arbitri, vt iam dictum est. Consequenter expressè quæstionem à nobis propositam decidere videtur, nisi ego toto aberrem cœlo quod viri docti, vt spero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

D *Vtrum appellari possit à sententia Iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.*



INsignis quoq; controuersia est inter Bartolum & Baldum, an à iudice, ad quem tāquam ad bonum virum recurritur, vt arbitratoris sententiam (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bart. in l. 1. num. 18. de legat. 2. Affirmat Bald. in l. 1. nu. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo stant Innocentius in c. Præsenti, de rescript. Abbas Panormitanus in cap. Quintauallis, nu. 40. de iureiur. Ioan. Andr. in add. Speculatoris, tit. de Appellatio. §. In quibus. nu. 16. Salycetus in l. Et in maioribus. C. de appell. & in l. pen. quæst. pen. C. de arbitris. Cepola cons. ciuili 16. Fulgos. cons. 111. & 114. Lanfrancus de arbitris, quæst. 20. Socin. iun. cons. 15. lib. 1. Cardinalis cons. 140. Bologninus ad Ananiæ cons. 51. Castrensis cons. 121. nu. 8. lib. 2. Pract. Papiens. in forma libelli, ad pęnam compromissi, §. Ne reductio. num. 9.

A sententia Baldi stant Pau. Castr. Imola, & Alexander

der in l.1.de leg.2. idem Imola in d.c. Quintauallis.nu. A 36.& Anton.Butr.24.differentia. Vitalis tract.Clausular. tit.de reductione ad arbitrium boni viri,cap.vltimo ad finem, Baptista de S.Blasio de arbitris,quæst.penult.colum.pen.Aretinus in c.Soper ijs.nu.47.de accusa. & ibidem Felynus nu.13.Alex.consil.106.nu.7.lib.5. Didac. Couar. variar. resol. lib.2. cap.12.num.4. & 5.Andreas Geyll.lib.1.obser.149.nu.4.

Fundamentum sententiæ Bartoli est,quia hoc non reperitur iure cautum,vt à iudice reductionis appellare liceat. Et ratio est,quia nõ ad eum simpliciter recurritur vt iudicem,sed vt bonum virum, vt in l.Societatem.§. Arbitrorum.ff.pro socio cum ll.sequentib.Quamobrem videtur esse arbiter quidã, non iudex. A sententia verò arbitri non appellatur,l.1.C.de arbitris.

Fundamentum sententiæ Baldi est, quia regulariter permissa est appellatio à sententia iudicis.l. Et in maioribus.C.de appellat. Et iste est iudex nimirum reductionis.Ergo appellare licet. B

Non obstat, quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cùm quid arbitrio iudicis committitur,id censetur ei commissum, vt bono viro.l.Fideicommissa.§.Quãquam.de leg.3.l. Si libertus.de operis libet. l.vir bonus.ff.iud.solui.l.Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig.& tamen constat ab eius sententia appellari posse, c.1.de dilatio.

Mihi sententia Baldi magis probatur. Primò,quia iudex reductionis non est arbiter ex compromisso, à quo non licet appellare,sed iudicis officio fungitur.Ergo ab eius sententia appellare licet,l.Ex consensu.ff.de appel. vbi dicitur, à iudice dato ex consensu litigatorum citra compromissum prouocare licere.Secundò,quia ad eam tanquam ad bonum virum recurritur, vt reformet sententiam arbitratoris secundùm æquitatem & iustitiam. Ergo si iniquè pronunciauerit, & ipse quoque læserit alterum ex litigatoribus,nihil proponi video, cur non liceat ab eius sententia prouocare. C

Tertiò,licet maxima sit inter Doctores controuersia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res committitur,quã latè tractat Menochius de arbitrarijs iud. quæst.70. tamen in quæstione nostra non puto eam militare, quia caussa reductionis non est simpliciter commissa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus casibus controuersia illa locum habet, sed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri.Dicimus enim,reductionem esse ad arbitrium boni viri,siue sententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l.Societatem.§.Arbitriorum.ff.pro socio.Ergo si non vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellare profectò licebit.

Quæ sententia confirmatur. Nam in iudicijs bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur,quia æquitatem sequi poterat,& multa ex arbitrio suo decernere, vnde arbiter familiæ herciscundæ. Arbiter communi diuidundo,pro socio.Dotis recuperandæ & similes.l.1.ff. de colla. do.l.5.C.fam.hercisc.l.4.de ser.leg.1.ff. de pactis dotalib.& latè explicat Brissonius lib.1.de verbor. significat.in ver.Arbiter. Et tamen nemo dixerit ab eorum sententia appellare non posse. D

Quid plura? nonne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet.l.Ceteræ.§.1.ff.fam.hercisc.nonne dicimus: *Totam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum,* remitti.l.Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quasi boni viri.* in l.Sed si vnius.17.§.Prætor ait.ff.de iniurijs? Ergo non liceret appellare? At absurdum est hoc,iniquum, & contra omnes leges & constitutiones,quibus appellatio permissa est.Demus igitur & à iudice reductionis appellandi potestatem, si iniustè pronunciauerit, & arbitri laudum in peius reformauerit.

CAPVT XCVII.

Emphyteusi concessa alicui & filijs suis,an veniant fœminæ.



FRequentioribus Doctorum suffragijs in hanc sententiam itum est, filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteusi concessa alicui, pro se,& filijs suis, vt fatetur Couaru. qui contrariam sententiam secutus est lib.2.cap.18.nu.1.latè adductis autoritatibus. Roland.à Valle, in cons.93.lib. 2.Bursatus cons.80.nu.7.Clarus q.32.Emphyteusis. Benintẽdius deci.Bononiẽsi 52.Hypol.Riminald. cõs.153. nu.3.lib.2. nouissimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico.cap.11.nu.3.& seq.vbi multos alios citat.

Fundamentum est, quia in contractibus stricti iuris, qualia est Emphyteuticus,verba strictè sunt accipienda, l.Quicquid adstringendæ,de verbor.oblig. Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, sed ex interpretatione & extensione, l.pronunciatio.l. Iusta,de verb.sig.l.Cùm in adoptiuis.§. Quæ in filio.de verb.sig. Præterea in stipulationib. & pactis verba ambigua interpretari debent contra stipulatorem,qui potetat legem contractus apertius dicere.l. Veteribus.ff. de Pactis.l.Stipulatio ista.§.In stipulationibus.de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l.2.q.17.de iure Emphyt.Decius ad l.2.de reg.iuris in tract. quando masculinum concipiat fœmininum, num.9. Alciatus in l.1.de verb.sign.Couar,qui malè citat Iasonem pro eadem sententia,d.lib.2.variat.resol.cap.18.nu.1.alios citat Antonius Gabrielius comm.concl.lib.6.concl.6. nu.94: quibus adde Pinellum ad l.3.nu.33.C.de bonis mater. Menoch.cons.111.nu.57.& nu.60.lib.2.

Fundametum est,primò in §.Emphyteusim,in Auth. de non alienandis rebus Eccles. vbi dicitur expressè, Emphyteusim Ecclesiasticam transire tam ad masculos, quàm ad fœminas,ibi: *Filiis tantùm masculis, aut fœminis,aut nepotibus vtriusque naturæ.* Secundò,quia iusta interpretatio hæc est, vt filiorum appellatione filiæ contineantur, & id sæpe, & plerunque fit l.Iusta.l.Pronunciatio. de verb. sig. Immò sexus masculinus semper fœmininum continet, inquit Iulianus in l.Qui duos. de leg.3.

Hæc posterior sententia,nisi aliud obstet, videtur mihi sanè probabilior, & iuri magis consentanea. Etsi enim in §.Emphyteusim, non decidatur quæstio nostra, sed tantùm hoc dicatur,Emphyteusim ad fœminas quoque transire (quod pro responsione à contrariæ sententiæ autoribus allatum scio), tamen ex eo possumus argumentum conficere huiusmodi. Contractus secundum sui naturam & legis dispositionem confectus præsumitur.

Sed hæc est natura huius contractus & legis dispositio, vt fœminæ succedant in Emphyteusi,sicut masculi.Ergo verba contrahentium,tàm masculos, quàm fœminas comprehendunt.

Maior propositio probatur ex l. Quæro.§. Inter locatorem, ff.locati, ex l.Si stipulatus.ff.de vsuris, tradit Alciatus de præsumpt.reg.3.Præsump.32.nu.1.latissimè probat Menochius de Præsump.lib.3. Præsump.38.& lib.6.Præsumpt.9.

Minor probatur ex §.Emphyteusim,& ex legib.quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negando verba in contractibus ita propriè & strictè accipiendam esse, vt excludatur iusta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis spectanda est, quàm verba, l.In conuentionibus, de verb.sig.l. Semper in stipulationib de reg.iuris.

Ad secundum respondeo, verba dubia interpretanda esse cõtra stipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non sunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tam masculos, quàm fœminas comprehendant, l. Iusta. l. Pronunciatio, de verb. signif.

Respondent diuersæ sententiæ autores, id non esse tam certum, filiorum scilicet appellatione filias contineri, vt non recipiat probationem contrariam; Nam in materia stricta non contineri filias, indicat l. 1. §. Sed si incertum sit, de ventre in possess. mittendo. Hæc est autem materia strictè accipienda, quia contractus est stricti iuris.

Non me frangit hæc responsio, quia etsi contractus Emphyteuticus stricti iuris sit, admittit tamen fœminas sicut masculos. Ergo contrahentium voluntas ea esse videtur, quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua masculinus sexus fœmininum continet, ideo euertitur, quod si testator dixerit: *Si mihi filius vnus nascetur exhæres esto*, non continetur filia: nam plerumque secus est, l. Iusta. l. Pronunciatio. l. Qui duos, de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione. Ergo in regula versamur. Ergo res est clara non dubia. Non est bona collectio. Potest verbum illud aliquando trahi ad alium sensum, Ergo ambiguum est. Si hoc valeret, nihil esset certum, nihil clarum, omnia obscura, & ambigua. Nam quæ sunt verba tam perspicua, quæ secundùm materiam subiectam non aliter atque aliter accipienda sint? l. Si vno. ff. locati. l. Insulam. ff. de præscript. verbis.

CAPVT XCVIII.

Emphyteusim non Ecclesiasticam, si qui stipuletur filijs suis, an etiam filijs naturalibus stipulatus videatur?



SEd rursus controuersia est. Patet Emphyteusim filijs stipulatur, an etiam naturalibus filijs stipulati videatur, & sermo est de Emphyteusi priuatorum, non autem Ecclesiastica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hęc sententia communior dicatur, Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. num. 58. ff. ad Trebell. Negant autem Decius in cap. In præsentia. nu. 44. & seq. de probatio. & ibidem Berous, num. 325. Aurelius Corbulus de iure Emphyt. cap. 12. num. 56. vers. Ampliatur, vt naturales.

Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs cap. 30. nec hos, nec illos sequitur, sed ita pronunciandum censet. Si quis sibi & filijs fuerit stipulatus, siquidem tũc naturales habebat, de his quoque actum videri ex mente contrahentium, secus autem, si naturales postea suscepti sint.

Fundamentum prioris sententiæ est in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, si sine liberis decesserit vt restituat hæreditatem. Papinianus scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum posterioris sententiæ est, quia filium eum definimus, qui ex viro & vxore natus est. l. Filium, de his qui sui, vel alie. iuris sunt. Ergo naturalis non continetur, præsertim in stipulatione, in qua verba sunt strictè accipienda. l. Quicquid adstringẽdæ. de verb. oblig. & si dubia sunt, vt hoc in casu contra stipulatorem. l. Stipulatio ista. §. in stipulationib. de verb. obl.

Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis sententia eo nititur fundamento, quod stipulatoris hæc fuisse voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteusi ita quæsita succederent; quæ voluntas in stipulationibus magis spectanda est, quàm verba, l. In conuentionibus. de reg. iur.

Hæc sententia mihi quoque placet, eamque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto, §. Si quis rogatus,

A sic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videbitur esse, de quibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fide commisit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior sententia refellitur: Etsi enim Papinianus scripserit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat. Vlpiani tamen alia est sententia, hoc ex voluntate, &c. pendere, Vlpiani sententiam secutus est Imperator, dum eius responsum in Pandectis posuit, & consequenter approbauit.

Posterior autem sententia firmo satis & solido nititur fundamento, quam ego non refello, sed probo & amplector cum distinctione Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis, loco annotato.

CAPVT XCIX.

B *Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non soluit, an præscriptionem allegare possit, ne in futurum soluere cogatur?*



MAxima quoque controuersia est, vtrum emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonẽ non soluit, nec à domino interpellatus ad soluendum fuit, libertatem præscribat nõ soluendi canonẽ temporis futuri; *qua in re ne diu lectorẽ morer, pronunciandum* sic existimo, nequaquam eum præscribere libertatem pro futuro tempore. Vtor in primis autoribus Accursio in l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. anno, Iasone in l. 2. num. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papę decis. 406. & alijs, quos refert Anton. Thesaurus decisione Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll. lib. 2. obser. 73. dum scribit, præscriptionem in annuis præstationibus locum non habere, idque multis præiudicijs in Camera confirmatum.

C Vtor præterea autoritate l. cum notissimi, §. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. vbi Imperator: *In iis etiam promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, temporum memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.*

His verbis indicauit Imperator & statuit, in annuis præscriptionibus tot esse præscriptiones, quot sunt anni: quare si Emphyteuta non soluit spatio annorum 30. vel 40. præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras, quia noua præscriptio est necessaria futurorum annorum; & quidem in singulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos, C. de vsuris: licet enim ibi sit constitutum principali actione sublata præscriptione D 30. annorum, nullam super vsuris quæstionem moueri posse, quia principali caussa non subsistente, nec ea quæ sequuntur locum habent, l. Cùm principalis. de regulis iuris: Tamen illa lex satis indicat, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam mouere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: adserendo singulis annis eorum actiones nasci*, &c.

Contrarium docuit Barto. in d. l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. Ius Emphyteut. in fi. C. de fundis patrimon. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphyt. cap. 15. limit. 31.

Fundamentum est in l. vlt. C. de fundis rei priuatę lib. 11. Et quia omnis actio tollatur spatio 30. vel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Et quia in annuis præstationibus agi possit, tam pro tempore præterito, quàm pro futuro. l. 1. C. de fideicom. l. Libertos quos. §. 1. ff. de alimẽ. & cib. legatis. Ergo præ-

scriptio

scriptio pro toto tempore currit, sicut pro toto tempore agi potest. A

Ad l. Cùm notissi. §. vlt. responderi potest, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præstationibus præscriptionem currere à die cessationis pro illo anno, in quo cessatum est. Secundò, præscriptionem omnium annorum currere ab eo tempore, quo cessatum est. Tertiò, in stipulatione annua hanc posteriorem sententiam veram esse, quia annua stipulatio est vna pro toto tempore, in legatis verò locum habere priorem sententiam, quia quot sunt anni, tot sunt legata.

Tertiam autem expositionem, quæ Glossæ, & Ioannis fuit, esse veriorem.

Sed ad hæc refellenda non magno labore opus est. In primis quod attinet ad l. vlt. C. de fundis rei priuatæ, illa non dicit pensionem annuam 40. annorum spatio præscribi ab Emphyteuta, vel alio, sed hoc dicit. Si quis emerit fundum rei priuatæ Principis, ea lege, vt canonem soluere non teneatur, non posse se tueri præscriptione temporis, nisi 40. annorum. B Nunquam iste emptor suscepit in se obligationem soluendi canonem, sed eam recusauit & noluit suscipere. Consequenter non pertinet ad rem nostram, quia nostra quæstio est, an is qui ad annuam præstationem canonis Emphyteutici obligatus est, possit præscriptione temporis se tueri. Verba dictæ vlt. legis hæc sunt, ne lectoris animus distrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationem dominicæ possessionis accedat. Quod si quis in posterum ad interdictum contractum accesserit, eum volumus precia perdere perpetuò, nec expensarum vel melioratæ rei fructuum exactionem compensationem opponere; nec temporis sibimet contra nostra commoda præscriptione, excepto vetustatis auxilio blandiri.*

Ad l. Sicut. & l. Omnes. respondeo, nil obstare, quia nos quoque dicimus annuas præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui; sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur, & requirimus ex mandato legis, vt in d. l. Cùm notissimi. §. vlt. non autem totius temporis futuri ex vnius anni, vel alterius pensionis præscriptione ius metimur. C

Non obstat quod dicitur, agi posse pro toto tempore, Ergo & præscriptionem currere pro toto tempore: quia negatur consequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia valde absurdum foret, vt quis pro singulis pensionibus peculiarem processum instituere deberet. argum. l. Malè agitur. C. de præscript. 30. vel 40. annor. declarat optime Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 74. Sed hæc res non immutat naturam obligationis; & multò minus legis sanctionem circa ipsam annuæ obligationis præscriptionem, tam apertè positam in d. l. Cùm notissimi, §. vlt. quam legem consequentia illa, si valeret, profectò destrueret. Sic enim infert. Est vna actio pro toto tempore; Ergo vna præscriptio pro toto tempore. D At contra Imperator dicit, per singulos annos vel menses tempora præscriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d. l. Eos. C. de vsuris. fatetur Imperator singulis annis *actiones nasci*, quantum ad effectum præscriptionis.

Porrò expositioni d. §. vlt. l. Cùm notissimi. quam suprà tertiò loco retuli, & probari dixi Glossæ, Ioanni & Bartolo, obstant primò verba textus, quatenus non distinguit inter annuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem nostram attinet, obstant verba illa, quibus apertè dicitur, præscriptionum tempora currere per singulos annos vel menses, non autem ab exordio obligationis. Quid est aliud hoc (bona pace doctissimorum virorum) quàm exponere album pro nigro? Si vna præscriptio sufficeret pro toto tempore futuro, non essent tempora præscriptionis metienda ex singulis annis vel mensibus. Nulla erat ratio dubitandi in l. Eos. C. de vsuris, quin sublata esset actio ad fructus & vsuras singulorum annorum, quia vna præscriptio pro toto tempore sufficiebat. Et tamen Imperator adfert eam dubitandi rationem, quòd singulis annis *noua actio nascitur*, quæ proinde præscriptione eligenda sit, quamquam alia ratione postea contrarium in ea specie statuat, quia scilicet perempta principali obligatione, æquum est, & quæ eam sequitur, perimi.

Aliter hanc rem explicauit Balbus de præscript. 4. part. 4. partis principalis, quæst. 8. quem secutus est Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, cap. 15. limit. 31. vbi distinguit. Aut Emphyteuta qui præscriptionem istam allegat, est ille met, qui rem conduxit in Emphyteusim, & dominum recognouit, & præscribere non potest, quia est in mala fide. c. vlt. de præscript. Aut alius est extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam suam, & is præscribere potest directum dominium, seruata distinctione, Authent. Malæ fidei. C. de præscript. longi tempor.

Non repugno huic sententiæ; sed hoc ipse contendo, nec si sit bona fide Emphyteuta, puta hæres primi Emphyteutæ, vel aliam ob caussam, locum esse præscriptioni annuæ pensionis temporis futuri. Et idem in omni alio possessore bonorum Emphyteuticorum statuo, qui non ipsum directum dominium legitimè præscripserit; tunc enim & pensionem siue canonem in consequentiam præscribere videtur. argum. l. Eos. C. de vsuris.

CAPVT C.

Debitor certa rei, an liberetur eius interitu post moram, & primo agitur in obligatione descendente ex maleficijs.

Rauis controuersia est, & secum adferẽs multarum legum cognitionem, an debitor interitu rei post moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore siue reo ex obligatione descendẽte ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu vel quasi, & ex alijs caussis obligatus est.

Quatuor animaduerti Doctorum sententias. Prima, Glossæ in l. 1. C. de his quæ vi vel metus caussa gesta sunt, distinguendum esse, an res eodem modo peritura esset apud actorem, vel non esset peritura. Priore casu reum liberari, Posteriore, nequaquam. Eam Gloss. probarunt ibi Salycetus & Alexander, & eandem sententiam habuerunt Fulgosius, Aretinus & Decius in l. Quod te. num. 50. ff. si cer. peta. & in eandem propendet Couar. affirmans eam in foro conscientiæ veriorem esse, ad reg. Peccatum. de regul. iuris, lib. 6. §. 6. in 2. parte.

Fundamentum est in l. Si cum exceptione, 14. §. Sed & si non culpa. ff. de eo quod metus caussa. vbi sic scribitur; *Sed & si non culpa eius cum quo agetur aberit, si tamen peritura res non fuit si metum non adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto, Vnde vi, vel quod vi aut clam obseruatur. Itaque interdum hominis mortui precium recepit, qui eum vendi turus fuit, si vim passus non esset.*

Secunda est opinio Cornei & Aretini in d. l. 1. C. de his quæ vi vel metus caussa gesta sunt, & aliorum communiter, in l. Quod te. vbi Ripa, num. 28. ff. si cer. per. in actionibus descendentibus ex maleficijs reum interitu rei non liberari, sed actionem integram esse sine distinctione, an res esset peritura, vel non.

Fundamentum est in d. l. 1. & in l. 1. §. Rectissimè. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. in l. vlt. ff. de cõdi. furti. & l. Inter omnes, 47. ff. de furtis, & alijs similibus, in quibus generaliter, & absque vlla distinctione constitutum est, reum teneri licet res perierit.

Sed fragile est fundamentum hoc: Nam dictæ leges non

non negant adhibendam esse distinctionem, an res peritura esset, licet nec affirment adhibendam esse. Tantùm enim hoc declarant, reum non liberari interitu rei, licet actor fuerit in mora petendi, & actionem instituendi. Idem scilicet reum non liberari docet tex. in d.l. Si cum exceptione, 14. §. Quatenus. vers. Sin autem homo, sed infrà in vers. Sed & si non culpa. distinctionem adhibendam esse indicat, an res peritura esset nec ne.

Tertia est sententia Bartoli in d.l.1. C. de his quæ vi vel metus caussa, & in d.l. Quod te. si cert. pet. in obligationibus descendentibus ex delicto, non esse locum distinctioni huic: An res esset peritura, excepta actione, quod metus caussa, in qua locum esse probatur in d.§. Sed & si non culpa: Rationem hanc adfert, quia actio quod metus caussa damnum exigit. l. Sed & si pactus. §.1. ff. eodem tit. Nullum autem damnum actor sentit, quando res erat peritura, etsi metus illatus non fuisset.

Et quoniam huic sententiæ videbantur obstare verba dicti §. Sed & si non culpa. quibus dicitur, *tenebitur reus, sicut in interdicto. Vnde vi*, &c. Respondet Bartolus, hanc similitudinem non esse omnimodam, sed in hoc esse positam, quia tam in actione, *quod metus caussa*, quàm in interdicto, *Vnde vi*, reus tenetur, licet res perierit, quando non erat peritura apud actorem. Ad eum autem casum quo res erat peritura, penes actorem similitudo non pertinet, quia reus in actione quod metus caussa non tenetur: At in interdicto vnde vi tenetur. Itaque Bartolus concludit sic accipiendam esse hanc similitudinem, quemadmodum cùm dicitur in sacris literis: *Estote perfecti sicut Pater vester qui in cœlis est*.

Sed ista nihil habent firmitatis. Primum, quia textus in d.§. Sed & si non culpa, in hac ipsa re, de qua agitur, æquiparat actionem, *quod metus caussa*, interdicto, *Vnde vi*. Quamobrem verisimile non est in hoc ipso diuersitatem esse. Esset autem maxima diuersitas secúdum sententiam Bartoli.

Deinde, quia nulla diuersitatis ratio adferri potest, inter actionem quod metus causa, & alias actiones ex maleficijs descendentes. Etenim in omnibus ijs actionibus ratio iustitiæ commutatiuæ locum habet, quæ hoc exigit; vt damnum quod iniuria tua passus sum, quodque mihi abest, culpa tua, mihi restituatur. Si nullum damnum verè patior, & nihil mihi absit, consequenter nil restituendum videtur.

Quartam sententiam ego colligo ex scriptis Iacobi Cuiacij in l. Si ex legati 23. de verbor. oblig. & in d.l. Si cum exceptione. §. Quatenus. ff. de eo quod metus causa. Summa hæc est, has tres actiones, *de vi, de metu, de furto*, non recipere hanc distinctionem, an res peritura fuerit, re post mora perempta: Verùm re perempta ante moram, recipere. Post moram dicitur perempta, cùm post condemnationem & post tempora iudicati faciendi perempta est: Ante moram autem perempta dicitur, cùm intra tempora iudicati faciendi perempta est, Et tunc ait locum esse distinctioni, an res peritura fuerit, quia si non erat peritura, reus tenetur, secus si erat peritura, & ita accipiendum esse tex. in d.§. Sed & si non culpa.

Sed huic sententiæ obstat primò, quod reus ex ijs caussis, quæ ex delicto descẽdunt, semper dicitur esse in mora, Triphonino teste in l. vlt. ff. de condict. fur. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. vbi dicit, plusquam frustratorem esse ex eo tempore, quo rem abstulit alienam.

Si reus omni tempore in mora esse dicitur, non video, quo pacto locũ illa distinctio habere possit; *ante moram & post moram*.

Deinde obstat quod tex. in d.§. Sed & si nõ culpa. non pertinet ad eum casum quo res perijt, post condemnationem: sed ad eum casum quo ante condemnationem

A perijt. Id patet ex ordine Iurisconsulti Vlpiani in d.l. Si cum exceptione. §. Quatenus: nam in prima parte loquitur de re perempta post condemnationem intra tempora iudicati, vsque ad illa verba: *Hæc post condemnationem*. Deinde loquitur de re perempta ante condemnationem: sic dicens: *Sin autem homo ante sententiam, sine dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur*. Postea interiectis quibusdam, sequitur §. Sed etsi non culpa, vbi illam distinctionem indicat, an res fuerit peritura, quæ proculdubio ad eum casum pertinet, qui proximè relatus fuit, nimirum cùm homo mortuus est ante sententiam, siue condemnationem.

Quid ergo concludendum in proposito iuris articulo? Priorem sententiam quæ textus auctoritate nititur, quæ rationem sequitur iustitiæ commutatiuæ, cæteris probabiliorem videri.

B

CAPVT CI.

Quid statuendum sit in alijs obligationibus, quæ non ex maleficijs descendunt, an debitor post moram re perempta simpliciter liberetur, an verò cum distinctione, an res fuerit peritura?


Ractaui hanc controuersiam libro 2. controuersiarum, cap. 71. sed iuuat eam retractare nunc paulò magis accuratè: Et quæ hic dicam tanquam posteriora prioribus meis scriptis præferri volo, quanquam eis non repugnabunt.

Tres sunt præcipuæ Doctorum sententiæ. Vna & magis communis, distinguendum esse inter actiones reales & personales: In realibus recipiendam esse hanc distinctionem, an res peritura fuerit. In personalibus non esse C recipiendam, Bartolus in l. Quod te. num. 10. ff. si cer. petat. Ripa ibidem num. 18. Menochius de Præsump. lib. 3. Præsumpt. 138. Robertus Aurelianus lib. 1. senten. iuris. cap. 23.

Fundamentum est, quod attinet ad actiones reales, in l. Item, Si verberatum. §. vlt. ff. de rei vind. & in l. De eo. §. Si post. ff. ad Exhib. Quod verò attinet ad personales, in l. Si pecuniam. §. vlt. ff. de Cond. causa data, in l. Si filiusfa. §. Si post diuortium. ff. sol. matr. in l. Apud Iulianum. §. 1. aliàs incipit l. Cùm seruus. §. Fructus, in fine. de leg. 1. in l. Cùm filiusfa. in principio. & in §. vlt. de verb. obl. in l. Qui decem. ff. de solutio.

Addit Bartolus hanc rationem in actionibus personalibus, quia fur & morosus æquiparantur. l. Inter stipulantem, §. vlt. de verb. oblig. Sed in fure non admittitur hæc distinctio. l. 1. C. de his quæ vi vel metus cau. l. 2. §. Rectissimè. l. pen. ff. de vi & vi arm. l. vlt. ff. de cond. fur. l. 2. C. eod. l. Subtracto. C. de fur. Ergo nec in debitore post D moram admittenda est.

Addit etiam Robertus Aurelianus diuersitatis rationem inter actiones in rem, & in personam; quia personalibus actionibus non simpliciter rem petimus, sed personam obligatam, obstrictamque prosequimur: ideo re perempta nõ minus subsistit obligatio, quia persona ipsa manet obligata. In realibus autem res simpliciter petitur. Ideo re fato perempta reus liberatur, si ea peritura fuerit; quia tantum actori reus præstare tenetur, quantum haberet, si litis contestatæ tempore res ei restituta fuisset.

Secunda est opinio Franc. Duareni, ad l. Si ex legati, 23. de verb. oblig. tres casus distinguendos esse. Primus est, cùm certum & exploratum est, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuisse, si reddita esset actori, vt puta seruus erat senio confectus, quem quia se daturum promiserat, & tunc debitor liberatur. l. Si plures. §. vlt. ff. depo. l. Si is qui Stichum, 57. ff. de iure dot. l. Si à domino, 39. §. Si prædio. ff. de petit. hæred.

Secundus

Secundus casus est, quando constat rem perituram non fuisse, si reddita fuisset; Perijt enim, verbi gratia, seruus debitus ruina, vel naufragio, tunc non liberatur debitor, l. Cùm exceptione. §. Quod si homo, ff. quod met. causa. l. De eo. §. Si post, ad exhib. l. Item si verberatum, §. Si seruus, ff. de rei vend. A

Tertius casus est, cùm dubium atque incertum est, an eadem modo res peritura fuerit, vt puta, quia seruus febri aliqua communi occubuit; & hoc casu contra frustratorem interpretamur, perinde ac si certum esset interituram non fuisse, l. Si ex legati, 23. l. Nemo, 82. ff. de verb. oblig. l. Si in Asia. §. vlt. ff. depos. l. Cùm res, 49. ff. de legatis primò, l. 1. §. Remissiuè, l. Meritò, ff. de vi & vi ar.

Excipiendus est bonæ fidei possessor, quem constat absolui, si res naturaliter interierit secundum Pauli distinctionem, qua Proculianorum & Cassianorum opiniones conciliat, in l. Illud. ff. de petit. hæred.

Tertia est sententia, tam actiones in rem, quàm in personam admittere hanc distinctionem, an res peritura fuerit, & hanc secutus sum lib. 2. Cõtrouers. cap. 71. ex l. Si plures, §. 1. ff. depo. ex l. Si cùm exceptione, §. Sed etsi non culpa, ff. quod metus cau. ex l. Item si verberatum, §. vlt. ff. de rei vend. ex l. Si vehenda. § Si ea conditione, ff. ad leg. Rhod. de iactu. B

Ego hac in re omnibus maturè consideratis ita respondendum ex Iurisconsultorum nostrorum responsis existimo. Aut versamur in petitione hæreditatis, & habemus claram decisionem Pauli in l. Illud, 43. ff. de petitio. hæred. his verbis: *Quid enim si post litem contestatam mancipia, vel iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor restituta hæreditate ea distraxisse: & hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sentit: In prædonis persona Proculus rectè existimat: In bonæ fidei possessoribus Cassius: Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temerè indefensum ius suum relinquere.* C

Ex hoc responso Pauli habemus duo. Primùm, bonæ fidei possessorem liberari in iudicio illo petitionis hæreditatis, ob naturalem rei interitum. Secũdò, prædonem, hoc est, possessorem malæ fidei non liberari.

Secundò, aut versamur in rei vẽdicatione, & in ea quid statuẽdum sit, Vlpiani rñsum habemus in l. Item si verberatum, §. vlt. ff. de rei vend. dum ait, *Sed est verius, si fortè distracturus erat petitor, si accepisset, morã passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & precium lucratus esset.* Et suprà dixerat: *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo & culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique aiunt.*

Hoc respõso palam est, possessorem liberari ob interitum rei, nisi rem distracturus petitor fuisset.

Tertiò, aut loquimur de actione depositi, & eandem distinctionem locum sibi vẽdicare testimonium habemus Caij in l. Si plures, 14. §. 1. ff. depo. ita scribẽtis: *Siue autem cum ipse apud quẽ res deposita est, actum fuerit, siue cum hærede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit. (Veluti homo mortuus fuerit) Sabinus & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est dixerunt; quia æquum sit naturalem interitum ad actorem pertinere: vtique cùm interitura esset ea res, & si restituta esset actori.* D

Quartò, aut loquimur de actione ex testamento, & quid statuendum sit indicat Vlpianus in l. Cùm res, 49. §. vlt. de leg. 1. sic dicens: *Item si fundus Chasmate perierit. Labeo ait, vtique æstimationem non deberi, quod ita verum est, si non post moram factam id euenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Quintò, aut loquimur de alijs contractibus, & obligationibus, & obseruãdum est, multa ac varia esse Iurisconsultorum responsa, quæ decernunt simpliciter, & nulla distinctionis huius mẽtione facta, reum post morã nõ liberari re perempta, vt l. Quod te. ff. si cert. pet. l. 8. ff. de re iud. l. Si ex legati, 23. l. Nemo. & 82. §. 1. & l. Cùm filiusfam. de verb. oblig. l. Electio. §. Si is quem, ff. de noxalibus act. l. Si in Asia, 12. §. vlt. ff. depo. l. Cùm seruus, §. Fructus, de leg. 1. & quædam aliæ quæ nunc non occurrunt.

His legibus non negatur distinguendum esse, an res peritura fuerit apud actorem: sed tantùm hoc continetur, actorem rei interitu post moram nõ liberari; quod verissimum & extra omnem cõtrouersiam est.

Ergo non potest ex dictis legibus inferri aut colligi repudiandam esse hanc distinctionem: quia dictæ leges illam non respuunt.

Difficultas ergo est an & dictę leges accipiẽdę sint, cum hac distinctione, quæ ex alijs legibus colligitur: & nihil proponi video, cur non debeant admittere eandem distinctionem, quia leges priores ad posteriores trahi debent, & contra posteriores ad priores, l. Non est nouum, cum duabus legibus sequentibus, ff. de legibus.

Quare sententiam postremo loco relatam, quam & alias amplexus sum, nunc quoque amplector, nimirum tam in actionibus, in rem quàm in personam admittendam esse hanc distinctionem, an res peritura fuerit: quàm sententiam secutus est etiam Cuiacius in d. l. Si ex legati caussa, 23. de verb. oblig. Itaque si res nõ fuisset peritura, quia petitor eam distraxisset, reus non liberabitur interitu rei; si verò non distraxisset, & ideo peritura fuisset, etsi reddita fuisset actori, liberabitur, atque accipio suprà dictas leges, & totam hanc materiam & disputationem.

Et hanc sententiam nunc confirmo, quia siue de in rem actionibus agatur, siue in personam, ita iure constitutum est, vt actori tantùm debeatur, quantum habiturus esset, si post litem contestatam res soluta vel restituta fuisset, l. Cùm fundus, 31. ff. si certum peta. l. Et ex diuerso. §. 1. in fi. l. Si hominem, ff. de rei vend. Sed nihil petitor habuisset, si res peritura fuisset; & nõ potuisset eam distrahere; Contra, si potuisset eam distrahere, precium lucraturus esset; Ergo priore casu reus liberatur. Posteriore casu non liberatur.

Ad argumenta Bartoli & aliorum, quibus probare conantur in actionibus personalibus non esse admittendam hanc distinctionem; respondeo, quod attinet ad l. Si pecuniam, §. vlt. ff. de cond. cau. data, hanc distinctionem ibi non reijci, in debitore post moram; quantum ad hunc effectum, vt rem præstare teneatur, sed quoad alium effectum, nempe vt restituat id quod accepit ea lege, vt seruum manumitteret; qui post moram eius mortuus est. Nam iure per eum factum sit, vt seruus non manumitteretur, lucrari non debet, quod ob eam caussam accepit. Verba tex. hæc sunt: *Sed vbi accepit, vt manumitteret; Deinde seruus decesserit: Siquidem moram fecit manumissioni: consequẽs est, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit.*

Ad l. Si filiofam. §. Si post diuortium, ff. sol. matrim. respondeo, ad rem non pertinere, verba hæc sunt: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse præstabit.*

Hic non agitur de naturali rei interitu, nec reijcitur distinctio nostra, an res esset peritura.

Ad l. Cùm seruus, §. fructus, de leg. 1. respondeo, non excludere hanc distinctionem, verba hæc sunt: *Ipsius quoque rei interitum post moram dabit, sicut & in stipulatione; si post moram res interierit, æstimatio eius præstatur.*

Eadem responsio accommodatur ad l. Cùm filiusfam. 49. de verb. oblig. Ait lex: *Si pater in mora fuit; non tenebitur filius. sed actio in patrem danda erit*, &c. Nulla mentio huius distinctionis est, quæ eã adstruat, vel destruat.

Quod

Qnod attinet ad argumentum illud, fur & moroſus æquiparantur; Ergo in debitore moroſo non eſt adbibenda diſtinctio, quia in fure non adhibetur, id negatur. Nam & in fure adhibendam eſſe probatur ex ijs, quæ dicta ſunt capite præcedenti.

Huc accedit illam æquiparationem furis, & debitoris moroſi, non eſſe perpetuam neque generalem, ſed pertinere ad hunc caſum tantùm, quo res perijt, nam ſicut fur non liberatur interitu rei, ita nec debitor qui eſt in mora: Ita loquitur tex. in d. l. Inter ſtipulantem, §. pen. de verb. obl. quod nos non negamus, ſed id fatemur verũ eſſe com diſtinctione, an res peritura fuerit.

Ad rationem Roberti reſpondeo; etſi perſona obligata ſit, æquitatis tamen rationem hoc exigere; vt re perempta, quæ vtiq; peritura fuiſſet: etſi reſtituta fuiſſet, debitor liberetur, vt in l. Si plures. §. vlt. ff. depo. Et ratio illa, quam in actionibus realibus ipſe conſiderat, ſcilicet ſufficere, vt actor tantùm conſequatur, quantum eſſet habiturus, ſi litis conteſtatæ tempore res reſtituta fuiſſet, æquè militat in actionibus perſonalibus, in quibus idem iuris eſſe indicat, l. Cùm fundus, ff. ſi cert. peta. Qnod verò dicebat in actionibus perſonalibus nos non rem petere, cõfutari poteſt ex §. Rei perſequendæ, Inſtit. de actio. vbi Imperator: *Earum verò actionum quæ in perſonam ſunt, eæ quidem quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes res perſequendæ gratia comparatæ videntur*. Ratio eſt, quia contra perſonam agimus, in ordine ad rem, id eſt, vt rem nobis debitam conſequamur.

Vnus reſtare videtur ſcrupulus contra hanc ſententiam noſtram ex l. de eo, §. Si poſt iudiciũ, ff. ad exhib. in illis verbis: *Tantò magis ſi apparebit, eo caſu mortuũ eſſe; qui non incidiſſet, ſi bona exhibitus fuiſſet*: quia dictio, *Tantò magis*, indicare videtur idem eſſe, ſi appareat eodem modo rem perituram fuiſſe.

Sed eo nos liberauit Bellonus, lib. 4. Supputationũ, cap. 8. perpendẽs alia verba dicti, §. *Tamen interdum tanti damnandus eſt, quanti actoris interfuit per eum nõ eſſe effectum, quò minus tunc eum iudicium acciperet, homo exhiberetur*. Senſus eſt, aliquando debitorem condemnari, & quando condemnatur; tantò magis procedere condemnationẽ, ſi appareat eo caſu mortuum eſſe, qui non incidiſſet, ſi tunc exhibitus fuiſſet.

Quid autem ſit dicendum, id eſt, an cõdemnandus ſit reus, ſi ſeruus moriturus fuiſſet, licet exhibitus fuiſſet; non decidit ibi Iuriſconſultus: ſed decidenda hæc quæſtio eſt ex l. Item ſi verberatum, §. vlt. ff. de rei nimirum hoc in caſu reum liberari, niſi petitor eum diſtracturus fuiſſet.

CAPVT CII.

Iuramentum metu extortum an obliget?


QVatuor hac de re Doctorum ſententias animaduerti, quas vbi fideliter retulero, tũ quid ipſe ſentiã paucis indicabo.

Prima, eſt iuramentũ metu extortum nullius eſſe momenti, reddere actum ſuper quo interponitur nullum; & à tali iuramẽto non eſſe abſolutionem neceſſariam, Thomas Grammaticus, conſi. 91. nu. 4. Corneus conſi. 11. col. 6. lib. 3. Gratus reſponſo 71. lib. 1.

Fundamentum eſt primò in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. vbi Imperator Fridericus ait: *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis inuiolabiliter cuſtodiatur. Per vim autem, vel per iuſtum metũ extorta etiam à maioribus (maximè ne querimoniam maleficiorũ commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti iubemus*. Secondò, quia tale iuramentum metu extortum proculdubio eſt contra bonos mores, Ergo non eſt obligatorium, c. Non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6. Tertiò, quia dicit S. Pontifex in c. Cùm contingat, de iureiur. & in cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. ſeruãda eſſe iuramenta, quæ non vi dolo extorta ſunt, neq; vergunt in diſpendium ſalutis æternæ, aut in alterius præiudicium, Ergo iuramenta vi extorta (à contrario ſenſu) ſeruare nemo cogendus erit.

Secunda eſt opinio, quæ verſatur in altero extremo, iuramentum etiam metu extortum obligare donec abſolutio fuerit impetrata. Hãc eſſe communem Doctorum ſententiam teſtimonijs allatis Couarru. in Epitome, de ſponſalibus, parte 2. cap. 3. §. 5. nu. 2. & Seraphinus Senenſis, de Priuilegijs iuramenti, Priuilegio 110.

Fundamentum eſt in c. Si verò, & in c. Verùm, de iureiu. vbi S. Pontifex reſpondit, loqnens de iuramento vi extorto, & per metum grauiſſimũ, *non eſſe tutum m quemlibet contra iuramentum ſuum venire, niſi tale ſit quod ſeruatum vergat in interitum ſalutis æternæ* Et poſtea ſubdit, S. Pontifices ſolitos eſſe abſoluere à tali iuramento: Ex quibus infertur tale iuramentum obligare, quia ſi non obligaret, abſolutione opus non eſſet.

Ad argumenta prioris ſententiæ reſpondent, illa ſic eſſe accipienda, vt probent, iuramentum effectu non obligare, ſi per vim vel metum fuerit extortum, quia ſcilicet iurans à tali iuramento abſoluendus eſt, ſed antequã abſoluatur, tenetur iuramẽtum ſeruare.

Tertia eſt ſententia, quaſi media, diſtinguẽdum eſſe inter contractus à legibus reprobatos, & alios contractus qui valent, & legibus approbati ſunt. Si iuramentum per vim & metum fuerit extortum in contractibus, qui legibus ſunt reprobati, nullius momenti eſſe, nec iurantem eo obſtringi, & ita accipiendum eſſe S. Pontificis reſcriptum in c. Cùm contingat. de iureiu. & in cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. & Imperatoris Frid. conſtitutionem in d. Authent. Sacramenta puberum, quia loqnuntur de contractib. reprobatis, vt ex eis patet. Si verò extortum vi metuve iuramentum fuerit in contractibus validis & approbatis, tunc iurantem obſtringi, & abſolutionem neceſſariam eſſe, & ita accipiendum, c. Verum, & c. Si verò, de iureiur. ita Panorm. in c. Cùm contingat, de iureiur. & ibi Alciatus in 3. not. nec nõ Felynus in cap. 2. de iureiur. & multi alij quos commemorat Seraphinus d. Priuilegio 110. num. 7. 8. & ſeqq.

Quarta & poſtrema ſententia eſt eadem quidem cum ſecunda ſuperiùs relata, ſed meliùs ac dilucidius rem enarrans, diſtinguendum eſſe inter forum internum, ſcilicet conſcientiæ, & forum externum, in quo nos verſamur ſub Magiſtratus Imperio & Iuriſdictione Iuramentum metu & vi extortum obligare in foro conſcientiæ, at in foro externo non obligare, ita S. Thomas & Caietanus 22. q. 89. art. 7. Reuerend. Pater Gregorius de Valentia, *noſtrum decus*, in 3. tomo, diſput. 6. q. 7. puncto 4.

Et hæc mihi veriſſima videtur, tum quia iuri & rationi conſentanea eſt, tum quia per eam conciliantur omnia iura, quæ prima fronte inuicem pugnare videntur, necnon & Doctorum diſcrepantes ſententiæ.

Præclarè enim D. T. Thomas: *In iuramento*, inquit, *quod quis coactus fecit, duplex eſt obligatio, vna quidem qua obligatur homini, cui aliquid promittit: & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille qui vim intulit hoc meretur, vt ei promiſſum non ſeruetur. Alia autem eſt obligatio quia quis Deo obligatur, vt impleat quod per nomen eius promiſit, & talis obligatio non tollitur in foro conſcientia, quia magis debet temporale damnum ſuſtinere quàm iuramentum violare*, &c.

Hinc iura, vt dixi, conciliantur. Nam S. Pontifex, in c. Verùm, & in c. Si verò, de iureiu. apertè loquitur

de

de obligatione iuramenti quoad Deum, vt patet ex il lis verbis: *Tuum non est quilibet contra iuramentum suum venire*. Et rursus; *Ne autores periurij videamur*, &c. Et rursus ibi: *Non enim ita expressè dicamus, vt iuramenta non seruent, sed si ea non attenderint, non ob hoc sunt tanquam pro mortali crimine puniendi*.

Quod autem Fridericus Imperator statuit in dicta Auth. Sacramenta puberum, & quod S. Pontifex respondit in d. c. Cùm contingat, & d. c. Quamuis, iuramenta vi extorta non obligare, & nullius esse momenti, ad forum externum rectè applicari potest, quia iurans habet exceptionem iustam, qua se defendat ex hoc edicto, *quod vi aut metus caussa*, ne promissa seruare teneatur, l. 1. toto tit. ff. de eo quod met. cau.

Denique conciliantur discrepantes Doctorum sententiæ. Nam prima, quæ negat iurantem obligari, accipienda erit in foro externo. Secunda, quæ affirmat obligari, accipiẽda erit cum hac distinctione, scilicet quoad Deum & forum conscientiæ, non autem quoad forum externum. Tertia denique distinguens inter contractus approbatos & reprobatos, non incommodè, hanc distinctionem inter forum internum & externum admittet.

CAPVT CIII.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem 40. annorum.

IN controuersia positum est, an Ecclesia in integrum restitutionẽ petere aduersus 40. annorum præscriptionem possit, Et multis placuit non posse, quos refert & sequitur Socinus senior in cons. 66. num. 23. lib. 2.

Fundamentum est, quia nullus ex toto Iure Canonico vel ciuili locus extat, vbi probetur huiusmodi restitutionem Ecclesiæ competere: sed contrà multa iuris loca proferri possunt, quibus constitutum, & disertè cautum est, quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere, c. De quarta, c. Vigilanti, Quia indicante, de præscript. & alibi, quod & Iustinianus constituit Nouella 111. siue in Auth. Hæc constitutio innouat. constit. &c.

Huc accedit, quia nunquam præscriptio noceret Ecclesiæ, nam semper in integrum restitueretur, quod videtur esse absurdum. In minore autẽ absurdũ non est, vt restituatur, quoniam aliquando maior fit, & post lapsum quadriennij excluditur, l. vlt. C. de tempor. in integ. restit. Denique præscriptio longissimi temporis planissimam securitatem parit, l. omnes, C. de præscript. 30. ann. ergò restitui aduersus eam nemo potest.

Sed contraria sententia & communior est, & probabilior. Communiorem esse palam est, ex ijs, quæ tradit doctissimus Sfortia Oddus de restit. in integrum, parte 2. quæst. 89. art. 3. Veriorem autem esse constat. Nam fundamentum eius est, quia Ecclesia vtitur iure minoris, cap. 1. de in integ. restit. Minorem autem restitui aduersus præscriptionem 30. vel 40. annorum, hoc argumento demonstrari potest. Minor olim resti tuebatur aduersus præscriptionem lõgi temporis, l. Vnica, C. si aduersus vsucap. Imperator autem Iustinianus statuit eã non currere, in l. vlt. C. in quib. caus. in integr. rest. non est necesse. Idem statuit longissimi temporis præscriptionem minoribus nocere, l. Sicut, C. de præscript. 30. vel 40. annor. Ergò aduersus præscriptionem longissimi temporis competit minoribus in integrum restitutio. Probatur: quia eadem est ratio, quæ in præscriptione longi temporis. Aduersus eã minor restituebatur, quia læsus erat ex imprudentia & lubrico ætatis. Eadem ratio est in præscriptione longissimi temporis, vt similiter minori succurratur per ætatis lubricum & imprudentiam læso.

Confirmari potest hæc sententia ex Clem. 1. de in integ. restit. vbi S. Pontifex scribit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest*.

Item ex eo, quod datur restitutio in integrum Ecclesiæ aduersus contractus gestos, ex quibus læsa est, cap. 1. eodem tit. ergo nulla est ratio, cur non detur & aduersus præscriptionem temporis, quia magis nocere debet contractus spontè initus, quàm temporis lapsus absque vllo consensu Ecclesiæ.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, licet iure constitutum expressè non sit, Ecclesiam restituendam aduersus præscriptionem istam tacitè tamen cõstitutum dici potest, cùm iuris vtriusque rationibus consentaneum sit.

Ad secundum, nego Ecclesiæ præscriptionem nunquam nociturum? Nam intra quadriennium in integrum restitutio peti debet, cap. 1. de in integ. restit. lib. 6. quare quadriennio elapso non audiretur.

Ad tertium respondeo, quadraginta annorum præscriptionem plenissimam securitatẽ parere; quia nocet ipso iure: nisi restitutio in integrum detur. Non potest inde colligi restitutionem non esse concedendam, nam sic nemini, & nullo vnquam casu esset concedenda, si plenissima securitas sic accipienda esset, vt in integrum restitutionem excluderet; quod absurdum est.

CAPVT CIV.

Vtrum minor 25. annis aduersus contumaciam restitutus expensas restituere aduersario teneatur?

MInor etiam si quasi contumax condẽnatus sit, in integrũ restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus, in l. 9. ff. de minorib. Sed an sumptus aduersario refundere teneatur, iuxta l. Sancimus, C. de iudicijs, non est eadẽ omnium sententia; Nã Bart. in l. si finita, §. Si fortè, ff. de dã. inf. videtur velle sumptus restituẽdos esse: quem refert & sequitur Iason in d. l. Sãcimus, num. 7. Idem expressè Hostiensis docet in Summa, de in integrum restit. §. vlt. circa finem. Idem decidit Capella Tholosana decisio. 329. & hanc sententiam seruari in Parlamento Burdegalensi, testatur Boerius decisione 63. numero 6. & 33.

Contrarium docet Alexander, ad d. l. si finita, §. Iulianus, num. 84. ff. de dam. inf. Natta consi. 17. num. 6. Sfortia Oddus, de restit. in integrum, parte 2. q. 67. ar. 2. nu. 330. Antron. Tessaurus decis. 9. num. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cõtumax in dolo esse videtur, l. Nõ videtur dolo carere, de reg. iuris. Minori autem non succurritur in delictis, l. si ex caussa, §. Nunc videndum, ff. de minorib.

Sed istud nihil est, quia est dolus præsumptus, nõ autem verus, qui ex delicto oritur. Constat autem minoribus succurri in dolo præsumpto, l. 1. §. vl. ff. de minor. Et probatur in d. §. Nunc videndum, vbi minori succurritur neganti, ut pro confesso habeatur in actione ex lege Aquilia.

Secundò, quia beneficium in integrum restitutionis, non debet esse fraudi aduersario, arg. l. Nec auus, C. de emanc. liber. C. de his qui ueniam ætat. impetr. Esset autem fraudi, si non cogeretur minor impensas restituere.

Tertiò, nam in l. Intra utile, §. ult. ff. de minor. probatur, sumptus in rem factos, restituendos esse à minore in integrum restituto.

Sed responderi potest, hæc esse dissimilia, quia sum-

ptus iudiciales non sunt in rem facti, atque adeò non cedunt in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles vel necessarij, quibus res preciosior facta est, vel conseruata.

Posterioris sententiæ fundamentum est, Primò, quia restitutio est in pristinū statum repositio, l. Quod si minor, §. Restitutio, ff. de minor. Si minor sumptus refundat, non videtur in pristino statu.

Sed responderi potest, satis esse, si sit in pristino statu, quātum ad rem principalem, hoc est, vt audiatur, contumacia non obstante, & aduersus sententiam & decretum restituatur; Alioqui hoc argumentum mili taret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet impensas aduersario restituere, nihil plus haberet, quam quisquam alius etiam maior 25. annis, Constat enim quemlibet contumacem refectis expensis audiri, l. Sancimus, C. de iudic.

B Respondet Hostiensis, loco superiùs annotato, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primùm decretum restituatur, etiam post annum, quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideo hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsulti venia, multum est hoc, quod Hostiēsis dicit, Facit enim in integrum restitutio, vt minore post annum in integrum restituto, ad secundum decretum perueniri non possit: Et consequenter aliquid plus tributum est minori, quàm maiori.

Tertiò, quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis, l. Terminatur, C. de fruct. & lit. expen, ergò minor in integrum restitutus, quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus, quoad litis impensas.

C Sed nihil aliud dicit illa lex, quàm si terminata sit caussa principalis, non posse eam suscitari quoad expensas, nisi statim eodem die partibus cominus auditis Iudex condemnauerit in expensis alterum ex litigatoribus, iuxta l. Paulus, 42. ff. de re iudic.

Et in terminis nostris aliam esse naturam rei principalis quàm fructuum, patet: quia contumax auditur quoad rem principalem, sed refectis impensis, d. l. Sancimus.

Quartò, quia secundùm Nattam si minor teneretur sumptus restituere, esset in damno, & sæpius desisteret à petitione in integrum restitutionis.

Responderi potest, nō esse id probabile, quia caussa principalis plerunque maioris momenti est quàm impensarum iactura.

Et licet minor damnum sentiat, tamen id videtur æquius, quàm vt aduersarius illud sentiat, cùm ille nihil peccauerit, sed diligenter omnia fecerit secūdùm legis formam, conueniendo minorem, & minor contumax fuerit.

D Ego sanè re maturè considerata, existimo, sumptus esse restituendos à minore quia esset id valdè iniquū, vt qui minorem in iudicio rectè & ritè conuenerat, propter eius contumaciam sumptus perdere, & iacturam sine culpa sua ex contumacia alterius facere debeat.

Daretur insuper occasio minoribus eludendi iudicij, & abutendi hoc beneficio in integrum restitutionis, in fraudem alterius. Nimirum, non comparendo, vt aduersarius sumptibus fatigaretur, & posteà in integrum se restitui postularent, scientes se restitutum iri sine omni expensa, & damno. Hoc autem tolerandum non est in iudicijs, vbi summa æquitas, & æqualitas seruari debet, nec quispiam decipi.

Mouet me præterea illud argumentum, quia beneficium vni concessum, non debet alteri nocere. Hic autem noceret, quia sumptuum iacturam faceret aduersarios minoris, & quidem sine culpa sua.

Respondet Natta, aliquando id accidere, vt minor in integrum restituatur cum alterius damno & iactura, sicut patet ex eo quod scribit Abbas, in c. 1. de in integr. restit. si quis fecerit expensas in rem minoris. Nam restitutione in integrum concessa, non omnes expensæ sunt restituendæ, sed illæ, ob quas fundus melior effectum est.

Respōnsio hæc nullius est momenti: quia hoc regulariter ita constitutum est, vt non habeatur ratio eius, quod impensum est, sed eius, in quo melior fundus redditus est, l. In fundo, ff. de rei vind. Quare minor non videtur lædi hoc in casu, cùm iure communi vtatur, l. vlt, C. de in integr. restit. minor.

CAPVT CV.

Excussio debitoris principalis an requiratur antequam hypothecaria contra possessores agatur, quando res specialiter sunt hypothecæ supposita?



Onstat ex Nouella 4. tit. de fideiussoribus & mādato. §. Sed neq; hypothecariā exerceri non posse contra possessores, nisi priùs excusso principali debitore. Sed objicit qd Iustinianus scribit in Nouella 112. tit. de litigiosis: *Ab hoc ait, inquit, litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus; & in his hanc distinctionem teneri, vt si quidem speciales res mobiles vel immobiles, aut se mouentes nominatim fuerint hypothecæ suppositæ, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere, sic tamen, vt ex precio earum vsque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori: Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.*

Hic videtur Imperator tribuere creditori potestatem rectè vindicādi res specialiter hypothecæ suppositas: Ergò vbi res specialiter creditori obligatæ sunt, is nulla principalis debitoris factā excussione, eas vindicare actione hypothecaria poterit. Atq; Ita reiectis Irnerij & aliorum interpretationibus, sensisse videtur Accursius in d. Nouella 4. de Fideiussor. §. Sed neque; & hanc sententiam latè defendit Antoninus Tesaurus decis. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis est Iustiniani Constitutio in d. §. Sed neque, negans creditori actionem hypothecariam ante debitoris excussionem. Generalis inquam est, & absq; vlla distinctione complectens omnem hypothecam, tam expressam quàm tacitam, tam generalem, quàm specialem.

Secundò, quia eadem est ratio inter generalem & specialem hypothecam, quia generalis hypotheca omnia bona continet.

Tertiò, quia si hoc erat discrimen adhibendum inter res generaliter, & specialiter hypothecæ subiectas, non potuit Imperator sine reprehensionis nota id omittere, quod tamen omisit. Nec enim id expressit in aliqua ex dictis Nouellis.

Quartò, (quod caput est) quia non est hic sensus Nouellæ de litigiosis, creditorem posse res vindicare specialiter obligatas debitore nō excusso; sed hæc est sententia Imperatoris: Si creditor debitorem conuenerit, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, non incidere in pœnam alienantis res litigiosas, immò licere ei res vendere; ita tamen, vt ex precio earum creditori suo satisfaciat. Nisi satisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vindicandi.

Ita hanc rectè explicauit Cuiacius in expositione d. Nouellæ 4. tit. de fideiussor. cum dixit, non aduersari Nouellam 112. quia in specie d. Nouellæ, *creditor* egit

egit prius personali, lite autem pendente à debitore pignus venditum fuisse, quare ei licere etiam cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti specie, quando scilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit, nec vllum est hac de re verbum in d. §. Ab hoc, sed verissimum tamen & certissimum est: Nam Imperator ibi dicit, hypothecas separari à vitio litigiosi, quod nihil aliud est, quàm rem litigiosam nō esse eam quæ hypothecæ supposita est, licet lis in iudicio pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitorem, qui res nominatim obligauit, eas vendere posse, scilicet etiam lite pendente. Si enim nulla lis penderet, inepta esset quæstio & dubitatio circa litigiosi vitium, quia vitium litigiosi contrahitur, cùm res alienatur lite pendente, vt in initio d. Nouellæ habetur. Verùm his debet esse de dominio rei, non autem B de hypotheca, quare nihil prohibet, quin debitor vendere possit res obligatas, etiam lite pendente: Ita tamen, vt creditori satisfaciat. Nisi creditori satisfecerit, is licentiam habet hypothecaria agendi cum emptore, & res vindicandi.

Hic est verus sensus d. §. Ab hoc, ex quo perspicuum est, non repugnare §. Sed neque. Nouella 4. tit. de fideiussor. quia non hoc vult, vt creditor omisso debitore conuenire possit possessorem rerum obligatarum actione hypothecaria, sed vt tunc creditor licentiam habeat hypothecaria agendi cum possessore, quando prius cum debitore egit, sed is lite pendente rem vendidit, nec ei satisfecit ex precio. Ideo Imperator ait: *Damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet eam vindicare*, scilicet in hoc speciali casu. Sciebat enim non posse res vindicari à creditore, nisi prius excusso debitore secundùm Nouellam 4. §. Sed neque. Sed hoc in casu dat licen- C tiam in odium debitoris, qui pendēte lite super actione ipsa personali & hypothecaria, rem alienauit, neque ex precio eius, creditori suo, vti debuerat, satisfecit.

CAPVT CVI.

Ad l. Cum quis, C. de iuris & facti ignorant.

D*iocletianus. Cùm quis ius ignorans, indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio.* l. 10. C. de iuris & facti ignor. Mouet hic dubitationem, quod Papinianus scribit in l. 7. ff. eodem tit. iuris ignorantiam non nocere suum petentibus. & rursus in l. 8. eodem tit. Iuris errorem omnibus in damno amissionis rei suæ non nocere. Nam si non nocet iuris ignorantia D iis, qui non de lucro faciendo certant, sed de damno vitando; videtur dicendum ei, qui indebitum soluerit, ex iuris ignorantia repetitionem competere, ne damnum incurrat amissionis rei suæ, hoc est, pecuniæ indebitæ solutæ.

Veteres omnes ferè post Accursium, explosa Vltramontanorum sententia, ita rem hanc explicant, vt concludant, hanc Constitutionem accipiendam non esse de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de indebito ciuiliter, debito autē naturaliter. Si enim quis soluat id, quod naturaliter debet, ciuiliter autem non debet, ex iuris ignoratione repetere id nō potest. Exemplum est in l. pen. ff. eod. tit. & in l. 1. & l. error. C. ad legem Falcid. Cæterùm, si nec ciuiliter nec naturaliter sit debitor, & soluerit, repetere id potest, ne damnum sentiat amissionis pecuniæ suæ cōtra sententiam Papiniani.

Atque hæc sentētia & interpretatio aliquando mihi placuit, nunc re melius perpensa valde displicet, & A omninò sic statuo, indebitum per errorem iuris solutum, repeti non posse, licet omni iure indebitum sit, hoc est, tam ciuili, quàm naturali iure; Et hanc esse huius Constitutionis sententiam, affirmare non dubito. Excipio autem mulierem soluentem ex iuris ignorantia, quia repetitionem habet, ex l. Quamuis, C. ad Velleian.

Hanc sententiam ijs argumentis confirmo. Primùm, quia Constitutio hæc non distinguit inter debitum ciuile, vel naturale, nec vlla alia est lex, quæ hanc distinctionem posuerit, aut quoquomodo indicauerit.

Secundò, quia cùm quis per ignorantiam facti soluit indebitum ciuiliter, naturaliter autem debitum, repetitionem non habet, l. Naturaliter, ff. de cond. indeb. Ergo nullum discrimen erit inter iuris & facti ignorantiam, contra mentem Imperatorum in hac lege, qui apertè statuunt, cùm quis per iuris ignorantiam indebitum soluit, repetitionē habere. Per ignorantiam autem facti solutum repeti posse.

Tertiò, quia nullo iure debitum fuit, quod ex caussa donationis solutum fuit à Mettio debitore & tamen repeti non potest in casu l. Cùm pater, §. Mæuio, de legatis 2. vbi Gloss. & Doctores dicunt, ob stultitiam debitoris, donatarium lucrari, id est, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus, si soluat ex iuris ignorantia, non repetit, l. Si fideiussor, §. Non male, ff. mand. Et cùm inutiliter obligatus est, sine dubio fieri potest, vt neque naturaliter, neque ciuiliter teneatur.

Quintò, ex l. secunda, ff. de Confessis, vbi dicitur, non fateri eum qui errauit, nisi ius ignorauit. Ergo confessio per errorem iuris facta, confitenti præiudicat; Ergò si quis per errorem, siue ignorantiam C iuris, debitum confiteatur, pro iudicato habebitur, l. prima, ff. eodem, nec ergo repetet solutum, & tamen fieri potest, vt nec ciuiliter, neque naturaliter deberet.

Sextò, ex l. prima, ff. Vt in possess. legat. vbi I.C. ait, Si ex iuris ignorantia hæres cautionem præstiterit, *benignè satisdationem condici posse*. Hæres ibi, nec ciuiliter, nec naturaliter obligatus erat ad satisdationem præstandam, ergo ipso iure debuisset eam posse condicere, tanquam omni iure indebitam, si vera esset communis sententia & interpretatio huius legis. Sed quoniam cùm quis indebitum soluit per iuris ignorantiam, cessat repetitio, ideo Vlpianus scribit: *Adhuc tamen benignè quis dixerit, satisdationem condici posse*. Ergo in illo speciali casu ex quadam benignitate & æquitate indebita satisdatio condici potest, quia hæres condicendo satisdationem non multùm lucratur, D Consequenter in alijs casibus regula est in cōtrarium, vt nimirum indebitum etiam omni iure, tam ciuili, quàm naturali, solutum per iuris ignorantiam repeti non possit.

Septimò, quia quod Papinianus scribit in dicta l. 7. & 8. ff. eodem titulo, iuris ignorantiam non nocere suum petentibus, &c. non pertinet ad hanc facti speciem, cùm quis indebitum soluit per errorem iuris, alioqui enim pugnaret cum l. 10. C. eodem tit. sed pertinet ad l. Qui fideicommissum, ff. de legat. 2. & similes casus, quibus responsum est, iuris ignorantiam non nocere, prosequentibus ius suum.

Nec solus sum in hac sententia, socios habeo Duarenum, ad tit. ff. de cond. indeb. cap. 3. & Cuiacium ad lib. 19. Responsorum Papiniani, dum tractat locum illum Papiniani, qui habetur in dicta l. 7. ff. de iuris & facti ignor.

CAPVT CVII.

Iuris ignorantia sitne lata culpa adscribenda?



IVris ignorantiam latam culpam esse docuit Bartolus, in l.Quod Nerua,nu.19. ff.depos. & idem docuerut antiqui Doctores complures., vt videre licet ex Menochio,de Præsumpt.lib.6.Præsumptio.23.num.11.

Primùm argumentum est ex l.Regula. §.pen. ff.de iuris & facti ignor,in illis verbis: *Sciant ignorantiam facti non iuris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

Secuodùm est ex l.Liberorum,§.Notãtur,ff.de his qui notan.'infam, ibi: *Ignorantia enim excusat non iuris,sed facti.* Si nõ excusat, ergo latam culpam admixtam habet.

B Tertium argumẽtum est, quia leges debent ab omnibus sciri, l.leges sacratiss. C.de leg.Nec permissum est eas ignorare,l.Constitutiones,C.eod.

Postremũ argumeotum est, quia lata culpa est,non iotelligere id quod omnes intelligũt,l.Latæ,ff.de verbor,signif. Sed leges ab omnibus intelliguntur, quia publicaotur, ergo earum ignoratio latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius,lib.4. Miscellaneor.c.17. Primò, quia lata culpa dolum repræsentat, l.1.§. Non autem,ff.de his,qui testam.lib.iuss.fuer.Sed hoc est falsum,quia nemini nocet iuris ignorantia in damnis amittendæ rei suæ.l.8.ff. de iuris & facti ignor.Ergò lata culpa non est,quia noceret, sicut dolus nocet.

Secundò,quia lata culpa est, oon intelligere, quod omnes intelligunt,l.Latæ,ff.de verb.sign.Sed iura non omnes intelligunt,inimò pauci.Ergò iuris ignorantia non est lata culpa.

Tertiò, lata culpa requirit summam negligentiam, C l.Cedere diem, §.vlt. de verb.sign. vbi appellatur nimia negligentia. Alibi vocatur dissoluta negligentia, l.Si fideiussor.ff.mand. *Ego non video,* inquit Corasius, *quo pacto clericus, mercator, artifex & alij id genus homines,qui non ciuilibus studijs operam dederunt, sed honestam aliam artem secuti sunt,legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.*

Excipiendos autem esse putat Doctores,Assessores & similes,quia isti tenẽtur scire iura,l.1. ff.Quod quisque iuris,l.vlt.ff.de varijs & extraor. cognit.& ijs meritò obijci potest. *Turpe esse viro nobili, & patritio ius, in quo versatur ignorare,l.2. §.Seruius.ff de orig.iuris.*

Non obstat, quod dicitur, leges ab omnibus sciri debere,quia id accipiẽdum videtur de legibus, quæ diuino præcepto, vel naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendamq́ hominum insolentium vitam pertinent. Sic ferè Corasius.

A Tertia est sententia Zasij,lib.1. Sing. Respons.cap.2.num.19.Iuris naturalis & diuinorum præceptorum ignorantiam esse latam culpam, l.venia, C.de in ius vocan.Præterea,si quis ignoret ea,quæ legibus prohibita sunt,quia illicita vidẽtur, ia in culpa esse dicitur, l.Extat,ff.quod met.cau.Rursus,si quis Doctorem se profiteatur, & ius ignoret, latam culpam contrahere dicitur,l.2. §.Seruius.ff.de orig.iuris. Denique à lata culpa non excusari,qui negocia habent iudicialia,vel iuris ordinem requirentia,si ius ignorauerint,l.Sicut, in fine,C.de Præscript.longiss.tempor.

Extra hos casus,inquit Zasius, iuris ignorantiam latæ culpæ adscribendam oon esse, quia si lata culpa est ignorare id, quod omoes intelliguot,è contrario, id quod pauci intelligunt, ignorare noo erit lata culpa: At pauci iura intelligunt,& sciuot,ergò,&c.

Ego verò hanc rem aliquot propositis Conclusionibus dilucidiùs explicari posse existimo,& simul cõtrarias Doctorum seorentias ad concordiam redigi.

B Prima Conclusio. Ioris ignorantia non est lata culpa,quãtum ad hunc effectum,vt omnes,qui ius igoorant repræhensione sint digni,aut pœnam aliquam incurrant. Nam vt rectè dicebat Zasius, maxima pars mortalium laboraret hoc vitio.

Secunda Conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa,eatenus,vt quis puniatur amissione rei suæ,l.7. & 8. ff.de iuris & facti ignor. Exemplum *præclarum* est in l.Qui fideicommissum,8 t.de leg.2.

Tertia Conclusio. Iudices, Doctores & Assessores sunt in lata culpa,si ius ignorauerint,l.2.§.Seruius,de orig. iur. l.2. ff.quod quisque iur. l.vlt. ff.de varijs & extraord.cog.

Quarta Conclusio. Iuris ignorantia culpæ adscribitur mioribus 25. annis, nec militibus, nec interdũ etiam mulieribus, l.Regula, in princ.ff.de iuris & facti ignor. l.1.& vlt. C.eod.

Quinta Conclusio. Iuris ignorantia culpa imputatur ijs,qui aliquid faciunt, quod legibus prohibitum C est. Tenentur enim eas scire, l.liberorum, §.Notantur,ff.de his qui notant.infam.l.Venia,C.de in ius vocan.Atq; huc pertinet l.1.ff.de legibus.legem esse delictorum, quæ vel sponte, vel ignorantia comitantur coercitionem.

Sexta Conclusio. Iuris ignorantia dicitur culpa eo fine,vt quis à commodo arceatur,si peritiores consulere potuit,l.Regula,ff.de iuris & fac.igno.l.In bonorum, ff.de bonor.possess. l.2.§.vlt. ff.Quis ordo in bonor.possess.seru.

Septima Conclusio.Iuris ignorantia culpæ adscribitur,ne quis lucrum faciat,hoc est, acquirere volentibus,l.4.de iur.& facti ignor.

Vltima Conclusio.Iuris ignorantia culpę annumeratur,vt quis indebitum solutum repetere non possit, l.Cùm quis,C.de iuris & facti ignor. vt dixi cap.præcedenti.



ANDREÆ

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER NONVS.



CAPVT PRIMVM.

Examinatur, quid statuendum, cùm criminibus variæ ac diuersæ pœnæ constitutæ, alijs atque alijs legibus sunt.



SÆPE accidit, vt vnum atque idem crimen varijs ac diuersis pœnis coerceatur, alijs atque alijs Legibus, Constitutionibus, Edictis, atque Statutis. Quamobrem in controuersiam venire solet, quæ pœna sit statuenda, ac præ cæteris eligenda. Tractant hanc materiam Canonistæ, in cap. Inter cæteras, de Rescript. & in cap. De caussis, de offic. deleg. Legistæ, in l. 1. ff. vi bonorum raptorum. Menochius, de arbitr. iudic. quæst. 94. & de recuperan. possess. remed. 9. num. 338. & sequen. Clarus, quæst. 8 5. Gomesius, Variarum resolutionum, tit. de delictis, cap. 1. num. 38. Soarez. Commun. opin. vers. Pœnæ, num. 150. cum seq. Angelus, de Maleficijs, in verbo, Et ibi caput à spatulis amputetur, & ibi in add. Ariminens.

Ego rectè ordineq; facturus videor, si aliquot propositis Conclusionibus totam hanc disputationem explicauero.

Prima Conclusio. Quoties posterioribus legibus pœnæ sunt impositæ delicto, ab ijs diuersæ, quæ prioribus legibus erant constitutæ, ea mente, vt noua pœna adiungatur veteri, & vt nostri Interpretes loquuntur, *cumulatiuè*, tunc aduersus delinquentem omnes pœnæ, tam veteres, quàm nouæ exequendæ & constituendæ sunt; In istis terminis loquuntur, l. Placet, 5. C. de sacrosanct. Eccles. ibi: *Si quis contrauenerit, post debita vltionis acrimoniam, quæ erga sacrilegos promenda est, exilio deportationis perpetuò subdatur.* Item, l. In eum, 18. C. de furt. ibi: *Præter pœnam olim statutam.* Item, l. 4. C. de sepulch. viol. ibi: *Quæ pœna priscæ seueritati accedit.* Item cap. 1. de sentent. & re iudic. lib. 6. ibi: *Salvis alijs Constitutionibus, quæ Iudicibus malè iudicantibus pœnas ingerunt & infligunt, &c.*

Secunda Conclusio. Quoties posterioribus legibus nouæ pœnæ constituuntur, alijs sublatis, quæ antiquis

A legibus continebantur, & vt nostri loquuntur, *priuatiuè*, tunc nouæ pœnæ locum habent, antiquæ verò cessant. In istis terminis loquitur l. 1. ff. ad legem Aquiliam, ibi: *Lex Aquilia omnibus legibus quæ ante se de damno iniuria derogauit.* Item l. 1. ff. de termino moto, ibi: *Terminorum auulsorum non multa pecuniaria est, sed pro conditione admittentium coercitio, ne transfigendum est.* Multa pecuniaria imponebatur ex lege agraria, vt in l. 3. ff. eodem tit. Item l. Qui cùm in vno, §. Qui post desertionem, ff. de re milit. ibi: *Nam & qui ad delictum olim non respondebant vt proditores libertatis in seruitutem redigebantur, sed mutato statu militiæ recessum a capitis pœna est, quia plerunque voluntario milite numeri supplentur.* Numeri, id est, vexillationes, vt explicat Cuiacius ad l. vltimam, C. de his qui non impletis stipendijs Sacram. soluti sunt.

B

Tertia Conclusio. Quoties lex posterior nouam pœnam imponit: nec apparet vtrum *cumulatiuè*, vel *priuatiuè*, tunc dubium est, quæ sit pœna eligenda: neque enim eadem est omnium sententia.

Mitiorem pœnam eligendam esse existimauit Glo. in cap. de caussis, in vers. Certa, de offic. de leg. quia pœnæ interpretatione sunt potius molliendæ, quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis, cap. Pœnæ, de pœnitentia, dist. 1.

C

Alij Iudicis arbitrio id committunt, vt Abbas in c. Inter cæteras, de Rescrip. Menoch. d. q. 94. non procul à fine. Affertur primò tex. in c. Quoniam frequenter, §. vlt. Vt lite non contest. ibi: *Ita videlicet, quod alterutra pœna, quæ magis timeri debeat, Iudex à principio sit contentus.* Ille tex. nihil obstat, quia ibi datur electio Iudici expressè, ideo nihil facit ad alios casus, in quibus non datur Iudici electio.

Secundò, l. Quoties, ff. de action. & obligatio. in illis verbis: *Si ex eodem facto duæ competant actiones, postea Iudicis potius partes esse, vt quod plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur.* Cuiacius legendum putat,

nil consequatur, lib. 3. obser. c. 25. cuius sententia iuuari potest ex l. 1, ff. de vi bonor. rapt. Nihil ad rẽ facit, quia loquitur de actionibus persequentibus rem familiarem nostra disputatio est de pœnis, quæ longè differũt.

Tertiò, text. in c. Sicut, ad finem, de Iudæis, in illis verbis: *Honoris & officij sui periculũ patiatur, aut excommunicationis sententia plectatur*, vbi Glo. dicit, id esse in optione Iudicis. Verùm hoc testimonium nihil mouet, quia text. id non dicit quod Glo. Præterea loquitur de pœna alternatiuè imposita ab eadem lege: non cùm diuersæ pœnæ à diuersis imponuntur legibus.

Alij denique docuerunt, posteriores leges esse sequendas, & ideo eam pœnam imponendam, quæ posteriori lege continetur, quæ mihi videtur verissima sententia. Nam non est nouum, vt priores leges ad posteriores trahantur, id est, corrigantur, suppleantur ac determinentur, l. Non est nouum. ff. de legibus. *Et constitutiones tempore posteriores potiores sunt ijs quæ eas præcesserunt*. l. vlt. ff. de Constit. Princip. ita docent Salycetus, in l. In eum, C. de fur. Cynus & Albericus in l. qui sepulchra, C. de sepulchr. viola. Antonius Gomesius, de delict. cap. 1. num. 38.

Exemplum adfertur notatu dignum. Constantinus statuit adulteros gladio puniendos, vt in l. Quamuis, C. ad l. Iul. de Adult. Iustinianus verò in Authent. vt nulli iud. §. Si quando (secundùm Haloandri translationem est Nouella 134. tit. de Vicarijs, seu locum tenentibus. § Si quando) quantum ad mulierem adulteram attinet, mandauit eam *competentibus vulnerib. subactam in monasteriũ detrudi*. Et hæc pęna in mulierem statuta hodie seruatur, vt in Auth. Hodie, C. eod. tit.

Sed D. Menochius de recup. possess. rem. 9. nu. 353. in diuersam abijt sententiam, existimauitq; nec Constantinum pœnam mortis inflixisse, nec Iustinianum aliam in adulteras mulieres pœnam statuisse diuersam à pœna Constantini. Fundamentum eius est, quia pœna gladij non semper accipitur pro pęna mortis, imò etiam quandoque pro alia pœna corporali, arg. l. solet. ff. de off. Procons. & leg. l. Imperium, ff. de iurisdict. omn. iud. Alciatus notat lib. 2. Paradox. cap. 7. & Longouallius ad d. l. Imperium, num. 51. Ergo licet Constantinus pœnam gladij imposuerit, non tamen sequitur pœnam mortis imposuisse.

Quod autem aliam pœnam Iustinian. non statuerit aduersus mulieres, probari dicit ex eo, quòd Iustinia. confirmat expressè pœnas à Constantino impositas: *Si quando verò* inquit, *adulterij crimen probetur, iubemus illas pœnas peccantibus inferri. Et quas Constantinus diuæ mem. disposuit*. Et secundùm Haloand. *Iubemus, vt illæ pœnæ delinquentibus irrogentur, quas præscribunt leges*. Et ideo de mulieribus adulteris inferiùs statuens, idem Iustinian. mandat eas competentibus vulneribus subactas, in monasterium detrudi, vel secundùm Haloand. *Competentibus pœnis*. Hæc igitur vulnera, & hæ pęnæ competentes significant gladij pœnam, de qua Constantinus loquitur, in d. l. Quamuis, accipiendo scilicet gladij pœnam pro corporali pœna non autem pro pœna mortis.

Cęterùm, nisi fallor, aliud est gladij potestas, de qua loquuntur dictæ leges, aliud gladij pœna, de qua Constantinus loquitur, ideo communis est sentẽtia, quam & ipse Menoc. secutus est de arbit. iud. casu 14. nu. 54. pœnam gladij, cuius mentionem facit Constantinus, de pęna mortis, siue vltimi supplicij accipiendam esse, nec vnquam aliter pœna gladij accipitur, quoties eius fit mentio in lege, quæ delictum aliquod decernat pœna gladij puniendum esse: alioqui dubia & incerta valde esset huiusmodi pęna. Alia ratio est de potestate gladij, quæ meritò accipitur pro potestate puniendi, tam pœna mortis, quàm alia pęna quacunque corporali, & ita loquũtur leges à Menochio allegatæ.

Quarta Conclusio. Quoties alia pœna lege Com-

A muni cõstituta est, alia verò iure Municipali Ciuitatis vulgò Statuta vocatur, tunc an abrogata sit pœna iuris communis, nec ne, dubium & controuersum est. Etenim, abrogatam non esse pęnam iuris communis, existimarunt Barr. in l. 1. ff. de vi bonor. rapt. Abbas in c. De caussis, nu. 14. & ibidem Berous, nu. 75. de off. deleg. Angelus Aretinus, in pract. Maleficior. in verbo, & ibi caput à spatulis amputetur, Ruinus consil. 143. nu. 6. lib. 5. Menoch. de recup. possess. rem. 9 nu. 386.

Fundamentum est primò in aliquibus legibus, ex quibus apparet pœnam lege noua constitutam non derogare pęnæ priori lege constitutæ, vt in l. Ariani, C. de hæret. in l. 4. C. de sepulch. viol. in l. 3. ff. de libero hom. exhib. & similibus, quæ leges ideo nihil faciunt, quia expressè statuunt pœnam legis posterioris adiunctam esse antiquæ pœnę.

Secundò, fundamentum est in l. Quoties, ff. de act. & oblig. quæ vt suprà dictum est, non pertinet ad rem
B nostram, sed ad caussas ciuiles & pecuniarias, quibus rem familiarem persequimur, de pœnis ibi non agitur, quæ diuersis legibus constitutæ sunt.

Tertiò, in regula l. vlt. C. de nouation. Nouationem scilicet, non induci veteris obligationis, nisi expressè dicatur; Sed nimis hæc res distat à disputatione nostra de pœnis.

Quartò, in alia regula, Correctionem legis nõ præsumi in dubio, l. præcipimus, C. de appellat. sed fragile argumentum est, quia cum per statuta alia diuersa pœna imponitur, quàm iure communi fuerit imposita, non videtur esse res dubia, sed certa, quòd legi communi in eo derogauerit statutum.

Quintò, in l. 3. §. Diuus, ff de sepulch. viol. quo argumento vsus est Menochius, sic ait text. *Diuus Adrianus Rescripto pœnam statuit 40. aureorum, in eos, qui in ciuitate sepeliunt, quam fisco inferri iussit*. Et paulo post:
C *Quid tamen si lex municipalis permittat in ciuitate sepeliri post Principalia rescripta, an ob hoc discessum sit videbimus, quia generalia sunt Rescripta, & oportet Imperialia statuta suam vim obtinere, & in omni loco valere*.

Responderi potest, testimonium illud ad rem nostram non pertinere, neque obstare, quia loquitur, quando Imperator aliquid fieri prohibet, adiecta etiã pœna; Lex autem Municipalis illud fieri permittit; tunc præferenda sunt Imperatoris Rescripta & meritò, quia inferior cedere debet ac parere superiori. Nos autem loquimur, quando iure communi alia pęna delicto est imposita, alia verò Statuto Ciuitatis, nec vllum est edictum Principis aliter disponens, tunc videtur recessum à pœna iuris communis: posito, quod Statutum valeat, vel quia fuerat conditum ab ijs qui potestatem habent, vel quia Princeps, vt fieri solet, illud approbauerit, & confirmauerit. Ad d. l. 3. §. Diuus, videas Fornerium Selectionum, lib. 1. cap. 13.

Contrariam igitur sententiam frequentioribus suffragijs Doctores secuti sunt. Vide Clarum, §. fi. quæst. 85. vers. Debet. ac etiam Alciatum consil. 745. Decium
D in c. De caussis, nu. 14. de off. deleg. alios citat Menochius d. remed. 9. de recup. possess. nu. 339.

Pro hac sententia licet multa adferri soleant, illud tamen argumentum me plurimum mouet, quoniam cùm disputamus, an propter pœnam Statuto Municipali impositam, recessum sit à pœna iuris communis, præsupponere debemus statutum valere, vel quia Ciuitas potestatem illud condendi habuerit, vel quia Principis confirmatio, vel consensus accesserit. Eiusmodi Statutorum ac legum Municipalium sæpè in legibus nostris mentio habetur, vt in l. 1. C. de emancip. liber. in l. Antiochensium, ff. de priuileg. cred. in l. Prohibere, ff. quod vi aut clam, in l. Vt gradatim, §. 1. ff. de muner. & honor. in l. An in totum, C. de ædif. priuat. in l. Item eorum, §. 1. ff. Quod cuiusque vniuers. nom. & alibi.

Igitur

Igitur si valet eiusmodi Statutum, illud seruandum erit tanquam ius proprium ipsius Ciuitatis, vt in l. omnes populi, ff. de iustitia & iure, consequenter à iure communi discessum videbitur. Nam si ius commune locum habere posset, non esset pœna statuti seruanda, sed iuris communis; aut in electione Iudicis id esset, quam seruaret pęnam: quod certè statuentium intentioni maximè repugnare videtur, qui aliam pęnam imposuerunt.

CAPVT II.

Actio ciuilis & criminalis, an & quando simul cumulari possint.



Quæ magno cóflictu varijs atque inuicem pugnantibus Doctorum sententijs agitari solet quæstio, an & quando ciuilis & criminalis actio cumolari in vno eodemque iudicio possit, quinque casibus propositis dilucidè explicari potest.

Primus est, cùm quis aduersus vnam eandemque personam, & ex eodem facto ciuilem & criminalem intendit actionem: Et huiusmodi cumulatio non admittitur, l. 2. §. 1. ff. de vi bonorum rapt. l. Interdum, ff. de publicis iudicijs. Peracto autem criminali iudicio, ciuilis actio moueri poterit, l. Vnica, C. quando ciuilis actio criminali præiudicet, l. vlt. C. de ordi. iudic. Hinc dicimus, ciuilem & criminalem iniuriarũ actionem cumulari non posse, vt latè explicat Anton. Thesaurus decis. Pedemont. 18. nu. 3. Actio tamen iniuriarum & legis Aquiliæ, cumulari potest, teste Mynsingero, cent. 1. obseruat. 25. Quod ego verùm puto, quantum ad hunc effectum, vt quod amplius in altera est, actor consequatur, sicut loquitur l. Qui seruum, ff. de act. & oblig.

Sed istud accipiendum cùm vtraque actio æquè principaliter intentatur: nam si criminalis actio principaliter intentetur, actio autem ciuilis incidenter, vt puta si Iudicis officium imploretur, vt res ablata restituatur, vel expensæ refundantur, cumulatio admittetur, l. Interdum, §. Qui furem, ff. de furtis, l. Qui crimẽ, C. qui accusare poss. l. 3. C. de condict. ob turpem causam, l. 4. §. Si dicantur, ff. finium regund. l. pen. ff. de Calumniator. l. Medicus, ff. de varijs & extraord. cog. quas leges ad hanc sententiam adducit Bart. in d. l. 2. §. 1. nu. 2. ff. de vi bonor. raptor. & alios Doctores citat Menochius de retinenda possess. remed. 3. nu. 553. Addo ego l. 3. C. de ord. iudic.

Secundus casus est, quando fit cumulatio actionis ciuilis & criminalis ex diuerso facto contra eundem, & tũc cumulatio admittitur, l. Rerum amotarum, 27. ff. de act. rer. amotarũ, quam legem ita intellexit Bart. in d. l. 2. §. 1. nu. 1. ff. de vi bonor. raptor. & ita respondit Natta adductis alijs in cons. 138. nu. 4. & in his terminis consistere potest decis. 400. Ægidij Bellameræ, incip. Ciuilis & criminalis, vbi simpliciter affirmat ciuilem & criminalem actionem cumulari posse.

Tertius casus est, Cum actio ciuilis intentatur ab vno, & criminalis ab alio eius aduersario, in casu, quo criminalis actio ciuilem absorbet, vel ciuilis criminalem, tunc cumulatio nó admittitur, l. vltima, vbi Paulus Castrẽsis optimè declarat, C. de ordine iudiciorũ, l. Præses, C. ad leg. Flau. de plagiatijs. Crauet. in cons. 280. Bald. in l. vlt. C. de fide instrum. Bart. in l. Si testamentum, ff. de petitio. hæred. Affli. decis. 229. Capicius decis. 25. Alexand. in l. Reum criminis, C. de procurat.

Quartus casus est, quando ciuilis actio intentatur ab vno ex litigatoribus, & criminalis ab altero eiusdem aduersario; sed altera alteram non absorbet. Hoc in casu sunt opiniones. Nam Irnerius, quem Accursius refert, in l. vltima. C. de ordi. iud. cumulationem admittendam esse censuit, & eum secuti fuere ibidem Iacobus Buttigarius, Baldus, & Paulus Castrensis.

Sed cumulationem admittendam non esse Accursius existimauit, quem secuti fuere Angelus, Salycetus, & alij magis communiter.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Primò, quia iudicium criminale tanquam maius, impedire debet ciuile, vt in d. l. vltima. C. de ordine iudicior. Secundò, ex l. Adulterij. C. ad l. Iuliam de adult. vbi pendente adulterij accusatione contra mulierem, dos repeti non potest: ne ciuilis actio obstrepat criminali, vt ibi dicitur.

Quintus casus est, cùm ciuilis actio intentatur ab vno, & criminalis ab alio, qui illius aduersarius non est: sed quidam tertius. Et hoc in casu dicendum est, cumulationem admitti, nisi criminalis actio ciuilem absorbeat. Vide Iacobum Puteum decisione 99. in 1. parte, & Lancellotum de Attentatis lite pendente limitat. 23.

CAPVT III.

Furiosus si quis efficiatur post commissum delictum, possitne puniri?



SI quis post delictum commissum efficiatur furiosus, controuersia est an debeat puniri: Et communior sententia est, puniri non debere corporali pęna, sed in bonis, hoc est, vel publicatione bonorum, vel alia pecuniaria pęna pro delicti qualitate, ita Baldus, Alexander, & Iason, in l. Furiosum, C. qui testam. facere poss. Tiraquellus de pęnis legum caussa 3. Didacus Couarru. in Clem. Furiosus, in 3. parte, in initio, nu. 2. de homicidio, Clarus. §. fin. q. 60. Menochius de arbitr. iudic. casu 325. num. 12.

Fundamentum est primò, quia furiosus loco absentis & quiescẽtis est, *per omn. d. & in omnibus*, vt inquit text. in l. 2. §. Furiosus, ff. de iure Codic. Sed absens non potest condemnari pęna corporali, l. Absentem, ff. de pęnis, Ergo nec furiosus. Secundò, quia furiosus non potest dici de crimine confessus, vel conuictus: quia loco absentis, vt iam dixi, habetur. Constat autem non debere quenquam condemnari, nisi crimen confessus vel de eo conuictus sit, l. Qui sententiam, C. de pęnis. Tertiò, quia pęna corporalis ideo irrogatur vt delinquens affligatur. Furiosus autem satis ipso furore punitur, l. Diuus, ff. de off. Præsid. quare non videtur afflictio alia eidem addenda.

Contrarium docuerunt olim Ludouicus Roman. in d. l. Furiosum, C. qui testam. facere poss. & Franciscus Albergotus de Aretio, qui fuit discipulus Bartoli, teste Iasone in d. l. furiosum, non procul à fine, & nouissimè Ioannes Vaudus lib. 2. quæstionum, cap. 7.

Fundamentum est primò in l. Diuus, ff. de offic. Præsidis, in illis verbis: *Si verò (vt plerunque adsolet) interuallis quibusdam sensu sanior est, num forte eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia, diligenter explorabis: Et si quid tale compereris; consulet nos, vt æstimemus an immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire, commiserit: supplicio afficiendus sit.*

Secundò, *nam quoties de delicto quæritur, placuit non eam pœnam subire quem debere, quam conditio eius admittit, eo tempore, quo sententia de eo fertur? sed eã caussam sustinere, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus cùm deliquit*, l. 1. ff. de pęnis.

Tertiò, quia furor superueniens non tollit obligationem præcedentem, l. Patre furioso, de his qui sui vel alieni iuris sunt, l. Si à reo, §. Si à furioso, ff. de fideiussor.

Ego omnibus maturè consideratis animaduerto

prioris sententiæ argumenta confutari ex d. l. Diuus, ff. de offic. Præsidis. Nam si furiosus quantum ad propositum nostrum pro absente habendus est, nec confessus vel conuictus dici potest, si satis ipso furore punitur, ac proinde corporali pena affici non debet: cur Diuus Marcus & Commodus ita Rescripserunt; *Si quid tale compereris cõsules nos, vt æstimemus, an immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire commiserit: supplicio afficiendus sit*, vt in d. l. Diuus.

Si affici supplicio potest, igitur pena corporali affici poterit: Ergo condemnari poterit: & pro confesso & conuicto haberi.

Cur igitur inter ea, quæ Iudicis arbitrio definienda sunt, id non referatur, nihil sanè proponi video. Nam & ita dicit Rescriptum in præcedentib. verbis. *Num ferè eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia diligenter explorabis: Et si quid tale compereris, cõsules nos*, &c. Nihil ergo lex definiuit, sed à Iudice id explorandum, Principem esse consulendum, & ab eo æstimandum, an supplicio afficiendus sit delinquens, clarè & apertè rescribitur. Perpendet igitur Iudex ac Princeps delinquentis animum, circumstantias delicti, eius grauitatem, ac omnibus pensatis decernetur de pena prout æquitas & ratio postulauerit.

Non igitur priori ac posteriori sentẽtiæ acquiesco, sed totum arbitrio Iudicis ac Principis, quem Iudex consulare debebit, committo fundamentumq; huius sententiæ meæ in Imperatorum Rescripto colloco, cui magis auscultandũ censeo, quàm aliorũ sententijs.

CAPVT IV.

Si quis aliquem testari prohibuerit, qua pœna sit afficiendus.



SI quis aliquem testari prohibuerit, actiones amittit, & fisco aditum ad successionem aperit, l. 1. ff. si quis aliquem testari prohibuerit, l. 2. C. eod. Amplius si testator quidpiam alicui relicturus fuerat, is qui testari eum prohibuit meritò condemnabitur ad id quod interest, arg. l. Lucius, 90. §. Sempronia, de leg. 2. l. Si quis affirmauerit, ff. de dolo. Nam cùm dolo alterius alter quicquam amisit, æquum, bonum est vt illi condemnetur. Et huc alludunt quæ de ciuili disceptatione dicuntur in l. 1. C. eod. tit. Criminalis autem cuius ibidem fit mentio, ad confiscationem pertinet, quia scilicet caussa ad fiscum defertur: vel ad vim illatam, quæ penis coercetur, & lege Iulia, vt notum est.

Sed an etiam penam dupli subire cogatur? Et affirmat Gloss. in l. 2. C. si quis aliquem testari prohibuerit, & in d. §. Sempronia, Bartolus ibi. & in l. 5. ff. eod. tit. & est communis hæc Doctorum sententia, vt testantur Corneus & Iason in l. 1. C. eod. Hieronymus Gabrielius, consil. 99. num. 13. & 14. Peregrinus de iure priuilegijs fisci, lib. 2. tit. 6. num. 8.

Fundamentum est in §. Et hoc peruenit, in Authent. vt nulli iudicum liceat habere, vbi Imperator sic ait; *Et hoc peruenit ad nos, quod quidam prouinciarum Iudices, ita inique agunt, occasione lucrorum, vt neque testamenta concedant facere*, &c. Et paulò post: *Si verò quidam huiusmodi odibilem rem in quolibet loco nostræ Reipublicæ præsumpserit agere: aut ministrare ei qui hoc præsumpserit facere, iubemus huiusmodi extra cingulos factos in exilium destinari, & de substantia eorum euenens dispendium læsis in duplum restitui*, &c.

Addit Peregrinus hanc rationem, quia penæ contra violentos quandoque etiam quadruplantur, l. Metum, §. Ex hoc edicto, l. Si cum exceptione, §. Quadruplatur, ff. de eo quod metus causa.

Sed contrarium docuerunt Cynus, in l. Quicquid, C. arbitrium tutelæ, Antonius Butrius consil. 78. Bald.

A in d. l. Lucius, §. Sempronia, & ibidem Albericus testatur hanc sententiam communem esse, quam nouissimè sequitur Ioannes Vaudus lib. 1. Variat. qq. cap. 30. sequor & ego.

Fundamentum est hoc, quia nulla est lex quæ dupli penam imponat, præterquam Iudicibus, in quibus prior sententia proculdubio locum obtinebit. Nam Iustinianum loqui de Iudicibus in d. §. Et hoc peruenit, perspicuum est ex verbis textus.

Sed contrariæ sententiæ authores dicunt, propter verba generalia, quibus vnicuique id Imperator prohibet, eam Constitutionem ad omnes pertinere.

Respondeo, generalem prohibitionem his verbis contineri, Propterea interdicimus *omnibus iudicibus tam ciuilibus quam militaribus, & eorũ officijs, aut alij cuilibet aliquid præsumere*. Hæc generalis prohibitio fit Iudicibus, & eorum officialibus & administris, &
B cuicunque alteri, qui scilicet Iudici hac in re ministrauerit, & operam suam præstiterit, vt scilicet aliquis testari prohibeatur. Id patet ex verbis sequentibus: *Si verò quidam*, inquit, *huiusmodi odibilem rem in quolibet loco nostræ Reip. præsumpserit agere, aut ministrare ei qui hoc præsumpserit, facere iubemus*, &c.

Illa verba, *si verò quidam*, de Iudicibus accipienda sunt, quia de illis loquitur Constitutio, vt patet ex initio dicti §. Et hoc peruenit. Verba autem illa: *Aut ministrare ei qui hoc præsumpserit facere*, accipiẽda sunt de ministris & officialibus ipsorum Iudicum. Generaliter enim interdicit Iudicibus, & ministris eorum, ne id facere præsumant, & omnibus alijs, ne hac in re suam operam ac ministerium præbeant vel iudicibus, vel officijs eorum: & penam deinde statuit exilij, priuationis officij, & dupli. Si prohibitio generaliter omnes comprehenderet, & sine discrimine, sequeretur easdem penas exilij, & amissionis dignitatis, & dupli,
C subire omnes debere, qui aliquem testari prohibuerint: quod affirmare ideo non ausim, quia nemo hactenus id scripsit, & quia si hæc erat mens Iustiniani, clara & diserta oratione eiusmodi legem promulgare debuisset. Cùm res dubia sit, interpretatione molliendæ sunt penæ magis quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de penis.

Porrò, id quod affertur de quadruplo, in actione, quod metus causa, locum obtinet, suisque regulis coercetur & cancellis, extra quos non videtur facile producendum.

CAPVT V.

Quatenus actiones ex delictis descendentes in hæredes dentur.

D CVm quæritur an actiones ex delictis in hæredes dentur, conuenit inter omnes de multis, de vno potissimum controuersia est. Primò, conuenit actiones penales in hæredem non competere, nisi in quantum ad eos peruenerit, vel cum defuncto fuerit lis contestata, si ius ciuile spectemus, l. 1. ff. de priuatis delictis, l. Quod diximus, §. vlt. ff. quod metus causa, l. In hæredem, ff. de calumniator. l. In hæredem, ff. de dolo, l. vlt. C. Rerum amotar. l. Inde Neratius, §. Hanc, ff. ad leg. Aquil. l. Constitutionibus, ff. de actio. & oblig. l. Sicut pena, de reg. iur. l. Voica. C. Ex delict. defunctor. Antonius Gomesius Variat. resolut. tit. de delictis, cap. 1. num. 85. Clarus, quæst. 51. vers. Vlterius quæro, Bursatus consil. 77 nu. 1. lib. 1.

Secundò, inter omnes ferè conuenit Iure Canonico inspecto aliter constitutum esse, nimirum, hæredem teneri pro viribus hæreditatis ad exonerandam conscientiam defuncti, licet nec aliquid ad eum ex delicto peruenerit, nec cum defuncto lis contestata fuerit

ex

ex c.vlt.de sepulturis, c.In litteris, de raptorib. c.Tua nos, de vsuris, & ex alijs locis, vt tradit Antonius Gomes. loco proximè citato, Couar. lib. 2. Variar. resol. cap. 3. num. 7. Vasquius, lib. 3. Controuersiarum illustrium, cap. 96. num. 27.

Etsi enim hæc differentia inter Ius Canonicum & Ciuile nō placuerit Panormitano, in d.c.vlt.de sepulturis, vix tamen dissentire videtur, cùm fateatur Iure Canonico teneri hæredem ad satisfactionem damni & læsionis illatæ per defunctum, quia defunctus tacitè hoc hæredi iniungit; quæ tamen ratio rectè confutatur à Couar.

Tertiò, in hoc Doctores conspirare videntur, Ius Ciuile in hac proposita specie seruandum fore in ditione Cæsarea, Ius autem Canonicum in foro Ecclesiastico, vel etiam in foro Cæsareo, coram tamen iudice Ecclesiastico per denunciationē Ecclesiasticam, iuxta c.Nouit, de Iudicijs. Ita Cachetanus, decis. Pedemontana 152. nu. 6. Antonius Gomes. loco superiùs citato. Prosper Farinacius, lib. 1. qq. crimin. tit. de Inquisitione, quæstione 10. post numerum 64. vers. Limitando.

Controuersum autem est, an in hæredes detur actio ex delicto descendens, cùm non pœnæ, sed rei meram continet persecutionem, hoc est, an detur in solidum, an verò duntaxat in quantum ad eos peruenerit. Etenim affirmare videtur Couarr. loco superiùs annotato, Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. Iuris, cap. 1. nō procul à fine. Idem mihi videtur sentire, licet non ita generaliter, Petrus Faber ad l. Sicuti pœna, nu. 20. de reg. iuris.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Si pro fure. §. 2. ff. de condict. furtiua. *Condictio furtiua*, inquit, *quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat.* Et hæc hæredis obligatio in solidum est, non autem in quantum ad heredem peruenit, l. 9. ff. eod. tit. vbi Vlpianus, *in condictione furtiua non pro parte qua peruenit, sed in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus.*

Secundum est ex §. His autem verbis, in Instit. de lege Aquilia, vbi Iustinianus ait; *Ideoque constat in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur.*

Tertium est, quia leges quibus dicitur actiones in hæredes non transire, loquuntur de penalibus actionibus, vt patet ex l. 1. ff. de priuatis delictis, ex l. Sicut pœna, de regu. iur. ex §. Non omnes, in Instit. de perpetuis & tempo. actio. & alijs similibus.

Contrariam sententiam secuti sunt Doctores magis communiter, nimirum, excepta condictione furtiua, alias actiones ex delictis nō transire in hæredes, licet rei persecutionem contineant. Vide Antonium Gomes. d.c. 1. de delictis, nu. 85. Phanucium de Inuentario hæredis, parte 7. nu. 70. Prosperum Farinacium, dicta quæst. 10. num. 64. Hartmannum Pistoris, Quæstionum iuris lib. 1. quæst. 27.

Scio Iacobum Cuiacium etiam de condictione furtiua an in solidum transiret in hæredē dubitasse, lib. 7. Obseru. 37. sed rectè eius argumentis occurrit Antonius Faber, d.c. 1. lib. 4. Coniectur. iuris. Vide etiā eundem Cuiacium, circa condictionem furtiuam, communi sententiæ acquiescentem, in recitationibus ad tit. C. ex delictis defunctorum, nuper editis, vbi etiā hanc communem sententiam secutus est.

Hanc sententiam communiorem esse existimo probabiliorem esse, & sequor. Primum ex l. vltima, C. rerum amotar. vbi Diocletianus; *De rebus, quas defuncti nomine quondam vxorem suam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit,* &c.

Sed rerum amotarum actio continet rei persecutionem, licet ex delicto nascatur, l. Si is qui vlt. r. §. Hæc actio, ff. de actio. rer. amo. ar. Ergo actio quæ ex deli-

A cto nascitur, & rei persecutionem continet, nō datur in hæredem, nisi in quantum ad eum peruenit.

Respondet Antonius Faber, illa verba, *contra successores eius non in solidum*, hunc sensum habere, singulos hæredes in solidum non teneri, sed vnumquemque pro ea duntaxat parte, quę ad eum peruenit, atque ita Vlpianum ipsum locutum esse in l. 9. ff. de condictio. furtiua, dum dixit, *in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus*, vt ostenderet, cùm plures sunt hæredes, eos in solidum non teneri, nō quod ab omnibus solidum id, quod subtractum est, exigi non possit, sed quia si omne id quod furto subtractum est, ad aliquos ex cohæredibus peruenerit, solidum ab ijs petendum est, non ab alijs ad quos nihil peruenit.

Non rectè, quia hæc est Vlpiani sententia in d.l. 9. hæredes furis pro parte hæreditaria teneri, non pro eo quod ad singulos peruenit, licet alias, cū agitur ex
B maleficio, hæredes teneantur, in quantū ad eos peruenit, vt in l. vnica, C. ex delictis defunc. Et ideo Vlpianus ait, *In solidum tenemur, dum soli hæredes sumus, pro parte verò hæres, pro ea parte pro qua hæres est tenemur.*

At l. vlt. C. rerum amotar. nō ita loquitur, ait enim: *Rerum amotarum act. quæ contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit*, &c. Quibus verbis significatur, apertè eos teneri in quantum ad eos peruenit ex maleficio, scilicet defuncti, nō autem singulos teneri pro parte hæreditaria, & non in solidū. Aliud est enim dicere, hæredē pro parte, pro qua hæres est teneri, & consequenter si hæres sit, solum in solidum teneri, sicut Vlpianus loquitur. Aliud est hæredes teneri in quantum ad eos peruenit, sicut loquitur Diocletianus. Hæc enim verba hunc habent sensum, scilicet in quantum ad eos peruenit ex delicto. Igitur, si nihil ex delicto ad eos peruenerit, nō tenentur, nisi lis fuerit cum defuncto contestata.

C Secundò, hæc sententia communis probatur. Nam actio, quod iudicij mutandi caussa rem tantum persequitur, nec datur in hæredem, quia ex delicto nascitur, l. 5. §. vlt. Cū duabus legibus sequentib. ff. de alien. iud. mutandi causa, vbi sic habetur: *Hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare & hæredi datur, in hæredem aut vel similiter, vel post annum non datur. Quia pertinet quidem ad rei persecutionem; videtur autem ex delicto dari.*

Quid clarius adduci potest?

Tertiò probatur. Nam actio de dolo persequitur rem, id est, ad quod interest, nec in hæredem datur, nisi quatenus ex delicto ad eum peruenit, l. Si plures, l. In hæredem, ff. de dolo.

Quartò probatur ex l. vnica, C. ex delicto defunc. in quantum hæredes teneantur, Diocletianus: *Post litis contestationem eo qui, cum focit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit defuncto successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos peruenit conueniri, iuris*
D *absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.*

G Perpendantur illa verba, *vel aliquid deliquit*, quibus hoc indicatur, actiones ex delicto nascentes, non dari in hæredes, nisi in quantum ad eos peruenit, non distinguendo, an actio rei persecutionē contineat, vel pœnæ, quia etiam si rei persecutionem contineat, hæredes non tenentur, nisi in quantum ad eos peruenit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, in condictione furtiua ita verè constitutum esse, vt hæredes in solidum teneantur. Et licet Vlpianus hanc rationem adferat, quia rei persecutionem continet, non licet tamen nobis indè colligere generalem regulam, actiones quæ rei persecutionem continent, etiam ex delicto orientes in hæredes dari, quia obstant huius regulæ leges quas attulimus. Sit igitur specialis ea lex odio furum, vt & alia sunt, specialiter constituta, teste Iustiniano in §. Sic itaque, in Instit. de actio.

Ad

Ad secundum argumentum respondeo, illud de actione ex lege Aquilia accipiendum esse, eam in hæredes transituram fuisse, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur, vel quia leuissima culpa venit in lege Aquilia, l. In lege Aquilia, 45. ff. ad legem Aquil. vel quia eadem ratio esset quæ in condictione furtiua.

Ad tertium respondeo, etsi fiat mentio pœnalis actionis in aliquibus legibus, in alijs tamen quas attulimus mentionem fieri actionis quę ex delicto oritur, & negari eam in hæredem dari, nisi vel lis cum defuncto contestata fuerit, vel hæredes ex delicto locupletiores facti sint.

CAPVT VI.

An tortura purget veras & legitimas probationes.

EX facto proponebatur non semel in Collegio huius inclytæ facultatis Iuridicæ; Cùm reus de crimine cõfessus esset, absque tormentis, deinde cõfessionem reuocasset, errorem autem confessionis non pbasset, & ideo Iudex eum quæstionibus subiecisset, is verò quęstionibus subiectus, constanter se delictum commisisse negasset, an, & quomodo condemnandus, an verò absoluendus esset? Et licet absoluendum esse multi existimauerint, quia plurimum quæstiones valent ad eruendam veritatem, l. Edictum, ff. de quæst. & tradunt in proposito, Cepolla, cons. criminali 32. Marsil. sing. 162. Bossius de indicijs & considerationibus ante torturam, nu. 132. & seq. tamen hanc sententiam Collegium nunquam sequi voluit, memoria retinens atque perpendens, quod Vlpianus scribit in l. 1. ff. de quæst. quæstionib. *neq; adeò fidem esse adhibendã.* & in §. quæstioni, *quæstiom fidem non semper, nec nunquam habendam*, &c. Aliquãdo igitur absoluit reum, aliquando condemnauit, nunquam tamen pœna ordinaria. prout ex probationibus factis, cæterisq; argumentis & circumstantijs existimare potuit, confessionem factam veram fuisse vel falsam. Porrò nunquam probare potui Antonij Gomesij sentẽtiam, tit. de delictis, c. 13. nu. 20. affirmantis, absolute reum condemnari posse, secũdum hanc facti speciem, quia vtile per inutile non vitiatur; Item, quia defuncti vulnerati expurgatio nõ prodest. Tertiò, quia in arbitrio esset imperiti Iudicis reum noxium à pœna delicti liberare. Denique ex l. 1. iuncta Glossa. C. de quæst.

Responderi enim ad singula potest in hunc modũ, Vtile per inutile non vitiatur. Brocardicum est, quandoque enim secus est, vt notant omnes, in l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. oblig. Cauendum ab his brocardicis: Et ab ijs qui *puppim & proram* in eis constituunt, quoniam incerta sunt, & lubrica valde.

Ad secundum respondeo, hæc esse dissimilia. Fieri enim potest, vt vulneratus moriens, vel mentiatur, vel aberret. Nec omnis qui moritur est S. Ioannes Baptista, vt nostri Glossatores sæpè dicunt.

Ad tertium, negatur in arbitrio Iudicis esse, vt pœnam reus euadat: Nam reus tormentis subiectus iterum fateri posset: At cur quæstionibus subiecit reum confitentem vel conuictum? Quia *si quis vltro de maleficio fateatur, non semper ei fidem habendam esse.* Vlpianus monet in l. 1. §. Si quis vltro, ff. de quæst. Ad probationes quod attinet notum est, Rescriptum Diui Adriani, ad Valerium Verum: *Quæ argumenta ad quem modũ probanda, cuiq; rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest*, l. 3. §. 1. ff. de Testib. Et rursus ibi. *Te ex sententia animi tui existimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.*

Ergo Iudex subijciens reum quæstionibus, non videtur habere fidem confessioni; Videtur probationes suspectas habere. Si imperitè agat, iniustè, imprudenter, ipse rationem reddat. Respub. quæ eum elegit, puniat, vel aliter prospiciat, aut sibi imputet, quod imperitum elegerit & constituerit iudicem. Reo tormentis iam afflicto, noua afflictio addenda non est, vt perinde condemnetur, ac si in priori confessione perseuerasset. Non habetur ratio hac in re, quòd ex iudicis imperitia Respub. lædatur nocentis hominis liberatione. Quid enim si reum absoluisset nocentissimum? Nonne autoritas rei iudicatæ eum defenderet? Igitur & tortura illata, licet imperitè, eum defendere debet.

Ad l. 1. C. de quæst. & Glos. ibi respondeo, nihil ad rem facere. Nã non loquitur de reo ipso quęstionibus subiecto, postquã probationibus conuictus est, sed de seruis ipsius rei quæstionibus subiectis; cùm opus nõ esset. Sic enim ait textus: *In cæteris autem quanquã ea quæ seruus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant: tamen si alijs quoque probationibus fides veritatis inuestigetur: præscriptionis inuidia euanescet.* Glossa autem sic: *Sed hic de facto fuerunt torti* (scilicet serui) *sufficienter tamen alias* probatum est. Vnde licet dominus dicat non *debuisse torqueri* (scilicet seruos) *& benè dicat, non tamen per hoc absoluitur, cùm aliàs sit plenè probatum, & sic suum dictum pro nihilo est, cum & seruorum dictum sit nullum.*

Autor sum studiosis, & veritatis amatoribus, vt semper legum fontes inspiciant, ex quibus argumenta ducuntur: Sic enim facilè quantum habeant momenti dijudicabunt.

CAPVT VII.

Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an sit annalis vel perpetua.

ACtionem iniuriarũ descendentem ex lege Cornelia perpetuam esse (quæ fuit olim sententia Martini Glossatoris) frequentissimis Doctorum suffragijs receptũ est, vt perspicere licet ex Balbo de præscript. 4. parte 4. partis princ. quæst. 2. nu. 6. Claro in §. Iniuria, vers. Tollitur aũt. Rolando à Valle, cons. 39. nu. 15. lib. 2. Mynsingero Cet. 1. Obseru. 84. Prospero Farinacio q. crim. tit. de inquisitione, q. 10. nu. 25.

Fundamentum est, quia actiones, quæ ex legibus proficiscuntur sunt perpetuæ, hoc est, non minore quàm 30. vel 40. annorum spatio extinguuntur, Instit. de perpetuis, & tẽpo. actio. in principio, l. Sicut, l. Omnes, C. de præscript. 30. vel 40. annor.

Sed contrariam tamen amplexus fuit olim Azo in Summa, tit. de iniurijs, quẽ multi alij secuti sunt, existimantes annalem esse actionẽ istam, Antonius Gomesius Variar. resolut. tit. de iniurijs, c. 6. nu. 15. vers. Dubium tamen est. Plotus inter cons. criminalia, lib. 1. cons. 13. nu. 19. Rota, decis. 240. tit. de iniurijs, in nouiss.

Fundamentum est, quia odiosa est hæc actio, ob infamiam quam irrogat: & quia generaliter & absolutè dicitur in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, actionem iniuriarum annuo tempore præscribi, quare hæc actio excipiẽda esse videtur à reliquis actionibus ciuilibus, quæ sunt perpetuæ.

Equidem negari non potest, quin prior sententia firmiori nitatur fundamento, quia l. Si non conuitij, loquitur de actione prætoria, vt patet ex iniuria, de qua ibi agitur illis verbis expressa, *homicidij conuitium obiecisti.* Veruntamen optandum esset, Constitutionibus Principum tam odiosas actiones Christianæ religioni minimè consentaneas coarctari ad breuissimum tempus, ne in Repub. tam sæpe obstreperent; Cuius rei autores, legum nostrarũ studiosissimos fuisse constat: quoniam actionem iniuriarum dissimulatione

latione aboleri, Iureiurando, Pacto, nec hæredi, nec A in hæredem dari statuerunt. Rectè, neque enim iniuriarum actio ad rem pecuniariam seu familiarem spectat, sed ad vindictam. Sed dicit Dominus noster: *Mihi vindictam, & ego retribuam.* Et Lucæ cap. 6. *Diligite inimicos vestros*, &c. Et Leuit. 19. *Nō quæras vltionem, nec memor eris iniuriæ ciuium tuorum.* Et Ecclesi. 10. *Iniuriæ proximi ne memineris.* Non est tamen prohibitum Christiano accusare alterum, si ea seruentur, quę Præceptor meus Decianus explicat tract. crimin. lib. 3. c. 4. ex D. Thoma, & alijs.

CAPVT VIII.

Annus quo iniuriarum actio finitur quando incipiat.

ANnum quo iniuriarum actio finitur ex B die irrogatę iniuriæ initium sumere, Accursius, Cynus & Albericus docuerunt, in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, Rota Romana decis. 240. tit. de iniurijs, in nouiss. & Clarus §. Iniuria, vers. Tollitur autem.

Fundamentum est, quia iniuria fit tam præsenti, quàm absenti, l. Item apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. Ergo actio iniuriarum siue absenti competat, siue præsenti, semper anno finitur: & currit etiam absenti & ignoranti, consequenter ex die, quo illata est iniuria, non autem ex die scientiæ. Præsertim, si iniuria publicè nota est: nec enim probabilis aut iusta ignorantia est eorum, quæ publicè nota sunt. Et cùm actio ista odiosa sit, hæc interpretatio æquior existimari debet, quia per eam magis coarctatur & restringitur.

Contrariam sententiam habuerunt Baldus in d. l. Si non conuitij. Bartolus in Instit. de iniurijs, num. 3. C Hieron. Schurff. consi. 61. nu. 6. Cent. 1. quos Andræas Geyll. secutus est lib. 2. Obseruat. 105. nimirū annum incipere ex die scientiæ, quia est annus vtilis, non autem continuus, cùm à Prætore constitutus fuerit, vt notat Glos. in §. 1. Instit. de perpetuis & tempo. actio. & quia currit tantùm ob moram & negligētiam non agentium. Ignorans autem non videtur esse negligens.

Hanc posteriorem sententiam ego sequor, & hanc ei lucem adfero. Annus plerumq; vtilis est, cuius fit mētio à Iurisconsultis, præsertim verò à Prætore constitutus, l. Si cum exceptione, §. Post annum, ff. de eo, quod met. caussa, §. Rursus, Instit. de action. in l. vlt. C. de tempo. in integ. restit. in l. Interdum, ff. de minor. l. 1. ff. Quādo de peculio actio, l. 1. ff. Si quis testa. liber. &c. notat Antonius Goueanus lib. 1. Variar. lectio. ca. 10. Brisonius lib. 1. de verb. sig. in verbo. *Annus.* Cuia- D cius de diuersis & tempor. præscript. cap. 20. non procul à principio. Francisc. Marcus decis. 26. Bardus de tempore vtili & continuo, c. 8. num. 2. in terminis nostris. Cuiacius ad l. Si cum exceptione, §. Post annum, ff. quod metus caussa, vbi textus hāc sententiam probare videtur, illis verbis: *Et sanè cùm per metum facta anno quidem vtili exoleuerit.*

Annus autem vtilis dicitur, quo experiendi potestas datur. l. 1. ff. quæ in fraudē credito. l. 1. ff. de diuers. & tēpor. præscript. Qui verò *nescit se videtur experiundi potestatem non habere*, vt respondit Caius, in l. 6. ff. de Calumniat. Et Papinianus: *Cùm sex mēses vtiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoria actio præstetur, non videtur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitiui latens ignorauit*, l. Cùm sex, 55. ff. de edil. edicto. Idem præclarè Vlpianus docet, in l. 2. ff. Quis ordo in bonor. possess. seruet. Continuum autem tempus, siue annus continuus currit etiam ignoranti, l. Generò, ff. de his qui notant. infam.

A Igitur annus à Prętore constitutus non currit ignoranti: cùm vtilis sit, & non continuus.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, fatendo iniuriam fieri etiam ignoranti, sed non inde efficitur etiam ignoranti currere annum qui ad agendū constitutus est. Illud verissimum censeo, quod & Papinianus monet in d. l. Cùm sex, dissolutam ignorantiam non excusare, vt puta si quis nescierit, quod populus sciebat. Dissoluta ignorantia non est ferenda, l. 6. ff. de iuris & facti ignor. Dissoluta negligentia propè dolum est, l. Si fideiussor, ff. Mandati.

CAPVT IX.

Iniuria per Scripturam facta an post annum actione proposita vindicari possit?

B INiuriam per Scripturam seu libellum famosum illatam, similem esse iniuriæ verbis factę, rectè Ludouicus Romanus mihi respondisse videtur consi. 378. nu. 1. quem refert & sequit Aufrerius ad Capellam Tholosanam, decis. 127. circa finem. Quamobrem, eius actionem anno expirare respondit Plotus consi. 31. nu. 19. inter consi. criminalia, vol. 1.

Fundamentum est in l. Item apud Labeonem, 15. §. Ait Prætor, ff. de iniur. vbi æquo iure censetur iniuria verbis facta, vel scripto, dum ait Iurisconsultus; *Hæc autem ferè sunt, quæ ad infamiā alicuius fiunt*, &c. *aut si carmen scribat, vel proponat, vel cantet aliquid, quod pudorem alicuius lædat*, iunctis verbis præcedentibus, quibus dicitur edictū ne quid infamandi caussa fiat superfluum videri, *cum ex generali Clausula iniuriarum agere possimus.* Constat autem actionem iniuriarum verbis factam anno finiri, ex l. Si nō conuitij, C C. de iniurijs. Ergò & iniuria per libellum famosum illata, anno extinguetur.

Quæ cùm ita sint, assentiri non possum Zasio in l. Cùm lex, num. 12. ff. de legibus, et Andr. Geyll. eum sequēti, lib. 2. Obseruat. 104. asserentibus, iniuriam scriptam aut pictam realem cēseri: ac proinde anno non extingui, quia Scriptura est perpetua & semper manet: quod nego: lex quidem perpetua est, l. Ariani, C. de hæreticis, non autem eiusmodi Scripturæ, quas iubet lex corrumpi, atque igne cōsumi, l. Vnica, C. de famos. libellis. Quid ergo est in caussa, vt ī re dubia & odiosa actiones annales perpetuas faciamus? Sanè vbi ita receptum sit, & cautum, vel Constitutionibus Principum, vel Consuetudine Prouinciæ, vt scriptæ iniuriæ pro realibus habeantur, & earum actio sit perpetua, quò magis homines deterreantur, & abstineant a famosis libellis, id non improbo, quia res pessimi exempli est, & seuerissimè vindicādā: sed versa- D bar in iure nostro Iustinianæo interpretando, quod eam actionem anno mihi concludere videtur.

CAPVT X.

An veritas conuitij excuset iniurantem à pœna.

MAxima olim fuit controuersia hac de re, vt cognosci potest ex consilio Boerij 4. vbi septem diuersæ sententiæ referūtur; nunc verò in hanc distinctionem est conuentum, quam etiā Imperialis Iudicij Assessores sequuntur, teste Andrea Geyll. lib. 2. Obseruat. 99. vt si quidem conuitium crimen contineat, quod Reipublicæ intersit sciri atq; innotescere, vt puniatur nocens, tunc nulla pœna afficiatur, secus autem si non sit tale crimen.

Fundamentum est in l. 18. ff. de iniurijs. Paulus;

Eum

Eum qui nocentem infamauit, non esse bonum & aquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & oportere & expedire.

Verùm Couar. lib. 1. Variar. resol. cap. 11. num. 6. aliter existimat, quando praua intentione atque iniuriandi animo huiusmodi conuitium profertur. Idem sensit Ausrerius ad Capellam Tholosanã, decis. 127. & Don Lodouicus à Peguera, in decis. Consilij Cathaloniæ, quæst. 13. nu. 15. & 16. Menochius consil. 42. nu. 29. & 30. lib. 1.

Fundamentum est: quia etsi bonum sit ac Reipublicæ vtile, nocentium crimina nota esse: & ea manifestari, tamẽ prauus animus reuelãtis, rem efficit iniquam, cap. Cùm minister, c. Relegentes, 23. quæst. 5.

Adferútur quoque l. Si non conuitij, C. de iniur. l. Illud, §. Iniuria, ff. de iniur. l. Iustissimos, C. de off. rector. prouinciæ, l. 2. C. quãdo & quib. quarta pars, li. 10.

Verùm istis non obstantibus communem illam distinctionem & veram esse censeo, & locum sibi vendicare, licet animo iniuriãdi & praua intentione crimen objciatur: & hoc intelligo quantum ad forum externum, vt scilicet is qui talem iniuriã fecit, & conuitium dixit, non teneatur iniuriarum actione, neque puniri possit. Nam quantum ad forum internum sine dubio peccat is, qui prauam habuit intentionem, & animum iniuriandi.

In hanc sententiam venio motus autoritate d. l. 18. Certum est enim Paulum in ea lege loqui de eo, qui animum habuit infamandi, atque adeò iniuriandi. Nam si non haberet quis animum iniuriãdi, nulla esset ratio dubitandi, quin cessaret actio iniuriarum, & eo nomine condemnatio, l. Si non conuitij, C. de iniur. arg. l. Illud, §. Iniuria, ff. eod. Ratio dubitandi erat illa, quia is qui aliquem infamauit, tenetur actione iniuriarum, l. Item apud Labeonem, §. Ait Prætor, ff. de iniur. Ratio autem decidẽdi est, quia crimina proferri in lucem publicè expedit. Hæc ratio publicæ vtilitatis rigori iuris præfertur, secundùm quem puniendus est, qui alium infamauit, hoc semper supposito, quod animum iniurandi habuerit, nam si desit iniuriandi animus, etiam cessante ratione publicæ vtilitatis, non est locus iniuriarum actioni. Est enim accipiendum Pauli responsum de eo, qui tenebatur aliàs actione iniuriarum, consequenter de eo, qui animum iniuriandi habuit, nam sine animo iniuriandi non teneretur.

Ad argumentum sic respondeo, prauum animum infamantis efficere quidem rem iniquam, & eum peccare, sed quia expedit vt nocentium crimina detegantur, æquum non esse eam ob caussam eum cõdemnari, vt respondit Paulus in d. l. 18. Nec ad rem faciunt, c. Cùm minister, & c. Relegentes, tantùm abest, vt huic sententiæ aduersentur.

Ad l. Si non conuitij, C. de iniur. & l. Illud, §. Iniuria, respondeo, fateor iniuriarum actione teneri eum, qui animum iniuriandi habuit, sed hoc in casu iuris rigor remittitur propter publicam vtilitatẽ, quæ hoc exigit, vt delicta puniantur, l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Sed dices, l. Si non conuitij, loquitur de eo, qui crimen homicidij obiecerat, quod enunciari & puniri expedit. Respondeo, non constare, an nocens esset is, cui obijciebatur, nec constare, an ille fuisset, vel punitus, vel restitutus ac liberatus. Ergo; cùm res in obscuro sit, ita accipiendum erit illud Rescriptum, vt Pauli responso non aduersetur, quod est in d. l. 18. ff. de iniur.

Quod attinet ad l. Iustissimas, nihil ad rem facit, nihil continet, ex quo argumentum sumi possit, esse puniendum eum, qui iniuriandi animo infamauerit nocentem, cuius crimina esse nota publicè expediat. Non credis? Non grauabor ego tibi verba ad-

A scriberet: *Iustissimos & vigilãtissimos Iudices publicis ac clamationibus collaudandi damus omnibus potestatẽ, vt honoris eis auctiores proferamus processus: è cõtrario iniustos & maleficos querelarũ vocibus accusandi. vt censura nostra vigor eos absumat. Nã si veræ voces sint, nec ad libidinẽ per clientelas effusa diligẽter inuestigabimus, Præfectis Prætorio & Comitibus, qui per prouincias cõstituti sunt, prouincialium nostrorum voces ad nostram scientiam referentibus.*

Nullũ verbũ puro obseruare potuisti, quo lex indicaret puniendũ esse eũ, qui nocentẽ animo prauo infamauerit: Etsi enim Imperator inuestigaturũ se dicat, an veræ sint voces, vel ad libidinem per clientelas effusæ, sequitur ne, eundem velle vt ij puniantur, qui nocentem infamarunt aduersus responsum?

Porrò l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10. adducitur propter illa verba: *Quid enim tam durum, tamq; inhumanum est, quàm publicatione pompaq; re-*
B *rum familiarium, & paupertatis detegi vtilitatem, & inuidiæ exponere diuitias?* quæ sanè verba neque cominus, neque eminus sententiam nostram oppugnant, tantùm abest, vt eam expugnent.

CAPVT XI.

Quid si libello famoso crimen alicui verum objiciatur, quod publicè expediat notum esse, an is qui libellum infamandi caussa scripsit, pœna condemnandus sit capitali.

Vod paulus scribit in l. 18. ff. de iniuriis: *Eũ qui nocentẽ infamauit, non esse bonum & aquum ob eam rẽ condemnari. Peccata enim nocentiũ nota esse, & oportere & expedire.* Arbitror etiam ad eos pertinere, qui libellum famosum scripserint, & moueor, quia
C Paulus loquitur de eo, *qui nocentem infamauit*. Is autẽ dicitur infamare, qui *quodcunque dixerit vel fecerit, vt aliquem infamet*, &c. *aut si carmen conscribat, vel proponat*, &c. l. Itẽ apud Labeonẽ, 15. §. Ait Prætor, ff. de iniurijs. Idẽ habetur in l. 5. §. *Si quis librum*, ff. eo. tit. & in §. Iniuria, Instit. eodem. Autores habeo huius sententiæ Petrum & Cynum, in l. Vnica, C. de libellis famosis, Angelũ, in l. Lex Cornelia, §. vlt. ff. de iniurijs, Syluestrum Pierium in Sũma, in verbo, Libellus.

Contrarium docuerunt Glos. in d. l. 18. de iniur. in verbo, *infamauit*. Couarru. lib. 1. Variat. resol. c. 11. ante nu. 7. Petrus Placa, lib. 1. Epitome delictorũ, c. 2. nu. 5. 6. Fulgusius, in d. l. Vnica, C. de libellis famosis, ad quos refert se Menochius, de arbitr. iudicum, Casu 263. ad finẽ. Addo ego Steph. Aufrerium, in addit. ad Capellam Tholosanam, decis. 127. & Antonium Gomez. tit. de delictis, cap. 6. nu. 1.

Fundamentum ponunt in d. l. Vnica, C. de libellis famosis, vbi est edictum Valentiniani, & Valentis, in
D hæc verba: *Si quis famosum libellũ siue domi, siue in publico, vel quocũque loco ignarus reppererit, aut corrumpat priusquàm alter inueniat, aut nulli cõfiteatur inuentum. Si verò non statim easdẽ chartulas vel corruperit, vel igni consumpserit; sed vim earũ manifestauerit sciat se quasi autorem eiusmodi delicti capitali sententia subiugandũ.* Hucusque non facit ad rem nostram, sed in ijs sequentibus verbis: *Sanè si quis deuotionis suæ ac salutis publicæ custodiã gerit, nomen suũ profiteatur: & ea quæ per famosum libellũ persequenda putauit, ore proprio edicat, ita, vt absque vlla trepidatione accedat. Sciẽs quod si assertionibus suis veri fides fuerit opitulata: laudem maximã & præmium à nostra Clementia cõsequetur. Sin verò minimè hæc vera esse ostenderit: capitali pœna plectetur. Huiusmodi autem libellus alterius opinionem non lædat.*

Respondeo, non dicitur in hoc edicto, pœna capitali plectẽdum eum fore, qui vera crimina libello famoso complexus fuerit. Apparet quidem ex verbis

edicti

edicti non placere Imperatoribus eorum audaciam, qui libellis famosis vitam alterius carpunt, & nō accusationibus in iudicio, licet vera crimina obijciant, nec alicui etiam placere debet, sed non dicunt, tales licet vera dixerint, plectēdos esse. Erit ergo edictum ita accipiendum in dubio, vt Pauli responso in d.l.18. non aduersetur. Et tāto magis hæc interpretatio mihi verosimilis videtur; quandoquidē ex Codice Theodosiano sumpta est lex illa Vnica, C.de famosis libellis, vt paret ex l.7. & 9. eiusdem tit. in Cod. Theodosiano, in Codice autem Theod. sub eod. tit. est lex prima Imperatoris Constantini, quæ apertè statuit eos qui libellos famosos conscribunt, comprobare oportere crimina obiecta, nec tamen supplicio etiam si aliquid ostēderint subtrahendos esse. Cur Tribonianus alijq; Compilatores hanc Clausulam nō adiecerunt, quæ in d.l.1.C.Theodos.continetur; *Nec tamen supplicio etiamsi aliquid ostenderit subtrahatur?* Ego sic existimo, non adiecisse, ne contraria esset lex Pauli responso, in dicta l.18.

At edictum monet omnes, vt accusent potius, & probent crimina præmium & laudem relaturi. Concedo, & rectè facit, nos quoque suademus & approbamus: sed non adijcit pœnam facienti contra admonitionem.

Dices, immò adijcit tacitè, quia supra dixit capitali pœnæ subiugandum eum, qui libellum nō statim corruperit; Ergò multò magis subiugandus erit is, qui composuit libellum famosum, Concedo, si falsa dixerit. Si crimina non probauerit vera esse, nam si nocentem infamauerit, æquum bonum non est condemnari eum, atque ita ex Pauli responso edicti sumendam interpretationem statuo. Scio Constitutionibus ac legibus municipalibus nonnullis pęnam statui, etiamsi quis nocentem infamauerit libello famoso, sed quæro nunc ex Iustinianæo iure articuli huius definitionem, nō ex aliorum sanctionibus & decretis, quæ nec improbanda sunt, quo magis petulantia detractorum & maleuolorum hominum coerceatur.

CAPVT XII.

An liceat verbis prouocato respondere conuitium falsò dicenti: Tu mentiris.



NOn licere verbis iniuriosis prouocato dicere: *Tu mentiris*, licet verum dicat, & conuitium falsum sit, docet Iulius Clarus, dicere cōmunem esse opinionem in §.Iniuria, vers.Quęro etiam, & Villalobus in lib. commu. opinionum, vers.Actione iniuriarum tenetur, nu.27. Lancellotus Corradus tract.de Duello, parte 1.quæst.19.nu.11.

Fundamentum est, quia is qui dicit alicui; *Tu mentiris*, primò illatam iniuriam repellit. Deinde nouam ei infert. Facit enim eum calumniatorem, quoniam dicere, *Mentiris*, idem est, ac si dicatur; Tu scienter falsum dicis, quod calumniatoris est propriū, l.1.§.1. ff.ad Turpilian. vt notat Alciatus in consil.248.nu.5. Consequenter prouocatus excedit terminos moderatæ defensionis: quare licet mitius puniendus sit, non tamen prorsus impunè id ferre debet, quia secundùm communem Doctorum sententiam prouocatio delinquentem non excusat, licet hoc efficiat, vt mitius puniatur, teste Boerio, cons.4.num.28. & Claro, q.60. vers.Nunc quæro

Contrarium responderunt Speculator tit. de Aduocato, §.Iam nunc videndum, nu.3. Bartolus, nu.2. Castrensis, nu.3. in l.Quę omnia, §.1. ff.de procurat. Albericus in 2.parte statutorum, quæst.42. Abbas & Felynus, in cap.Cùm te, de re iudic. Baldus, in consi.46. lib.3. Decius, cons.487.nu.5.& 686.num.14. Lucas de Penna, in l.Erat, num.5. C.de peculio Castren.milits. lib.12. Bertachinus in Repertorio, in verbo, Iniuriosa, num.63. in fine. Lancellotus Corradus, de officio Prætoris in caussis criminalibus, Rubr.de iniuriantibus, nu.4. Capycius decis.58.nu.2. Alciatus, cons.363. nu.2.& 368.nu.4. Iason, in l.vt Vim, nu.36. ff.de iust. & iure. Socinus iunior, cons.123.nu.21. lib.2. Menochius, cons.42.nu.20.lib.1. Io.Vaudus, lib.2.quæst.28. Andræas Geyll.lib.2. Obseruat.100.

Argumēta sunt ista. Primum ex l.Quæ omnia, §.1. ff.de procur. in illis verbis: *Sed si aduersarius vel ipse procurator dicat dominum mentiri, apud Prætorem hoc finiri oportet*, hæc enim verba pertinent ad purgationem conuitij, vt infrà sequitur ibi: *Nisi fortè purgare magis conuitium, quàm procurationem exequi maluerit.* Et paulò inferius, ait Vlpianus: *Cæterum ferendus est pudorem suum purgans.*

Secundum est ex l.14. §.Si libertus, ff. dè bonis libert. in illis verbis: *Idem puto & si ab eo retorsit in eum penitus crimina. Ignoscendum est enim ei si voluit se vlcisci prouocatus.*

Tertium sumitur ex sacris literis Hierem. cap.37. *Ad Chaldæos transfugis, respondit Hieremias, falsum est.* & lib.3. Regum, cap.3. dixit meretrix, cuius filius viuebat, alteri meretrici: *Mentiris*.

Quartum ex l.Deuotū, C.de Metatis & Epidemeticis, lib.12. in illis verbis: *Nec crimen aliquod pertimescat, cum sibi arbitrium vltionis sua sciat esse concessum.*

Quintum est, quia dicens: *Tu mentiris*, non habet animum iniuriandi, sed se purgandi, eo quòd falsò crimen obijciatur. Constat autē iniuriarum actione non teneri eum, qui animū iniuriandi non habuit, l.Si non conuitij, C.de iniur. l.Illud, ff.eod.tit.

Sextū est, quia si licet vim vi repellere facto & reipsa illatam, l.Vt vim, ff.de inst.& iure. Videtur etiam licere verbis iniuriam illatam repellere, quia est eadem ratio.

Septimum, paria delicta mutua compēsatione tolluntur, l.Viro, ff.sol.matr. l.Si ambo, C.de compensat. Sed in proposita facti specie deliquit is, qui iniuriam & conuitium intulit, Ergo compensari debet cum altero delicto prouocati, qui respondit: *Tu mentiris*.

Octauum, Iniuriarum actio ex bono & æquo est, l.Non solùm, §.ff.de iniur. Bonum autem & æquum non videtur, vt in eum quis actionem intendat iniuriarum, quem prius ipse iniustè prouocauit. Culpa enim penes eum residere intelligitur, quia adortus est prior, & quæ inde subsequuntur, nō offensioni sed defensioni imputari debent, argum. l.Si ex plagis, §.Tabernarias, ff.ad leg.Aquil. l.1.§.Cùm arietes, ff.si quadrupes paupe.fecisse dicatur.

Hanc sententiam posteriorem tot suffultam argumentorum præsidijs, tanta & tam euidenti æquitate subnixam, tot autoritatibus munitam, & ipse lubens sequor: Et pro eius confirmatione addo hanc rōnem. Si in proposita facti specie prouocatus verbis iniuriosis, incideret in pœnam propter illa verba: *Tu mentiris*, istud esset, quia videtur iniuriam quandam continere, quasi calumniator sit is, & scienter falsum dixerit, qui prior conuitium dixit. Sed hoc genus iniurię (posita veritate, hoc est, verum esse eum qui conuitium prius dixit mentiri) non meretur pœnam. Ergo dicens: *Tu mentiris*, ei qui falsum crimen exprobrauit, pœnam non meretur.

Assumptio argumēti probat ex l.18. ff.de iniur. vbi Paulus respondit, eum qui nocentē infamauit, *æquum non esse ob eam caussam condemnari, Crimina enim nota esse & oportere, & expedire.* Expedit ergo & oportet notam esse calumniam eius, qui verba iniuriosa dixit, expedit sciri, eum calumniatorem esse, vt puniatur, vt caueant cæteri. Ergò pœnam non meretur

tur is, qui coargult eum mendacij, & tacitè calumniatorem dixit.

Quo argumento responsio elucet ad argumentum contrariæ sententiæ. Dato enim quod ea esset significatio verbi, *Tu mentiris*, saltem ex moribus, & loquẽdi vsu communi (nam nec natura verbi, nec ius nostrum talem agnoscit significationem) tamen id non obstat, quia supponimus verum esse, quod illo verbo continetur, scilicet iniuriantem falsum dixisse, & consequenter calumniatorem præsumendum. Nec enim ignorantia eum excusatione dignum facit, quia antequam obijceret crimen, inuestigare veritatem rei debuerat, nec temere ad iniuriam desilire, quemadmodum leges dicunt, eum qui agit certum esse debere, & prius diligenter rem explorare, & tunc ad agendum procedere, l. Qui in alterius, 42. de regul. iuris.

Quòd verò dicebatur, prouocatum non penitus esse absoluendum, quanquam mitius puniendus sit, ex communi Doctorum sententia, locum habere potest in eo, qui factis prouocatus excessit modum inculpatæ tutelæ, vel in eo qui alias intulit iniurias, & conuitia prouocanti, non autem in eo, qui crimina sibi obiecta purgauit, dicens ad iniuriantem, *Tu mentiris*, Hic enim ita dicit purgandi se gratia, & ea est præcipua intentio eius, non autem alterum lædendi. Quod si ea purgatio continet tacitè quandam iniuriam, id spectandum non videtur. Nec aliter loquitur text. in cap. Veniens, de iureiur. quo potissimùm nititur illa communis sententia, ibi. *Alternatim conuitia inferendo*. Nec desunt qui prouocatum etiam absolutè, ac in totum venia dignum putent, apud Tiraquel. de pœnis legum, causa 1. num. 12. quorum sententiam in terminis quæstionis nostræ verissimam esse non dubito.

CAPVT XIII.

Excipiens contra testes in iudicio quod sint falsarij, improbi, criminosi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum.

GRauis quoque controuersia est, an actione iniuriarum teneatur excipiens in iudicio contra testes eo quòd falsarios eos esse dicat infames & improbos, &c. Et hæc non probans. Aliquibus affirmantibus teneri, aliquibus verò id negantibus. Vide Angelum, Salyc. Iasonem & Baldum in l. vlt. ff. quod quisque iuris, Oldradum cons. 53. Boerium cons. 4. nu. 21. & 22. Aufrer. ad Capellam Tholosanam decis. 409. Bossium tit. de iniurijs, nu. 21. Clarum q. 53. vers. Caueant. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 101. nu. 7. vbi alios citat.

Affirmantis sententiæ fundamẽtum est in l. Si non conuitij, & l. Si quidem, C. de iniur. in l. Si tibi, C. de lib. causa, in l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. in c. 1. de elect. lib. 6. & c. Super his, de accusa. in l. 1. C. de Aduocatis diuersor. iudicio.

Negantis autem sentẽtiæ fundamentum est in l. vlt. ff. quod quisq; iuris, & in l. Deferre, §. Si communem. ff. de iure fisci, in l. Nulla, C. de dilator. lib. 10. in l. Qui cum natur. 14. §. Si patris, ff. de bonis libertor. in l. Qui ex libertate, ff. de lib. causa. in l. Si libertus, ff. de in ius vocan. Et quia excipiens nõ videtur testibus crimina obijcere animo iniuriandi, sed iuris sui ac se defendẽdi gratia. Nemini autem iniuriam facit qui suo iure vtitur, l. Nullus, de reg. iur. & iuris executio non habet iniuriam, l. Iniuriarum, §. 1. ff. de iniur.

Obseruaui ego bis in collegio inclyto facultatis Iuridicæ almę Vniuersitatis Ingolstadiensis pronunciatum fuisse, non teneri actione iniuriarum eũ, qui talia crimina aduersus testes opposuerit, quia scilicet animum iniuriandi non habet, sed defendendi se; Perpendi ego aliàs pro huius sententię cõfirmatione tex. in l. Si quis de libertate, 12. ff. de iniurijs, vbi Caius: *Si quis de libertate aliquem in seruitutem petat, quem sciat liberum esse, neque id propter euictionem, vt eam sibi conseruet, faciat, actione iniuriarum tenetur.* Et l. Deferre, ff. de iure fisci, in illis verbis: *Sed communem causam sibi cum fisco quiuis deferre potest, nec per hoc famosus est, licet in causa sua non obtinuerit.* Sic & in d. l. Delator, 44. ff. eodem. *Delator non est qui protegendæ suæ causa gratia aliquid ad fiscum nunciat.* Quibus legibus difficilem esse responsionem dicebat Oldradus in dicto consilio 53. in fine, nec se videre rationem diuersitatis.

Ad leges pro contraria sententia allatas ita respondeo. Ad l. Si non conuitij, nihil ad rem facere, quia loquitur de eo, qui in rixa conuitium dixit, Ad l. Si quidem, respondeo, eam legem non loqui de eo, qui sui iuris asserendi aut defendendi gratia auiam suam ancillam esse dixit, sed infamandi causa, vt patet ex illis verbis: *Si auiam tuam ancillam infamandi causa reipub. Ciuitatis Comanensium dixit*, &c.

Ad l. Si tibi, C. de lib. caus. respondeo, eam loqui de eo, qui Improbè seruitutis quæstionem mouit, id est, *per calumniam*, vt exponit Glos. ibi, at non loquitur de eo qui se defendendi gratia exceptiones opposuit.

Ad l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. respõdeo, non facere ad rem nostram, nam loquitur de eo qui euidẽtissimè locupletem, aut approbatum fideiussorem non accepit, *quia sanè non sine qualibet iniuria est*, inquit, *duci in ius eum qui satis idoneum fideiussorem det.*

Ad c. 1. de elect. lib. 6. respõdeo, loqui de eo, qui crimina obiecit aduersus electum, & non dicit eum teneri actione iniuriarum, sed Ecclesiasticis beneficijs suspensum esse, &c. Idem dicitur in d. c. Super his, de accusa. vbi dicitur puniendũ esse talem excipientem, & crimina obijcientem secundum arbitrium Iudicis discreti. De eo autem qui excipiendo crimina opposuit, vt quis à testificatione vel accusatione repellatur, & non probauit, nihil ibi decernit S. Pontifex an sit puniendus, necne.

Ad l. 1. C. de aduoc. diuersor. iudicior. respondeo, loqui de eo qui instituit accusationem, contra patronum causæ, quia præuaricatus fuisset: & ait, *si non docueris præuaricatum calumnia notaberis*, quod nil commune cum quæstione nostra habet.

CAPVT XIV.

In accusatione vel inquisitione de crimine falsi, an sit necesse locum & tempus adijcere commissi delicti?

P*Aulus. Libellorum inscriptionis conceptio talis est, Cõsul & dies. Apud illum Prætorem vel Proconsulem Lucius Titius professus est, se Mæuiam Lege Iulia, de adulterijs ream deferre, quod dicat eam cũ Caio Seio in Ciuitate illa, domo illius, mense illo, Consulibus illis adulterium commisisse. Vtique enim & locus designandus est, in quo adulterium cõmissum est, & persona cum qua admissum dicitur, & mensis. Hoc enim lege Iulia publicorum cauetur, & generaliter præcipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt.* l. 3. ff. de Accusat. Idem ferè habetur in l. In causis, C. eod. tit.

Sed controuersia est, an hæc solẽnia quæ ad locum & tempus pertinent commissi delicti adhibenda sint, etiam in accusatione vel inquisitione criminis falsi. Negat Glos. in Instit. de publicis iud. in prin. in verbo *& in instituendo*. Baldus in cap. 1. nu. 10. quibus mod. feud. amittatur. Angelus de Maleficijs, in ver. Falsario, nu. 37. Marsil. Sing. 163. Ferantes Garzareus inter consil.

conſ.crimin.vol.1.conſ.115. D.meus Cephalus,conſ. 304.nu.114.lib.3.Menochius conſ. 100. nu.88.lib.1.

Fundamentum ſi requiras, nullum aliud inuenio quàm illud,quod falſum occultè committatur, & idcirco acerrimam indaginem fieri oporteat, *argumentis,teſtibus,ſcripturarum collatione. alijsq. veſtigijs veritatis, nec accuſatori tantum quæſtionem incumbere, nec probationis eidem totam neceſſitatem iniungi, ſed inter vtramque perſonam iudicem eſſe medium*, vt in l.Vbi, C.ad l.Cornel.de Falſis.

Sed profectò ſi verum amamus,non eſt hoc fundamentum tanti roboris,vt à generali iuris regula falſi crimen excipiendū perſuaderi cuiquam poſſit. Nam quod crimen magis occultè perpetratur quàm adulterium? Tamen locus & menſis in eius accuſatione deſignandus eſt, vt in d.l.3.

Quod verò crimen falſi diligenter ex omnibus inditijs perquirendum ſit,nec vno probationis genere, & quod tota inquirendi de crimine, & illud probandi neceſſitas accuſatori non incumbat, ſed etiam iudex medius eſſe debeat, & laborare, vt detegatur, hæc, inquam, non eximunt accuſatorem ab implendis iuſtis ac ſolennibus accuſationis. quia hæc optimè cohærent ſimul,vt accuſationis libellus contineat locum & tempus; & poſtea & accuſator & iudex diligenter probationes omnes & argumenta veritatis inquirant.

Contrarium igitur rectè docuit Ægidius Boſſius in tit.de Inquiſitione,nu.90. quem ſequitur Iulius Scarlatinus conſ.118.nu.2.inter conſ.crim.vol.1.

His adſtipulatur d.l.3.ff.de accuſat.etenim crimen falſi nulla lege excipitur, nullaque ratione euidenti, aut ſaltem probabili excipiēdum eſſe oſtendatur. Maneat ergo ſub generali legis præcepto, cuius mentio fit in d.l.3.

CAPVT XV.

Quæ ſint legitima inditia ad inquiſitionem ſpecialem, de crimine contra aliquem inſtituendam.



GRauis diſputatio eſt, quæ ſint inditia legitima ad formandam ſpecialem inquiſitionem de crimine contra aliquem, variæque ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ. Aliqui dixerunt Iudici verè vel præſumptiuè (ſic loquuntur) conſtare oportere eum deliquiſſe, de quo inquiritur. Ita Angelus de Maleficijs, in verſ.Hæc eſt quædam inquiſitio,§.2. Alij ſufficere leuia inditia & leuiora quàm ad torturam. Ita Brunus de Inditijs,2.parte,quæſt.6.nu.4.Boſſius de Inquiſitione,nu.61. Alij dixerunt,inditia quæ ſufficiunt ad capturam, multò magis ſufficere ad inquiſitionem. Corrad.Lancellotus, Pract. criminali, tit.de Inquiſitione, num.34. Alij docuerunt eadem inditia requiri quæ ad torturam requiruntur. Clarus, §.20. verſ.Ad formandam.Poſt hos Menochius,lib.1.Præſump.88. inter inditia ad inquiſitionem enumerat famam,graues inimicitias, fugam,teſtimonium ſocij criminis, aſſertionem offenſi in articulo mortis, & denunciationem Officialis publici.

Nouiſſimè doctiſſimus Farinacius,arbitrio Iudicis id remittendum cenſet, tit.de Inquiſitione, quæſt.1. poſt num.45.verſ.Propterea crederem.

Ego harum opinionum nullum in iure fundamentum inuenio,quod dignum relatu ſit:& meritò id accidit,quia ſecundum rectam iuris rationem, nulla ex dictis ſententijs conſiſtere poteſt.

Exiſtimo igitur inquiſitionem ſpecialem de delicto contra aliquem fieri non poſſe, niſi præcedente legitima diffamatione,& ideo cùm quæritur,quæ inditia ſint legitima, ex quibus inquiſitio formari poſſit,reſpondendum eſſe, diffamationem legitimam,legitimum inditium eſſe, non quia ſi modò diffamatio præcedat, cætera inditia & argumenta nihil valeant, ſed quia ſi legitima non præcedat diffamatio, non poteſt inquiſitio de iure formari,tametſi alia ſint inditia & probationes delicti cōmiſſi. Confeſſionem rei ſemper excipio,quia ſi adſit, inquiſitio non poteſt impugnari,c.1.de accuſat.lib.6. Scio quoque,nō reclamante reo inquiſitionem factam valere, omiſſa diffamatione,ex c... eod.tit. Fateor quoque,reum interrogari poſſe à Iudice an delictum commiſerit, ſi grauibus inditijs & argumentis, vel ſemiplena probatione ſuſpectus ſit, ex ijs quæ tradit S.Thomas, 2.2.q.69. art.2.ſed non inde inferri poteſt,inquiſitionem ex dictis inditijs formari poſſe, ex D.Thomæ ſententia, vt animaduertit Nauarrus ad Rubr. de indicijs, nu.78. quamobrem hoc determinatè requiri,vt inditia orta fuerint ex infamia publica, qua reus laborauerit,circa crimen quod inquiritur, ad hoc, vt alij de ipſo reo interrogari poſſint, an delictum commiſerit, notauit quoque Reuerendus Pater Gregorius de Valentia, in 3.tomo Diſput.6.q.13. puncto 4. vbi multa de hac materia præclarè diſputat.

Sed iam confirmanda eſt hæc ſententia noſtra,quæ indicia ex ſola infamia publica orta requirit ad inquiſitionem formandam. Eam igitur confirmo textu Iuris Canonici, ex quo hæc inquiſitionis materia potiſſimum deſcendit, & ratione quoque euidenti.

Textus eſt in c.Inquiſitionis,21.de accuſ.& inquiſ. vbi ſic legitur: *Tertiæ dubitationis articulus continebat; vtrum cum duo vel plures iurati affirmant aliquem crimen aliquod eiſdem videntibus commiſiſſe : de quo aliqua infamia non laborat, aliquam illi pœnam infligere debentis.* Et paulò infrà: *Ad hæc reſpondemus, nullum eſſe pro crimine, ſuper quo aliqua non laborat infamia, ſeu clamoſa inſinuatio non præceſſerit, propter dicta huiuſmodi puniendum; quinimò ſuper hoc depoſitiones contra eum recipi non debere: cùm inquiſitio fieri debeat ſolummodò ſuper illis, de quibus clamores aliqui præceſſerunt.*

Habemus textum clarum Innocentij III.apertè reſpondentis infamiam requiri, & ſuper illis ſolummodo inquiſitionem fieri oportere, de quibus infamia præceſſit. Et loquitur S.Pontifex in ea facti ſpecie, qua duo pluresve iurati teſtes affirmant aliquem eis videntibus deliquiſſe, quæ ſanè depoſitio non ſolum ad torturam ſufficit, verùm etiam ad condemnationem,ſi teſtes ſint omni exceptione maiores: Nihilominus ait Pontifex Maxim. oportere vt reus infamia laboret,& clamoſa inſinuatione, qua ceſſante,nec teſtes recipi poſſe, nec inquiſitionem fieri debere: Vbi ſunt ergò qui dicunt alia inditia ſufficere ad inquiſitionem, cùm duo vel plures iurati teſtes de viſu,vt loquuntur,non ſufficiant?

Ratio autem his accedit euidentiſſima, ſumpta ex c.Qualiter & quando, 24.eod.tit.de accuſ. & inquiſ. Nam cùm obijci poſſet aduerſus iudicem inquirentem,eundem eſſe non poſſe accuſatorem & iudicem. Videri autem iudicem fungi accuſatoris vice, dum inquirit delictum, reſpondet huic tacitæ obiectioni S.Pontifex his verbis: *Non tanquam idem ſit accuſator & Iudex,ſed quaſi denunciante fama,vel deferente clamore officij ſui debitum exequatur.* Ergò ſi nulla fama Iudici maleficium denunciauerit, ſi nullus clamor ad aures eius peruenerit, nulla erit iuſta inquirendi cauſa: nulla ratio eum defendet;quò minus & Iudicis,& accuſatoris officio perfungatur, neceſſaria igitur diffamatio, *non quidem à maleuolis & maledicis, ſed à prouidis & honeſtis*, vt monet S.Pontifex in d.c.Qualiter, & quando, 24.

CAPVT XVI.

Sitne reus definitiuè absoluendus, quando crimen ab eo commissum fuisse Iudici non est probatum.



Repsit in iudicijs criminalibus cõsuetudo, vt rei de crimine accusati, vel inquisiti, nunquam definitiuè absoluãtur, nisi suam probent innocentiam. Nam si crimen nõ probetur, absoluuntur ab obseruatione iudicij; quo fit, vt nouis indicijs superuenientibus iterum accusari ac deferri possint, quasi Reipublicæ expediat ita fieri, ad punienda scelera, & effugiendas delatorum præuaricationes. Vide Iodocum Damhouderium pract. crim. c. 40. Clarum q. 62. vers. Forma. Bossium tit. de sent. num. 68. Couar. lib. 1. Variar. resolut. c. 1. nu. 8. Farinacium nouissimè, titulo de Inquisitione, q. 4. num. 27.

Sed contra leges & iustitiam hæc fieri rectè aliqui monuerunt, Iodocus vbi suprà, Antonius Gomes. tit. de Tortura reorum, nu. 28. Hieronym. Magonius decis. Lucensi 89. num. 11. in 1. parte, quibus ego facilè consentio.

B Nam regula iuris docet, actore nõ probante reum esse absoluendum, l. Qui accusare, C. de Edendo. & hæc absolutio definitiua sententia est, quæ prætextu probationum postea repertarum restaurari non debet, l. Sub specie, C. de re iudic. Habet autem actor appellationis remedium, quo nouas apud iudicem probationes adferre potest, l. Per hanc, C. de temp. appel. si eo non vtatur, sed acquiescat rebus iudicatis, non potest reus eandem ob causam accusari; quod & indicat l. Qui de crimine, C. de accus. Et expressè declarat Summus Pontifex, dum ait: *De his criminibus de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari.* c. De his, de accusat.

C Expedit quidem Reip. vt crimina non remaneant impunita; sed expedit quoque vt sarta tecta sit rerum iudicatarum autoritas.

Non huc pertinet l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adul. quia non fuit ibi lata sententia, & dato quod lata fuisset, ratio quædam specialis fuit, vt delinquens puniretur, qui falso consanguinitatis colore crimina depulerat. *Sunt* & alij speciales casus, quibus semel absolutus iterum accusari ob eandem criminis causam potest, quos eleganter explicat Couar. lib. 2. Var. resolut. cap. 10. sed regula est in contrarium, quæ nostræ sententiæ optimè suffragatur: quia non loquimur de casibus, quibus specialiter à regula recessum sit.

Dices, *Graue* (inquit S. Gregorius) *satis est, & indecens, vt in re dubia certa detur sententia.* c. Graue, 11. q. 3. Respondeo, si res sit dubia, laborandum esse vt clara reddatur. Torquendũ reum si adsint indicia ad eruendam veritatem. Si non id patiatur personæ conditio, D nõ est culpa Iudicis: qui cùm de qua re cognouit pronunciare quoque cogendus sit, l. De qua re, ff. de iud. absoluere reum debet, memor eius quod Vlpianus scribit, ex suspicionibus neminem damnandum, & satius esse, nocentem absoluere, quã innocentem condemnare, l. Absentem, ff. de pœnis. Item eius quod alibi scriptum est, probationes criminum luce meridiana clariores exigi, l. vlt. C. de probatio. Delicta non esse præsumenda, l. Meritò, ff. pro socio.

CAPVT XVII.

Gratia delinquenti à Principe concessa, an ad bona extendatur confiscata?



I Princeps delinquenti gratiam fecerit, plenè restitutum videri, & idcirco bona confiscata recuperare, cummunis est sententia Doctorum, si credendum est Claro, quæst. 59. vers. Quæro nunquid, & Bossio, de remedijs ex soA la clementia Principis, num. 5. Bonacossæ, lib. 1. Commun. opin. vers. Gratia seu remissio ex doctrina Bartoli, in l. vlt. circa finem, C. de sent. passis, cuius mentionem facit Iason, in l. Beneficium, col. 4. vers. Perpetuò nota, ff. de constit. Princip.

Fundamentum verò est, quia beneficia Principum latissimè accipienda sunt, d. l. Beneficium, ff. de const. Princ. Huc accedit l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæst. ibi: *Potes itaque decreti gratiam facere.* Et rursus ibi: *Hac epistola significatur, quasi seruus damnatus si fuisset restitutus*, &c.

Verùm si consulamus legum autores & interpretes, nec veram esse dictam sententiam comperiemus, neque communem. Etenim, veram non esse, palam est ex eo, quod leges discrimen constituunt inter gratiam, siue indulgentiam, & restitutionem: Restituere in integrũ, est honoribus, ordini, & cæteris omnibus B restituere, l. 1. C de sent. passis; *Indulgentia restitutio, bonorum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium est recuperatio.* l. vlt. C. eo. tit. Indulgẽtia verò siue gratia simplex, liberat tm̃ à pœna, nisi specialiter bonorum restitutionem quis impetrauerit, l. 2. C. de sentẽ. passis, l. 4. 7. eo. tit. l. 3. C. de Generali abol. l. 2. ff. eo. tit.

Communem verò non esse perspicuum mihi videtur: quia contrarium docuerunt Cynus & Salycetus, in l. vlt. C. de sent. passis. Angelus inter cons. *crimin.* vol. 1. consi. 70. num. 15. Antonius Gomes. de tortura reorum, nu. 38. Berous cons. 76. nu. 104. 107. *lib. 1.* Bursatus alios citans, consil. 84. num. 10. lib. 2. Rolandus à Valle, alios similiter adducens. cons. 45. nu. 2. lib. 4. Farinacius tit. de Inquisitione, q. 6. nu. 28. Peregrinus, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. num. 17.

Ad l. Beneficium, respondeo, illam esse regulam generalem, sed hanc esse legem specialem quę declarat quid sit gratia & indulgentia: & quid restitutio. C Specialis hæc constitutio in terminis nostris derogat regulæ generali, quia generi per speciem derogatur.

Nec mirum, quia strictè accipienda sunt *Rescripta* fisco damnosa, argum. l. Nec damnosa, *C. de precib.* Imp. offeren.

Ad rem non pertinet l. 1. §. *Si quis vltrò*, quia loquitur de reo innocente: Gratia decreti proculdubio plenissima est, vt & bonorum restitutionem cõtineat, si quę ablata essent, quia iniquum est, innocentem puniri amissione bonorum.

Nec Bartoli dictum suffragatur contrariæ sententiæ, non enim dicit gratiam esse eandem cum restitutione, sed ait, in dubio si non constet an Princeps restituere vel gratiam facere voluerit, beneficium principis latissimè interpretandum, vt contineat restitutionem: at nos loquimur in claris terminis gratiæ concessæ: Verba Bartoli hæc sunt: *Ciuitas statuit, quod banniti rebanniantur, an istud rebannire habeat vim* D *indulgentiæ an restitutionis?* &c. *Breuiter dico, quod de hoc est casus, quod verba dubia debent intelligi, quod sonent restitutionem magis quam indulgentiam, l. 1. §. pen. ff. de quæst.* &c.

CAPVT XVIII.

Restitutus in integrum ex gratia Principis, an recuperet precium bonorum a fisco alienatorum?



Ommunis est & vera Doctorum sententia, restitutum in integrũ à Principe ex gratia, licet bona alienata à fisco nõ recuperet, tamẽ precium quod ad fiscum peruenit recuperare, ita Bartol. in l. vlt. nu. 7. C. de senten. passis. Iason, in l. Gallus, §. Et quid si tm̃, nu. 57. de lib. & posthumis. Sfortia Odd. alios citans, de restitutione in integrũ, parte 2. quæst. 99. art. 5. adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. num. 27.

Fun-

Fundamentum est in l.Sed & si lege, §. Item si rem A distraxit, ff.de perit.hæred.vbi patet bonæ fidei possessoré teneri quatenus ex precio rei hæreditariæ quam vendidit, locupletior factus est. Nam cùm bona confiscata sunt, fiscus bonæ fidei possessor est, & loco hæredis habetur, l.Tutoris, C. ad l.Iul.de vi.

Sed valde infirmum est hoc fundamentum. Respõdit enim Nellus in tract. de Bannitis, in prima parte tertij temporis, quæst.6 dictũ §.Item si rem distraxit, ad casum hunc non pertinere, quia loquitur de restitutione, quæ iure communi fit, ex iustitia, cùm scilicet hæres verus omnia hæreditatis iura recuperat, quo casu bonæ fidei possessor, inquantum locupletior factus est, tenetur ex Senatusconsulto quod recensetur in l.Et non tãtùm, §.Præter hæc, ff.eod.tit. Ait in quæstione nostra de restitutione agitur, quæ fit ex gratia Principis, ac proinde non tam fauorabilis esse debet, sicuti quæ ex iustitia fit.

Existimo tamen iuri consentaneam esse cõmunem B sententiam, quia in integrũ restituere nihil aliud est, quàm honoribus, ordini, cæterisque omnibus restituere, l.1.C.de senten.passis. Item *Indulgentia restitutio bonorum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium recuperatio est*. l.vlt.C.eod.tit. Et licet ad bona alienata non extendatur, quia gratia vni concessa, non debet alteri præiudicare, l.2.§.Meritò, ff.Ne quid in loco publ. nihil tamen proponitur, cur ad precium bonorum venditorum, quod ad fiscum peruenit, porrigi nõ debeat. Nam si bona fiscus haberet, inter omnes constat, restituenda esse, cur igitur preciũ restituere fiscus non debeat? Certè, est eadem ratio in precio, quæ in bonis ipsis: Et leges non verbis, sed rebus conditæ sunt, l.2. C.commu.de leg.

Contraria sententia magis placuit Alciato in d.l. Gallus. §.Et quid si tantùm, num.122. ff.de lib. & posthum. Et Antonio Gomez tit.de Delictis, c.13.nu.39. necnon Nello superiùs citato, qui testatur in Italia nõ C seruari eorum sententiam, qui restituendum à fisco precium voluerunt. Idem testantur Clarus q.59.vers. Itẽ quæro, & Farinacius tit.de Inquisitione, quæst.6. post nu.43. Sed nec in Germania seruari testis est Andræas Geyll. qui & in hanc contrariam sententiã propendet lib.2.de pace publica, c.19.nu.21.

Fundamentum est primò in l.vlt. C.de repud. hæred. Secundò, quia gratiæ istæ ac dispensationes odiosæ sunt, & restringendæ, ne fisco præiudicent, & vt delinquentes aliquam pœnam sustineant, quò magis homines à criminibus abstineant.

Sed quod attinet ad d.l.vlt. illa ad rem non facit. Nam cùm filius abstinuit ab hæreditate, potestatem habet rursus eam adeundi, si res non sint venditæ, hoc ibi constitutum est, nec quicquam habet affinitatis cum quæstione nostra, quia cùm nos dicimus, restitutionem ex gratia Principis operari, vt precium restitutus recuperet, nemini præiudicatum volumus, præterquam ipsi Principi, hoc est, fisco eius. At in d.l.vlt. D fieret præiudicium alijs, si filius post res venditas admitteretur.

Ad generalia verò pronunciata quod attinet, respondeo, locum non habere, quandoquidem specialis decisio totum occupauit, dum interpretatur, quid sit in integrum restituere: & ait, Esse honoribus, ordini, cæterisque omnibus restituere, l.3.C.de sen.passis, & bonorum recuperationem, l.vlt.C.eod. Recuperabit igitur restitutus non bona, quia fiscus ea non habet, sed precium eorum quod habet: Pecuniam loco rei. Possibile est enim omnes res in pecuniam conuerti, inquit l.2. C.de const.pecun. Si nec rem, nec pecuniam habeat, quo modo honoribus, ordini, cæterisq; omnibus restitutus intelligetur?

CAPVT XIX.

Vtrum fur puniri possit alibi quàm in loco delicti, si reperiatur cum rebus subtractis, an verò remittendus ad locum delicti.



Dicam quid sentiam de sententia Bartoli, olim & nunc etiam cõtrouersia circa furem, qui cum rebus subtractis ad alium locum se recepit, an possit vbicunq; repetitur, puniri, si prius quid alij sentiant retulero, & argumenta cuiusque sententiæ pro more meo adiunxero. Existimauit Bartolus in l.Si dominium, ff.de furtis. eum qui in vno loco vel prouincia furatus est, si ad alium locum prouinciamve se receperit, cũ rebus furto subtractis, ibi posse puniri, licet subditus illius loci vel prouinciæ non sit. Bartolum secuti sunt, aut certè eandem sententiam habuerunt Paulus Castr. in l.Siue manifestus. §.1. ff.de cond.fur. Angelus de Maleficijs, in ver. Et vestẽ celestem, vers. Quid si fur, nu.16. Boerius decis.218.num.2. Follerius Pract.crimin, vers. Audiantur excusationes, num.64. Capycius decis.104. Plotus consi.133.num.11. lib.1. Duenas Regula 378. in 5.limitatione, Marinus Landensis, conf. Criminali diuersorum, 61.nu.5.lib.1. Marianus Socinus, in c.1.num.5.de raptorib. Afflictus, in §.Iniuria, in 3.not.nu.7.de pace iuramẽto firman. Viuius Commu.opin.lib.1.verbo, Iudex domicilij, in fi. nu.18. Vilalobos Commu.opin.verbo, Reus, nu.65.

Fundamentum est in contrectatione, nam cùm fur ipsas res contrectet, & iniustè detineat, videtur quodammodo nouum furtum committere, aut certè delinquere, quamobrem eo in loco puniri potest, quia ibi quoque delinquere videtur.

Sicut hæc noua & assidua contrectatio facit, vt actio furti etiam mutato rei dominio competat, vt habetur in d.l.Si dominium, ff.de furtis; & in l.Interdũ, 58.ff.eod.tit.ibi: *Sed & si persona domini mutata esset altera pœna obligata*, licet non mutato domino furti pœna non crescat assidua contrectatione, quæ sententia est l.9.ff.eod.tit. Vbi notandũ est, obiter aliter constitutum de conditione furtiua; illa enim ei tantùm competit, qui dominus fuit tempore furti commissi; quæ causa est, vt legatario non competat, l.Sed nec legatarius, ff. de condict. furt. Actio furti facilius datur, quàm condictio furtiua, quia contra regulas iuris est, vt quis rem suam condicere possit, §.Sic itaque, in Instit.de action.

Contrariam sententiam aduersus Bartolum secuti sunt Fulgosius cons.149. Baldus cons.471.lib.3. Mantua latè & diligenter Apophtegmate 603. Cepolla cons.crimin.58.num.26. Bossius tit.de furtis, num.18. Pract. Papiensis in forma Inquisitionis, ver. Contrectando, nu.3. Clarus q.38. vers. Tu scis, Couar. Pract. quæst.cap.11.nu.9. Farinacius, qui alios adducit, tit. de Inquisitione, quæst.7.post nu.7.

Fundamentum est, quia delinquens puniendus est in loco, vbi deliquit, & ad eum remittendus est, l.Si cui.§.vlt.ff.de accusa. §.Si quis verò comprehensorũ, in Authen. Vt nulli iudicum. Igitur is qui furtum cõmisit in aliqua prouincia, ibi puniendus est, non alibi, & ad eam prouinciam remittendus est.

Ego hanc posteriorem sententiam sequor, quia ex contrectatione rei furtiuæ, non nascitur noua actio. l.Et qui, 9. ff.de furt. nec nouum furtum, l.Inficiando, §.Infans. ff.eod. Ergò non videtur in loco, ad quem fur se recipit, nouum furtum committere. Sed vnum est furtum tantùm quod alibi commisit: & id solum spectandum est, vt puniatur.

Non obstat, quod actio furti competat nouo domino propter rei contrectationem, *veluti hæredi, &*

bonorum possessori, & patri adoptiuo, & legatario, vt in A d.l.Si dominium. Nam summa ratione id constitutum est, quia is, qui fuit olim dominus non agit, nec agere potest: & is qui in eius locum successit, actionem habet ex persona sui authoris, quia scilicet ius authoris translatum in successorem est. Itaq; actio bonum habet fundamentum ex parte actoris, quia dominus est rerum furto ablatarum. At nullum est in quæstione nostra fundamentum ratione Magistratus loci, vbi fur inuenitur, quia delictum alibi commissum est: Et consequenter puniendum ab eo Magistratu & iudice, in cuius territorio ac iurisdictione commissum est. Non huc applicari potest l.Congruit, de off.Præsidis, quia de generali inquisitione loquitur, nos de particulari coercendo delicto disputamus.

CAPVT XX.

Possitne Magistratus inquirere de crimine eius, qui subditus est ratione originis, vel domicilij, alibi tamen commisso? B



Conabor etiam lucem aliquam adferre, non minus controuersæ quàm obscuræ quæstioni. Vtrum Magistratus ex officio inquirere possit in subditum delinquentem extra territorium. Affirmat multis allatis rationibus, & autoritatibus Franciscus Becius cons.93. Negat & rationes adducit, simulq; autoritates, Rolan. à Valle, in cons.19.lib.2. Estq; hæc res omnino dubia & controuersa valde, vt videre licet ex Claro, quæst.39.vers.Sed quæro, Ant.Gomesio, de delictis, c.1.nu.87. Bursato, cons.77.lib.1. Couarr.Pract. quæst.cap.11.nu.6.vers. His equidem autoribus, Farinacio, alios plurimos citante, de Inquisitione, quæst.7. num.19.

Fundamentum affirmantis sententiæ est, quia interest Reipublicæ, & illius Rectores prouinciam suã malis hominibus expurgari, eiusq; ciues & originarios etiam ob scelera alibi commissa puniri, ne ob tentã impunitate maiora probantur vitia, neve aliorum ciuium benè institutos animos corrumpant.

Fundamentum negantis est, quia inquisitio pertinet ad publicam vindictam, quæ minimè videtur cõpetere Iudici domicilij, vel originis, ex eo, quod nulla iniuria illi Reipu. facta est ex delicto, sed potius eã Respub. offensa sit, intra cuius territorium delictum commissum est.

Sed hoc tam affirmantis, quàm negantis sententiæ fundamentum nimis generale & remotum videtur. Alia magis arcta ingrediendum est via, vt ad agnitionem huius rei perueniamus.

Impp. Seuerus & Antoninus: *Quæstiones eorum criminum, quæ legibus, aut extra ordinem coercentur, vbi cõmissa vel inchoata sunt, vel vbi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis perfici debere, satis notum est*. l.1. C.vbi de crim.agi opor.

Fauet hæc lex affirmanti sententiæ, sed dices, accipiendam esse, cùm is qui crimen commisit, accusatur, secus cùm de inquisitione ex officio agitur.

Respondeo, eandem esse rationem in Iudice inquirente, quia non inquirit, nisi fama publica præcedat, quæ loco accusatoris est, vt in c.Qualiter & quando, de accus. & suprà dixi hoc lib.c.15.

Inquisitio loco accusationis est, ideo recepta, ne grauiora facinora deficientibus accusatoribus impunita remaneant, arg.l.Ea quidem, C.de accus.l.1.§.Quies, ff.de off.præfec.vrb.l.Diuus, ff.de custo.reor.l.1.C.eo. l.Congruit, ff.de off.præsid.l.4.ff.ad leg.Iul.pecu.l.Si quis in hoc, C.de Episc.& cler.§.vlt. Nouella de collatoribus. & dixi aliàs lib.1.c.34. Addo non e eiusdem sententiæ Duaren.lib.1.Anniuers.cap.38.

Dices rursus, reos esse remittendos ad Magistratũ eius prouinciæ, in qua delictum commissum est, §.Si quis verò comprehensorum, in Auth. vt omnes obediant iudi. l.Si cui, §.vlt.l.vlt.ff.de accusat. cuius rei quatuor insignes adfert rationes Couar.d.c.11. Pract.quæst.num.3. sedante eum Iurisc.in l.Capitalium, §.Famosos, ff.de pœnis.

Respondeo, si petatur remissio, argumentum esse verissimũ, sic enim Imperator loquitur in d.§.Si quis verò comprehensorum. Ergò sententia nostra locum habebit, si non fuerit petita remissio.

Denique obiicies: Extra territorium iurisdictionem non extendi, l.vlt.ff.de iurisd.om.iu.& ideo sta tuta locĩ non ligant furem delinquentem extra territorium, vt in c.2.de constit.lib.6.

Respondeo, nil obstare, quia quæstio nostra est de subdito, qui reperitur in territorio Iudicis inquirentis, licet alibi crimen commiserit, quo casu potest puniri in loco domicilij, vt in d.l.1.C.vbi de crimi.agi oporteat, secus si non requiratur in territorio, tunc locum sibi vindicare potest.l.vlt. Quod verò de statuto pœnali dicitur, ad rem non facit: sufficit nobis delinquentem puniri posse à iudice domicilij, non dicimus pœna statuti afficiendum, quia statuta pœnam imponunt delinquentib. in territorio statuentis, non extra eius territorium. At lex generalis ligat vbique, & potestatem tribuit Iudici ac Magistratui subditum suum puniendi, licet alibi crimen perpetrauerit: quia persona eius spectanda est, quæ Magistratui subiecta est, propter domicilium. Rectè ergò vulgò dicitur, forum sortiri quempiam ratione contractus, delicti, & domicilij, vt in c.vlt.de foro compet.& in c.1.de priuileg.lib.6.

C

CAPVT XXI.

Vtrum Magistratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, remittere eum teneatur ad Magistratum eius loci, in quo delictum commissum fuit, vt ab eo puniatur.



Sed rursus controuersa est. Magistratus subditum suum qui alia in prouincia crimen commisit, vel inquisitione facta, vel accusatione instituta condemnauit, an teneatur eundem remittere ad Magistratũ eius prouinciæ, in qua crimen commissum est? & remittendum esse censuit Alex.in l.à Diuo Pio, §.Sentẽtiam Romæ, nu.4.ff.de re iud.Imo.in l.pen.ff.de pub. iud.Fulgos.in l.1.C.vbi de crim.agi opor. Bossius tit. de foro comp.nu.48.

D Fundamentum est primò in §.Si quis verò comprehensorum, in Auth. Vt nulli iud. quatenus ibi sancitum est generaliter, & indistinctè reum esse remittendum *ad iudicem prouinciæ, in qua peccauit legitimis supplicijs subijciendum*. Secundò in l.Solent, & in l.Non dubium, ff.de custod.& exhib.reor.quæ nihil ad rem faciunt, quia in istis terminis non loquuntur. Tertiò in l.Capitalium, §.Famosos, ff.de pœn. Callistratus: *Famosos latrones in iis locis, vbi grassati sunt, furca figẽdos compluribus placuit: vt & conspectu deterreantur alij ab iisdem facinoribus: & solatio sit cognatis & affinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidium fecissent*.

Sed contrarium docuerunt Saly.in l.1.C.vbi de crimi.agi opor.Bal.in l.Executorem, nu.27.C.de execu. rei iud.Fely.in c.vlt.nu.11.de foro comp. Grammat. decis.26.nu.5. Couar.Pract.q.c.11.nu.6. vers.Contraria sentẽtia. Farinacius, de Inquisitione, q.7.nu.24. quibus & ipse assentior.

Fun-

Fundamentum est solidum in l. 1. C. Vbi de crimine agi opor. vbi textus dicit, quæstiones criminũ perfici debere, *vbi commissa sunt, vel inchoata, vel vbi reperiuntur qui rei esse perhibentur*. Ergo si iudex domicilij cognoscere incepit, & pronunciauerit, nihil proponi video, cur non & exequi sententiã possit, vbi enim iudicium cęptum est, ibi perfici debet, l. Vbi cęptum, ff. de iudic.

Argumentum contrariæ sententiæ locum habet, quando Iudex loci delicti petijt sibi reum mitti, vt eũ puniat, tunc remittendus est, vt in d. §. Si quis verò comprehensorum. At si id non petijt, & Ideo Iudex domicilij cognouit & condemnauit reum, magis expedire videtur, vt ipse curet suam sententiã executioni mandari, quam vt ad Iudicem loqui delicti reum mittat. Aut enim ille petijt antequam quæstio criminis esset inchoata, aut nõ petijt sibi remitti delinquentem: Si petijt, certè remittendus fuit: si non petijt, iam res integra non est, ideoq; ibi finem accipere debet, vbi cœpta est.

Non obstat quod dicit Callistratus in §. Famosos, quia expediret quidem delinquentem puniri in loco delicti commissi ob eas caussas, quas ille adfert. Sed quid si Iudex loci tempestiuè non admoneat iudicem loci domicilij, vt reum ad se remittat? Nũquid caussã inceptã desistere eum oportebit, aut finitam non exequi? contra l. 1. C. Vbi de crim. agi opor. dicẽtem, ibi, *perfici* debere, vbi quæstio *inchoata est*?

CAPVT XXII.

Remissio delinquentis ad Iudicem loci, vbi delictũ commisit, possitne fieri ac peti à Iudice, qui nullam in reum iurisdictionem habet, vbi omnes Iudices sunt sub eodem Principe.


Acti species hæc sit. Delictum quis commisit Mediolani, & Papiam confugit, vbi aliàs nec ratione domicilij, nec ratione originis subditus est, quæritur an iudex Papiensis requisitus teneatur reum remittere ad iudicem Mediolani. Negant Antonius Butrius, Aretinus & Felynus, num 9. in c. vlt. de foro competen. & hanc sententiam communem esse testatur Bossius, tit. de foro competen. num. 52.

Fundamentum est in cap. 1. de priuilegijs, lib. 6. vbi patet exemptum, qui alioqui ad locum delicti remittendus est, non posse tamen remitti ab ordinario, à quo exemptus est, qui in eum nullam habet iurisdictionem.

Cæterùm affirmant Calderinus & Panorm. in d. c. vlt. nu. 16. de foro compe. & alij, quos refert & sequitur Couar. pract. quæst. cap. 11. nu. 6. & in terminis, in quibus hanc quæstionẽ proposuimus, consentit etiam Bossius loco suprà annotato.

Fundamentum est in §. Audient, in Auth. de defensorib. Ciuitatum, vbi Imperator: *Audient quoq; leuiora crimina, & castigationi competẽti contrahent, & eos qui in maioribus criminibus capiuntur, detrudent in carcerem, & mittent ad Prouinciæ Præsidem*.

Ad c. 1. de priuil. lib. 6. respondent exemptum ab ordinario remittendũ non esse, sed à Iudice proprio, cui iure exemptionis subijcitur: quia ordinarius nullam habet in eum iurisdictionem, nisi ratione contractus, vel delicti; vt ibi dicitur.

Ego ijs consentio, atq; ita statuo, non à quolibet incõpetente Iudice fieri debere remissionẽ, ac peti, v. g. Clericus delinquens remittendus est ad locum delicti: certè remissio fit non à Magistratu laico, qui nullam prorsus in Clericum iurisdictionem habet, sed à Iudice Ecclesiastico. Rursus, si duo sint Iudices Ec-

A clesiastici, vnus competens, alter incompetens, fieri debet à Iudice competente: & in ijs terminis accipiẽdum est, c. 1. de priuileg. lib. 6.

Cæterùm in ea facti specie, quam proposui, iudex Papiensis remittet delinquentem Mediolanum literis subsidialibus requisitus. Licet enim iurisdictionẽ non habeat in delinquentem, nec ratione originis, nec ratione domicilij, nec ratione delicti. Potest tamẽ ac debet requisitus eum mittere ad Iudicem Mediolanensem puniẽdum: quia sic iuris ordo postulat, l. Si cui, l. vlt. ff. de accusat. §. Si quis verò comprehensorũ, in Auth. Vt nulli iudi. Vnus iudex ac Magistratus alterum iuuare debet, ne delictum remaneat impunitum, vt iuris ordo seruetur, in puniendo reo, & vnicuique ius suum tribuatur.

CAPVT XXIII.

B *Sitne remissio delinquentis facienda cùm Iudex requirens petens; fieri remissionem, & Iudex requisitus diuersi sunt Imperij & Principatus.*


It hæc facti species, Delictum cõmissum est Mantuæ, reus criminis Ferrariam confugit, vbi aliàs nec originem habet, nec domicilium. Quæritur an Ferrariensis Iudex teneatur requisitus remittere delinquentem ad Iudicem Mantuæ. Et non teneri, communior sententia est. Vide Clarum, q. 38. versic. Sed certè, & vers. Hoc tamen. Couar. Pract. quæst. cap. 11. num. 10. Rolandum à Valle, cons. 60. num. 22. & 23. lib. 2. nouissimè Farinacium titu. de Inquisitione, q. 7. num. 27.

Fundamentũ est in consuetudine Vniuersali: Scribit enim Couar. hanc sententiam communi totius orbis Christiani vsu, & praxi receptam esse, vt non fiat

C remissio, quando iudex requirens & requisitus sunt diuersi Principatus & Imperij. Sed hæc requiruntur, vt locum hæc habeat consuetudo. Primò, vt sit legitimè præscripta, quoties tam requirentis Iudicis Princeps, quàm requisiti subsunt Imperialibus legibus, quæ remissionem præcipiunt. Nam tunc esset consuetudo contra legem, ideo nõ valet, nisi sit legitimè pręscripta, c. vlt. de consuet. Remissionem fieri debere ex legum præcepto, constat ex l. Si cui, & l. vlt. ff. de Accus. ex §. Si quis verò comprehensorum, in Authen. Vt nulli iudicum, & ex alijs locis.

Secundò, vt Iudex reum delinquentem non remittit, eum puniat; nam si punire eum non possit, consuetudo hæc non valeret: quia delicta remanerent impunita contra publicam vtilitatem & iustitiam; Ita docet & hanc rem explicat ex sua & aliorum sententia Couarr. loco proximè citato, cui Farinacius con-

D sentit.

Sed ex hac opinione nascuntur duo non parui momenti incommoda. Primum est, quia non est hæc rationabilis consuetudo, quod tamen requiritur, vt legem vincat, cap. vlt. de Consuet. Nam contra omnem iuris rationem est, vt delinquentes non puniantur; aut puniantur ab alijs quam proprijs Iudicibus. Alterum incommodum est, quia Doctores plerique volunt hoc in casu delinquentem puniri à Iudice, qui negat remissionem. Atqui hoc fieri non potest. Si enim Iudex, qui remissionem negat, nullam in reum iurisdictionem habeat, nec ratione originis, nec domicilij, nec delicti, quomodo in reum poterit animaduertere?

Respondet Farinacius, absurdũ non esse, licet reus hoc in casu non puniatur, *quia non deficit ius sed iurisdictio*. Non rectè, quia iurisdictio non deficit iudicis, qui remissionem petit, sed fit contra ius, cùm remissio denegatur.

Melius Couar. loco suprà citato: *Igitur*, inquit, *si-cut non valeret consuetudo impediens remissionem, vbi Iudex requisitus delictũ punire non potest, etiam non valebit, vbi iudex requirens & requisitus sunt sub diuersis Principibus, quoties non potest delictum puniri à Iudice qui remissionem negat. Etenim vtroque casu delictum manet impunitum contra rationem naturalem, & qua nullo temporis vsu tolli potest.*

Hæc cùm ita sint, ac certum expressumque ius sit, quo remissio delinquentium ac locum delicti præcipitur, magis est, vt credam consuetudinem, quæ allegatur, nullius esse momenti, si præsertim agatur de homicidio, vel graui aliquo facinore, cuius impunitas propter exemplum & scandalum Reipub. perniciosa foret, vt latè respondit Bernardus Plotus inter cons. criminalia, vol. 1. cõsi. 133. quem refert & sequitur Ioseph. Ludouicus, decis. Lucensi 16. num. 26. in 1. parte.

Portò his adijciẽdum est, quod scribit And. Geyll. lib. 1. de pace publica, cap. 16. num. 30. 31. ex consuetudine Germaniæ, reos non remitti ad locum delicti, sed in loco captiuitatis, forum & iudicium sortiri, & ibidem supplicium subire, solere tamen in atrocioribus delictis, propter exemplum ad locum delicti precatio & iure amicitiæ, & vicinitatis, atque beneuolentiæ fieri remissionem, idque sub Antigrapho, siue litteris reuersalibus, vt vocant, ipsius Magistratus ac Domini remissionem petentis, remissionem Iurisdictioni remittentis, non futuram nocumento.

CAPVT XXIV.

De vagabundo an debeat remitti ad locum delicti.



Est etiam controuersia an vagabundus, qui nullam habet certam domicilij sedem, remittendus sit ad locum delicti, vt videre licet ex Petro Duena, Regula 378. in 4. limit. Didaco Couar. pract. quæst. c. 11. num. 7. Prospero Farinacio, tit. de Inquisitione, quæst. 7. nu. 13. Pro remissione facit regula generalis, quæ habetur in §. Si quis verò in comprehensorum, in Authen. Vt nulli iudicum. Contra remissionem l. 1. cum expositione Glossæ, C. Vbi de crimine agi oporteat. Nam cùm lex dicat, criminũ quæstiones perfici debere, vbi crimina commissa sunt, vel res inchoata, vbi reperiuntur qui commiserunt, Gloss. exemplum adfert in vagabundo, dicens, eum posse vbilibet conueniri.

Sed promptum est iura iuribus concordare. Potest vagabundus vbique puniri, qui certum non habet forum. Verùm ad locum, vbi facinus admisit, remittendus est vt ibi puniatur, si hoc petatur à Iudice loci delicti. Sic delictum non est impunitum, sic crimina puniuntur vbi sunt admissa, quod legibus tam seriò præcipitur, l. Desertorem, ff. de re militari, l. Capitalium, §. Famosos, ff. de pœnis, l. Si cui, l. vlt. ff. de accus. Si non petatur remissio puniri debet vbi reperitur d. l. 1.

CAPVT XXV.

Mandans delictum fieri, an sit puniẽdus in loco in quo mandatum dedit, an in loco in quo delictum est commissum à madatorio.



Communis est Doctorum sentẽtia, quam & ipse amplector, mandãtem delictum committi, esse puniendum in loco, in quo delictum commissum est à mandatario, & ad eum locum remittẽdum esse. Vide Albericum, in l. Hæres absens, §. Apud Labeonem, ff. de iudicijs, Paulum Castrensem, in l. Sicut proponitur ff. de fideiussor. Marsilium, sing. 404. Forum, Pet. Duenam, Reg. 378. num. 3. Bossium, de foro competenti, num. 109. & num. 147. Clarum, quæst. 38. vers. Item quæro nunquid mandans.

Fundamentum est in d. l. Hæres absens, §. apud Labeonem, ff. de iudicijs. Vlpianus: *Apud Labeonem quæritur, quid si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat? quod cum eo seruo cõtractum est ita habendum, ac si cum domino contractum sit, quare ibi se debebit defendere.*

His postremis verbis apparet mandatorem sortiri forum in loco cõtractus idem probatur in l. Si vt proponitur. ff. de fideiussor. illis verbis: *Ita conuenit vt in Italia solueretur intelligendum mandatorem quoq; similimodo contraxisse.* Eadem ratio est in loco delicti.

Huc accedit, quia qui per alium facit, per se ipsum facere videtur, c. Qui per alium, de reg. iu. lib. 6. Hinc Vlpianus: *Deiecisse etiam is videtur, qui mandauit vel iussit, vt aliquis deijceretur. Parui enim referre visum est, suis manibus quis deijcit, an verò per alium.* l. 1. §. Deiecisse, ff. de vi & vi arma.

Hoc argumentum videtur mihi fortius ac firmius, quàm alia quæ adferri solent ex brocardicis petita, quia scilicet causa mandantis & mandatarij connexa est, non est diuidenda; ne diuersæ sententiæ vna & eadem in re proferantur, & similia: quia non magnopere vrgent.

Contrariam sententiam habuerunt *Bal.* in l. Non ideo minus, C. de accus. Farinacius alios citans, tit. de Inquisitione, q. 7. post nu. 48.

Fundamentum est, quia ex hoc delicto mandantis & mãdatarij diuersæ oriuntur obligationes, quarum vna non accedit alteri, ac propterea cessat ratio, ne continentia causæ diuidatur. Item connexitatis ratio cessat.

Sed nõ cessant aliæ rationes ex legibus petitæ, quibus probatur mandatorem sortiri forum in loco delicti, sicut sortitur in loco contractus, atque ipsum mandatorem crimen commisisse videri in loco, in quo à mandatario commissum est, quia is qui per alium facit, per seipsum facere videtur.

CAPVT XXVI.

Possitne quilibet Iudex punire testem coram se falsum deponentem.



Imperator Zeno; *Nullum penitus eum semel ad Iudicem quemlibet licet non suum dicendi gratia testimonium fuerit ingressus, armatam forte militiam: vel quamlibet aliam fori præscriptionẽ ad euadẽdum Iudicis motum, quem vel testimonij verborum improbitas, vel rei qualitas flagitauerit, posse prætendere præcipimus.* Et paulò infra: *Data cunctis Iudicibus absque vlla præscriptionis obstaculo in testes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animaduertendi licentia.* l. Nullum, C. de Testibus.

At contra Callistratus: *Diuus Pius Claudio rescripsit pro mensura cuiusq; delicti constituẽdum in eos, qui apud Iudices instrumenta protulerunt, quæ probari non possint; aut si plus eos meruisse videatur, quàm ex forma iurisdictionis pati possint, vt Imperatori describatur; æstimaturo quatenus coerceri debeant.* l. 31. ff. ad l. Cor. de falsis.

Conciliationis gratia itum in hanc distinctionem est; Iudicem ordinarium, & ẽt à Principe delegatum, punire falsum testem posse, licet nullã alioqui in eum iurisdictionem habeat, Delegatum autem inferioris non posse. Vide Bartolum vtrobique, Bossium tit. de falsis, nu. 103. Clarum q. 38. vers. Sed quæro nunquid. Didacum Couar. pract. quæst. cap. 18. num. 8.

Sed

Sed nullum in ijs legibus huius distinctionis vestigium inspicere licet, nulla diuersitas inter hunc & illum delegatum adserti potest.

Rectè igitur illi docuerunt, & dictis legibus conuenienter, qui dixerunt, quemlibet Iudicem, qui de crimine cognoscendi potestarem habet, illudque puniendi, aoimadoertere posse in testem, qui coram se falsum testificatua sit, licet testis ille fori præscriptionẽ habeat, hoc est, Iudicẽ habeat propriũ, apud quem conueniri, & à quo puniri debeat, & non ab alijs: Exceptio hæc incompetentiæ, vt loquuntur nostri, non valet hoc in casu: oon prodest excipienti, quia iudex puoire eum potest: presupposito scilicet fundamẽto, qd crimina coercere & punire possit, ita vt nulla sit exceptio, nisi propter personam, quæ alterius iurisdictioni subiecta sit. Ita disertè loquitur Zeno in d.l. Nullum.

Ceterùm, si talis sit Iudex, qui vel de crimine cognoscere nequeat, vel non possit grauem pœnam irrogare, vti delicti grauiras postularet: & vt Doctores loquuntur, restrictam habeat Iurisdictionem circa crimina coercenda, tunc non possit in testem animaduertere, qui coram ipso falsum dixetit testimonium. Sic enim disertè Callistratus loquitut in d.l.3 t.

CAPVT XXVII.

An Clericus falsum testimonium dicens coram seculari Iudice, puniri ab eodem possit.



TRiplex Doctorũ sententia est. Vna, Clericum falsum testimoniũ dicentem corã Iudice seculari, puniri ab eodẽ posse. Ita Gloss. io l. Nullum, C. de testib. in vers. *Præscriptionẽ.* dũ ait: *Quia sit Clericus.* Cynus & Baldus ibidem, & Marsilius sd l. vlt. nu. 152. ff. de iurisd. om. iud.

Fundamentum est in d.l. Nullum, vbi Zeno statuit, non licere cuiqosm testi allegare vllam fori præscriptionem, quo minus à Iudice puniatur, apudquem falsum deposuerit.

Altera sententia est, puniri quidem Clericum posse à Iudice seculari, sed pecuniaria pœna, qoia eius persona nõ est Iudici seculari subiecta, sed res ipsius: sicut aliàs si temerè coram Iudice seculari Clericus litigauetit, iu expensas condemnatur, ita respondit Federicus Senensis, cousi. 93. Factum tale est Gulielmus de Bened. in 1. parte repet. c. Rayoucius, in verbo, & vxorem, nu. 434.

Tertia verior & communiot sententia est, nõ posse à Iudice seculari Clericum puniri, nec in persona, nec in ære, Vide Couar. Pract. quæst. cap. 18. num. 8. Afflictum decis. 330. Clarum quæst. 38. vers. Sed hic quæro, Farinacium, plurimos alios citaotem, de Inquisitione quæst. 8. num. 26.

Fundamentum solidum ac firmum est, *quia nullus* Clericus distringi & condemnari debet à Iudice seculari, c. Si diligenti, de foro comperen. c. 1. de clericis coniug. lib. 6. Authen. Statuimus, C. de Episcopis & Clericis.

Ad l. Nullum, respondeo, de alijs fori præscriptionem habentibus eam accipieodam esse, qoia Clerici exempri sunt à Iurisdictione laicorum, tam Iure Canouico quàm Ciuili; quod exemptionis priuilegium non abstolit, nec aoferre voluit Imperator Zeno.

Nõ obstat quod de rebus Clericorum dicitur, quia nec iure id probatur: Et hic personæ delictũ spectari debet, quia Clericus etiamsi pœna multetur pecuniaria, tamen infamiam incurrit propter condemoationem, & grauem pœnam, quam infligere Iudex secularis non potest, cùm Clerici personam distriogere & condemnate non possit.

CAPVT XXVIII.

An Clericus, qui dimisso habitu Clericali immiscet se enormitatibus puniri possit à seculari Iudice, etiamsi à Prælato suo non fuerit ter monitus.



CLericum amittere priuilegium fori, atque adeò puniri posse à Iudice secolari, si dimisso Clericali habitu immiscuerit se enormitatibus (sic loquuntur nostri, id est, homicida, furta, vel alia grauia crimina commiserit) licet trina monitio non præcesserit Ordinarij siue Prælati ipsius, respondit latè Alexandet de Neuo, in cons. 59. & hanc esse magia com-
B munem sententiam, & consuetudine approbatam testatut Clarus quæst. 36. vers. Quæro modo, Bossius de foro competenti, num. 139. Cassaneus in Consuetudine Burgondiæ, Rub. 1. §. 5. num. 55. & alij quos Farinacius citat tit. de Inqnisitione, q. 8. nu. 54.

Argumenta sunt ista. Primum ex ca. Perpendimus, de sentent. excommunicat. vbi, *qu. dã Sacerdos pro eo quod se filiũ Regis falsò nominare præsumpsit, & armis acceptis seditionẽ fecit, à Comite iussus est fustigari; qui postea eius mandato traditus patibu'o, exp rau t.* Et S. Poutifex respondit, quia ralis Sacerdos *nõ propulsando, sed inferendo iniuriam fuit occisus, non v detur nobis quod interfectores eius propter hoc ad obtinendam absolutionem Apostolicam sedem adire cogan ur,* &c.

Et licet videatur S. Pontifex loqui de Excommunicatione Canonis, *Si quis suadente diabolo*, 17. q. 4. tamen Respondent huius sententiæ autores, illud Rescriptum pertinere etiam ad prioilegiũ fori, primò,
C ex illis verbis quibus dicitur, eum Clericum à Comite iussum fuisse fustigari, & mandato eiusdem patibulo traditum, expirasse. Hæc enim iudicialiter fiũt: Ergò ille Clericus amiserat fori priuilegium, quia Comes erat laicus. Secuudò, quia si permissum est laicis, talem Clericum occidere citrà pęnam excommunicationis, multò magis permissum Iudici videtur eum legitimè, & causa cognita per sententiam, morti adiudicare.

Secundum argumentum est ex c. 1. de Apostatis, vbi Alexander III. *Præterea Clerici qui relicto ordine Clericali & habitu suo, in apostasia tanquam laici conuersantur; si in criminibus comprehensi teneantur, per censuram Ecclesiasticam non præc pimus liberari.* Hoc in loco nulla fit mentio trinæ monitionis quæ præcedere debeat, sicut nec io d.c. Perpeodimus.

Tertiũ est ex c. Ex parte, 27. de priuileg. vbi Hono-
D rius III. Anglorũ Reginæ ita rescripsit: *Ex parte tua fuit propositũ, quod nonnulli literatĩ quos nec habitus nec tõsura Clericos profitentur, in terra tua iurisdictioni subiecta degentes, cũ deprehẽduntur in aliquibus foris factis, vt iurisdictionẽ tuam eludãt, & debitam pro delictis vltionem euadant; assumunt, seu etiam resumunt tõsurã abiectam, seu habitũ Clericalẽ, licet antè pro laicis ab omnibus haberẽtur. Ne igitur tõsura vel habitu sic resumpto malitia foueatur; si tuã iurisdictiõnẽ exerceas in eiusmodi delinquẽtes, qui sine tõsura & habitu in delicto fuerint deprehensi, æquanimiter duximus tolerandũ: cùm malitiis hominum indulgeri non debent, sed potius obuiari.*

Sed contrariam sententiam, omitum trinam monitionem requiri, vt priuilegium clericale in proposita facti specie amittatur, secuti sunt Io. Andr. & Antonius Butrius in d. ca. Perpendimus, de sent. excomm. Cooar. Pract. q. cap. 32. nu. 2. Alexander cons. 8. lib. 1. Rolandus à Valle, cons. 4. nu. 31. li. 1. Follerius pract. crim. vers. Audiantur excusatores, nu. 47. Alios citat Farinacius luco annotato.

Argu-

Argumenta ſunt iſta, Primùm ex c. In audientia, 25. de ſentent. excommun. ibi. *Huiuſmodi clerici ſi à prælatis ſuis tertiò commoniti militaria noluerint arma deponere de priuilegio clericorum, ſubſidium aliquod habere non poſſunt.*

Secundùm ex cap. vlt. de vita & honeſt. cleric. ibi. *Mandamus quatenus ſi tales tertio à te cõmoniti ab huiuſmodi non reſipuerint, ſed prætermiſſis diuinis officiis negotiationibus inſtituerint ſupradictis, cum ea facto priuilegium abiiciant clericale,* &c.

Tertiùm argumentum eſt ex cap. Contingit 45. de ſenten. excommun. in illis verbis: *Verùm quia priuilegium meretur amittere, qui permiſſa ſibi abutitur poteſtate, ac fruſtrà legis auxilium inuocat, qui committit in legem: volumus & mandamus, vt tales ſi tertiò à te commoniti ſe ipſos contempſerint emendare, illius efficiantur immunitatis extorres,* &c.

Quartũ eſt ex c. 1. de vita & honeſtate clericorum, lib. 6. ibi. *Et tertiò moniti non reſipuerint, careant omni priuilegio Clericali.*

Alij diſtinctionem adhibent inter Clericos in ſacris conſtitutos, & Clericos in minoribus ordinibus poſitos, iſtos priuilegium Clericale amittere abſque trina monitione dicunt, illos non item, vt tradit Couar. loco ſuperiùs annotato.

Sed præterquam quod nullo iuris teſtimonio confirmari hæc diſtinctio poteſt, repugnat quoque verbum, *Sacerdos*, quod habetur in d. c. Perpendimus.

Ego, vt paucis me expediam, poſteriorem ſententiam, quæ trinam requirit monitionẽ, probabiliorem eſſe iudico: quia nimis clara ſunt teſtimonia, quę pro eius confirmatione allata ſunt.

Ad argumenta prioris ſententię ita reſpondeo. Qđ attinet ad c. Perpendimus, de ſent. excom. reſpondeo, reſcriptum S. Pontificis ibi hoc tantùm velle, quod interfectores Sacerdotis & Apoſtolicam ſedem adire non cogantur, ad obtinendã abſolutionem: Sic enim verba expreſsè ſonant, & rationem adfert textus, quia *talis Sacerdos non perpulſando, ſed inferendo iniuriam fuit occiſus.*

Non obſtãt illa verba, quibus dicitur, Sacerdotem illum à Comite iuſſum fuiſſe fuſtigari, & in patibulo expiraſſe: quoniam hæc non fuerunt iudicialiter, & iudiciorum ordine ſeruato acta: neque ratio dubitandi in eo poſita erat, quod Comes qui laicus erat, de crimine Sacerdotis cognoſcere, illudque punire voluerit; ſed an propter violentas manus in Clericum iniectas in excommunicationem incidiſſet, à qua non niſi per Sedem Apoſtolicam abſolui poſſet, iuxta c. Si quis ſuadente diabolo, 17. q. 4. & reſpondit S. Pontifex nõn incidiſſe, nec propter hoc cogi Sedem Apoſtolicam adire.

Non obſtat quod dicebatur, eandem immò etiam maiorem rationem eſſe in Iudice, qui ſecundùm iuris ordinẽ de tali crimine Sacerdotis cognoſcit: quia id meritò negari poteſt. Etenim cùm Clericus iniuriam infert, ſeditionem excitando, & bellum contra Principem vel dominum alium ſecularem (ſicut accidit in illa facti ſpecie) non eſt tempus, nec occaſio remittendi Clericum ad ſuum Iudicem, vt ibi puniatur, ſed ſi dominus eũ occiderit, excuſatione aliqua dignus eſt; quantum ad hoc ſaltem, vt non incidat in excommunicationem, c. Si quis ſuadente. Sed Iudex & Magiſtratus ſecularis commodè & facilè poteſt Clericum delinquentem ad ſuum ordinarium Iudicem remittere: nec enim ipſe Iudex in vllo diſcrimine vitæ & honorum ſuorum eſt conſtitutus, ex Clerici delictis & criminibus, Sicut in altero caſu ſupradicto, quare eũ remittere debet ad ſuum Iudicem puniendum, niſi à priuilegio Clericali ceciderit: Cadit autem à priuilegio Clericali cùm tertiò monitus à prælato ſuo non emendat ſe.

Ad c. 1. de Apoſtatis, reſpondeo, non hoc in eo textu contineri, quod nunc in controuerſiam venit, nimirum, Clericum amittere priuilegium Clericale, ſine vlla monitione, ſi fuerit in criminibus comprehenſus ſine habitu & tonſura Clericali. Sed ait S. Pontifex, eos *per cenſuram Eccleſiaſticam non præcipimus liberari.* Non vult S. Pontifex ei ſuccurrere vt liberetur: *Indignum eſt enim eis ab Eccleſia ſubueniri, per quos conſtat in Eccleſia ſcandalum generari,* cap. 2. Ne Clerici vel Monachi, &c.

Vtrum autem ij, qui talem Clericum comprehendunt, & manus violentas in eum iniiciunt, excommunicationem incurrant, non decidit eo in loco S. Pontifex. Non vult tales Clericos iuuare, non tamen permittit ibi ſecularibus eos apprehendere tanquam exutos omni priuilegio Clericali. Nam ſi exuti eſſent omni Clericali priuilegio, hoc dixiſſet S. Pontifex, & nulla fuiſſet ratio dubitandi, an per cenſuram Eccleſiaſticam eſſent liberandi. Ratio autem dubitandi erat, quia retinebant adhuc priuilegium Clericale, cùm fortè ter moniti non fuiſſent, ſed tamen S. Pontifex reſpondit, *per cenſurã Eccleſiaſticã non præcipimus eos liberari,* quia ſcilicet indigni ſunt, quibus ab Eccleſia ſubueniatur: ſi nõ potuiſſet Eccleſia eis ſubuenire propter amiſſionẽ priuilegij, quia ſcilicet Iudicis ſecularis poteſtati prorſus ſubiecti eſſent, id S. Pontifex dixiſſet, & nulla fuiſſet ratio dubitandi, atque *implorandi* Eccleſiaſticæ cenſuræ.

Ad c. ex parte, de priuilegijs reſpondeo, nulla ibi monitione opus fuiſſe, propter malitiã Clericorum, qui vt delictorum pœnas euaderent, habitum & tonſuram Clericalem ſumebant, & reſumebant, Eos à Regina puniri æquo animo S. Pontifex tulit, vt non videretur malitiæ Clericorum indulgere, ſed potius vt par erat obuiare, quod proinde nõ temere trahendum erit ad alios caſus diuerſos.

CAPVT XXIX.

Clericus propter enormiſſimum crimen an ſit degradandus, & tradendus Curiæ ſeculari, licet incorrigibilis non ſit.

Clemens III. Pontifex Max. *A nobis fuit ex parte tua quæſitum, vtrum liceat Regi vel alicui ſeculari perſonæ iudicare Clericos cuiuſcunque ordinis, ſiue in furto, ſiue in homicidio vel periurio, ſeu quibuſcunque fuerint criminibus deprehenſi: Cõſultationi tuæ taliter reſpõdemus ꝙ ſi Clericus in quocũq; ordine cõſtitutus in furto, vel homicidio, vel periurio ſeu alio crimine fuerit deprehenſus, legitimè, atque conuictus, ab Eccleſiaſtico Iudice deponendus eſt. Quòd ſi depoſitus incorrigibilis fuerit, excommunicari debet, deinde contumacia creſcente anathematis mucrone feriri: Poſtmodum verò ſi in profundum malorum veniens contempſerit, cùm Eccleſia non habeat, vltra quid faciat, ne poſſit eſſe vltra perditio plurimorum, per ſecularem comprimendus eſt poteſtatem, ita quod ei deputetur exilium, vel alia legitima pœna inferatur,* ca. 10. de Iudicijs.

Antequã ergo tradatur Curiæ ſeculari, hoc requiritur, vt ſit incorrigibilis. Sed excipiũtur aliqui caſus, in quibus Clericus tradi poteſt curiæ ſeculari; licet incorrigibilis non ſit; vt in crimine hæreſis, c. Ad abolendam, de hæret. in falſante literas Apoſtolicas, cap. Ad falſariorum, de crim. falſi, & in crimine aſſaſſinij, cap. 1. de homicidio, lib. 6. de quo reſpondit D. Tib. Decianus conſil. 82. lib. 2. Rectè ergo & Iuri Canonico conuenienter ij mihi dicere videntur, qui dicunt extra caſus exceptos Clericum non eſſe tradendum Curiæ ſeculari, niſi ſit incorrigibilis, quamuis enormiſſimum crimen admiſerit. Ita docuerunt Decius, in c. At ſi Clerici, circa finem, de iudicijs. Berous ibidem.

ibidem, num. 181. Diaz pract. Crim. cap. 90. Bossius tit. de foro competenti, num. 136. Placa, in Epitome delictor. lib. 1. cap. 22. num. 43. Couar. lib. 2. Variar. resolut. cap. 20. nu. 7. Vilalobos, ver. Clericus, nu. 82. Bonacossa Commun. opin. lib. 1. ver. Clericus, si per insidias.

2 Sed contrarium docuerunt Abbas Panorm. in d. c. At si Clerici, num. 39. de iud. Ancharanus consil. 158. Felin. in c. 1. nu 49. de constit. Guido Papæ q. 121. alios citat Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 8. num. 81. vbi post Clarum, & quosdam alios remittit hanc rem arbitrio Iudicis: quod mihi non placet, cùm à iure id decisum sit, vt patet ex d. c. 10. de Iudicijs, & ex alijs textibus allegatis.

Huius contrariæ sententiæ argumenta sunt ista. Primùm est, Clericus tradendus est Curiæ seculari, quando Ecclesia non habet vltrà quid faciat, vt inquit S. Pontifex in d. c. 10. de iud. Sed Ecclesia nihil habet, quid faciat in tam enormi crimine, quia non habet vllam pœnam dignam, Ergo Clericus tradendus est Curiæ seculari.

Respondeo, tunc dicitur Ecclesia non habere quid vltrà faciat, quando adhibuit omnia remedia, vt corrigeretur, & Clericus incorrigibilis est, ita loquitur d. c. 10. Hoc igitur in casu habet Ecclesia quod faciat, nimirum, vt Clericum in carcerem conijciat, cap. Vt famæ, de sent. exc. c. Nouissimus, §. 1. de verb. sign. Item, vt eum deponat, vt in d. c. 10. postea si erit incorrigibilis, tradetur Curiæ seculari puniendus.

Secundum argumentum est, quia tunc traditur Curiæ seculari, cùm periculum est, ne sit perditio plurimorum, vt dicit textus in d. cap. 10. Sed quando Clericus tam graue scelus committit, periculum tale est, Igitur tradendus est Curiæ seculari.

Respondeo, negando maiorem, quia non est tantùm periculum, sicut quando Clericus est incorrigibilis. Nam potest fieri vt post facinus admissum pœnitentiam agat & resipiscat: quæ spes non ita affulget, vbi in profundum malorum venit, & factus est incorrigibilis.

Tertium argumentum, quia ob crimen falsi tradi potest Curiæ seculari, vt in d. cap. Ad falsariorum, de crimine falsi, Ergo multò magis ob aliud crimen grauius.

Respondeo, negando consequentiam: licet enim alia crimina multa sint grauiora quàm falsi crimen, non tamen in eis quicquam speciale constitutum est: nec licet nobis constituere; quia odia sunt restringenda potiùs quàm amplianda. c. Odia, de reg. iuris, lib. 6. & interpretatione leniendæ sunt pœnæ, quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Quartum argumentum sumitur ex cap. Nouimus, de verborum signific. ibi: *Propter hoc vel aliud flagitium graue*, &c.

Respondetur, accipienda esse illa verba de flagitio graui, propter quod aliàs iure constitutum est, Clericum esse degradandum, & Curiæ seculari tradẽdum: Neque enim ibi noui aliquid statuitur: sed tantùm explicatur, quomodo tradendus sit Clericus Curiæ seculari & degradandus. Aut certè illa verba accipienda sunt, data incorrigibilitate, secundùm tex. in d. cap. 10. de iudic.

Quintum argumentum sumitur ex cap. Si quis laicus, 22. q. 5. sed intelligitur, si Clericus sit incorrigibilis, vt indicant illa verba: *Nisi per dignam pœnitentiæ satisfactionem emendauerit*, quæ proculdubio etiam ad Clericos, de quibus postea fit mentio, extendenda sunt, ne melioris sint conditionis Laici, quàm Clerici.

Cætera argumenta pauca sunt & leuia, quæ rectè refellit Decius in d. c. At si Clerici.

D. Præceptor meus Tiberius Decianus in cons. 82. lib. 2. mentionem facit Constitutionis cuiusdam Pau-
A li III. Pontificis Maximi, qua concedit licentiam Iudicibus secularibus (assistente tamen etiam Iudice Ecclesiastico) cognoscendi crimina Clericorum atrociora. Sed eam Constitutionem non vidi, quæ proculdubio seruanda erit, si extat.

CAPVT XXX.

Vsurarum crimen, an sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori?

CVm quæritur, an vsurarum crimen sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori, tam videlicet Ecclesiastici, quàm Secularis, tres præcipuæ sunt Doctorum sententiæ. Vna, merè Ecclesiasticum esse. Altera, mixti fori esse. Tertia, distinguendum fore inter quæstionem iuris & facti, nam
B quæstionem iuris à solo Ecclesiastico Iudice decidendam, quæstionem verò facti decidi posse etiam à Iudice Seculari. Vide Glo. & Doctores, in cap. Cùm sit generale, de foro compet. & in Clem. Dispendiosam, de iudic. Nattam cons. 198. num. 25. Rolandum à Valle, cons. 75. lib. 1. Beroum cons. 207. nu. 19. lib. 3. Federicum Senensem cons. 96. Decium cons. 18. Lupum allegatione 56. & 70. Clarum §. Vsura, vers. Inferiur, & vers. Hoc crimen, & q. 37. vers. Quæro igitur, Couarr. in Epitome, de sponsalib. 2. parte, cap. 8. nu. 5. & lib. 2. Variarum resolut. c. 3. Cacheranum decis. Pedemontana 137. Lupum in tract. de Vsuris, Comment. 4. § 4. num. 66. Menochium, De arbitr. casu 398 num. 41. Nauarrum ad c. Nouit, de Iudicijs, not. 6. Corolario 12. plurimos alios citat Farinacius, diligentissimus autor, tit. de Inquisitione, q. 8. num. 134. 135.

Fundamentum eorum qui docent, merè Ecclesiasticum esse, primò est in Clem. Dispendiosam, de Iud.
C vbi cognitio & caussa vsurarum connumeratur inter alias caussas Ecclesiasticas. Secundò, in quibusdam textib. Iuris Canonici, quibus hæc res mandatur Iudicib. Eccles. c. 1. & 2. & c. Præterea, de vsuris. Tertiò, quia Iure Ciuili vsuræ non sunt prohibitæ, nisi modus à lege præscriptus excedatur, l. Eos, & toto tit. C. de vsuris.

Alterius autem sententiæ, quæ defendit crimen istud esse communis fori, fundamentum est in c. Post miserabilem, de vsuris, vbi S. Pontifex Secularibus Iudicibus mandat, vt de vsuris iudicent. Secundò, quia nullus textus Iuris Canonici proferri potest, quo eiusmodi cognitio Secularibus Iudicibus fuerit interdicta: nec vlla suppetit ratio, cur interdici debeat. Tertiò, quia nouo iure Iustiniani videntur etiam prohibitæ vsuræ, ex Nouella de Ecclesiasticis titulis, Quatenus, ibi Iustinianus quatuor Concilia approbauit, qui-
D bus vsuræ prohibentur.

Tertiæ porrò sententiæ fundamentum est, quia vbi quæstio facti est, ibi nihil impedit Iudicem secularem, quò minus cognoscat, cùm longè remotum sit factum ab Ecclesiastico iure ac spirituali, secus vbi quæstio iuris vertitur, quia illa Ecclesiastica est, & ad animæ salutem pertinet, quamobrem videtur etiam ab Ecclesiastico Iudice definienda.

Ego magis probo sententiam eorum, qui dixerunt, quæstionem hanc mixti fori esse, eamque seruari vidi in locis, in quibus versatus sum: quia etiam Principes seculares puniunt vsurarios, & meritissimo iure. Rectè enim S. Gregorius Nissenus homil. 4. in Ecclesiastem: *Fœnus qui aliud latrocinium & patricidium nominauerit, non procul ab eo, quod decet, aberrauerit. Quid enim refert, an clanculum perfossis muris prædonis more aliena habens, & prætereuntis cadere eorum, quæ habeat dominum constituas: an fœnoris necessitate acquiras ea, quæ ad te non pertinent?*

Mouet autem me potissimum, quod etiam iure ciuili

uili ſaltem tacitè prohibitæ ſunt vſuræ, quia Iuſtinianus in Nouella de Eccleſiaſticis titulis, ſeruari iuſſit decreta Concilij Nicæni, in quo vſuræ prohibitæ fuerunt, vt refertur in cap. Quoniam, 47. diſtin. Si enim prohibentur Iure Ciuili, cur non & Magiſtratus ſecularis, qui iuris ciuilis cuſtos eſt, & executor punire inobedientes poterit, atque adeò cognoſcere cauſſam vſurariæ prauitatis?

Non obſtat quod dicitur quæſtionem vſurarum referri inter Eccleſiaſticas cauſſas & quæſtiones: & Iudices Eccleſiaſticos de eis cognoſcere, quoniam non negamus, etiam ad Iudices Eccleſiaſticos cognitionem iſtam pertinere, quia dicimus mixti fori eſſe, & Non eſt Iure Canonico huius rei cognitio prohibita ſecularib. Iudicibus. Non eſt merè Eccleſiaſtica quæſtio, & hoc ſufficit, vt & ad ſeculares Iudices pertinere quoque videatur.

CAPVT XXXI.

De Clerico & Laico ſimul crimen committentibus, an ab Eccleſiaſtico Iudice ambo puniendi ſint & iudicandi, an quilibet à ſuo Iudice.



ANtiqua, celebris, & ſæpè agitata controuerſia eſt, an ſi Clericus & Laicus ſimul commiſerint aliquod delictum, ambo à Iudice Eccleſiaſtico iudicandi ſint, atque puniendi, an verò quilibet à ſuo Iudice.

Ad Eccleſiaſticum Iudicem duntaxat totam huius cauſſæ cognitionem pertinere, docuiſſe dicitur olim Antonius de Prato, quem non legi, in l. 1. ff. quæ ſentẽt. ſine appell. reſcind. & hanc ſentẽtiam ſecuti ſunt complures alij, quos commemorat Menochius de arbitr. caſu 371. num. 13. Illuſtriſſimus Cardinalis Albanus conſil. 13. & alij à Farinacio nouiſſimè citati, tit. de Inquiſitione, q. 8. num. 151.

Sed contrariam ſententiam plurimi alij habuerunt, vt percipere licet ex Didaco Couar. Pract. Quæſt. cap. 34. Aymone Crauetta, conſil. 232. Oſaſco deciſ. Pedemontana 103. num. 10. Anton. Gomeſ. tit. de Delictis, cap. 10. num. 6.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia Iudex Eccleſiaſticus eſt dignior: & ideo trahit ad ſe Iudicẽ Laicum, tanquam minus dignum: Et quia ratione communionis multa ſunt conſtituta, quia aliàs non permitterentur, cap. Per tuas, de arbitris. cap. Quanto, de iudic. c. Quod in dubijs, de conſecrat. Eccleſ. cap. Sacris, de ſepult. cap. Non eximemus, 13. q. 2. l. Quæ religioſis, ff. de rei vind. l. Si alieni, ff. de ſolut. l. Si communem, ff. Quemadmodum ſeruit. amittat. l. Eum qui ædes, ff. de vſucap.

Huc accedit continentiam cauſſæ diuidendam non eſſe, l. Nulli, C. de iud. Quod fieri videtur, ſi Iudex Eccleſiaſticus & ſecularis ſeparatim cognoſcant.

Denique fieri poſſet, vt diuerſæ proferantur ſententiæ in vno eodemque negocio, ſi diuerſi Iudices conſtituantur: Quod abſurdum videtur.

Sed profectò, fundamentum hoc non videtur ſatis firmum. Primò, quia tex. in cap. Per tuas, de arbit. nihil aliud dicit, niſi cauſſæ ſpiritualis arbitrum conſtitui poſſe Laicum ſimul cum Clerico. Cætera iuris Canonici loca nihil prorſus ad hanc quæſtionem conferunt. Iuris ciuilis loca loquuntur de rebus indiuiduis: de quibus hic non agitur. Conſequentia illa bona non eſt. Dignior eſt Iudex Eccleſiaſticus, Ergo tãtùm ipſe cognoſcere debet. Bona eſſet collectio, ſi vnus tãtùm Iudex hac in re conſtituendus eſſet, vel Eccleſiaſticus, vel ſecularis, tunc potius Eccleſiaſticus, tanquam dignior, eligendus foret: ſed non verſamur in his terminis: Nihil enim prohibet, quò minus vterq; Iudex

A cognoſcat: Eccleſiaſticus quantum ad perſonam Clerici: ſecularis quantum ad perſonam Laici.

Continentia cauſſæ hic nulla eſt: quia diuerſæ ſunt perſonæ delinquentes, l. Item Mella, §. Sed & plures. l. Ita vulneratus, in fine, ff. ad l. Aquil. nec alterius cauſſa & perſona alteri annexa eſt: Neque de his rebus agitur, de quibus ad eundem Iudicem eundum ſit, ſecundùm l. 1. & 2. ff. de quibus rebus ad eundem Iudicem eatur.

Abſurdum verò nullum eſt, diuerſas proferri ſentẽtias, cùm de cauſſa agatur diuerſarum perſonarum, vt patet ex c. Interrogatum. 2. q. 5. ex l. Si quis vxori, in principio. ff. de furtis, ex l. Probius, ff. de incendio, ruina, naufragio.

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in Iuris Regula notiſſima, quæ mandat Eccleſiaſtico Iudici cognitionem cauſſarum Clericorum, & ſeculari Iudici Laicorum. c. Clerici, c. Cùm ab homine, de iudic. cap. 2. c.
B Si diligenti, de foro compet. c. Si Clericus, cap. Licet, eodem tit.

Hoc fundamentum videtur mihi firmiſſimum: quare nihil proponi video, cur à Iuris Regula in hac facti ſpecie recedamus, quam poſterior ſententia pro ſe habet apertam.

CAPVT XXXII.

Pœnæ conſtitutæ in l. Quiſquis, C. ad legem Iuliam Maieſtatis, an locum habeant in eis qui Principes inferiores offendunt.



DE crimine læſæ Maieſtatis quinque ſunt præcipuæ atque celebriores controuerſiæ quas totidem capitibus expediam, Iu-
C ſtinianeum ius, non cuiuſque Principis leges ſequendo, vel mores. Prima eſt, an pœnæ conſtitutæ in l. Quiſquis, C. ad legem Iuliam Maieſtatis, locum habeant in eis qui Principes inferiores lædere conantur, aut etiam offendunt. Sunt quatuor Doctorum ſententiæ diuerſæ. Prima eſt, locum habere. Secunda, locum non habere. Tertia, diſtinguendum inter inferiores Principes, qui ſuperiorem recognoſcunt, & eos qui non recognoſcunt. Quarta, diſtinguendum eſſe inter ipſum delinquentem, & filios eius: Quo ad ipſum delinquentem, pœnæ locum fore, ſecus autem quoad filios eius. Videas Clarum, in §. læſæ Maieſtatis. Rolandum à Valle conſil. 88. lib. 2. Petrum Gregorium Tholoſanum Syntagmate Iuris, par. 3. lib. 35. cap. 3. celebre conſilium Socini ſenioris 275. lib. 2. Gomeſ. tit. de Delictis, cap. 2. Gigantem in ſuo tractatu in 1. par. q. 29 & q. 61. Cepolam conſil. 17.
D Menochium conſil. 99. Marcum Antonium Peregrinum, de iure fiſci, lib. 4. tit. 5. nu. 24. iſti plurimos alios citant, ex quibus autorum catalogum conficere quis poterit pro ſuo arbitratu.

Qui putant locum habere eaſdem pœnas in propoſita facti ſpecie, in hanc ſententiam adducuntur duobus potiſſimum argumentis. Primum eſt, quia huiuſmodi pœnæ conſtitutæ ſunt aduerſus eos, *qui de nece virorum illuſtrium, qui conſilijs & conſiſtorio Imperatoris interſunt: Senatorum etiam vel cuiuſlibet, poſtremò qui Imperatori militat, cogitauerit.* d. l. Quiſquis, Ergo multò magis locum habere debent aduerſus eos qui de nece Principum inferiorum cogitauerint, quia iſti digniores ac nobiliores eſſe videntur, quàm Senatores & Conſiliarij Cæſaris.

Verùm hoc argumentum nihil mouet. Nam dato quod ſint digniores, pœna tamen extendi non debet ad eos, qui lege non ſunt comprehenſi. Lex enim eam pœnam ſtatuit, quia is qui de nece talium virorũ cogitat, Imperatorem ipſum offendit, *nam & ipſi,* inquit,

Pars corporis nostri sunt, in d.l.Quisquis. Hæc autem ratio locum non habet in alijs Principibus, qui Consistorio Imperatoris non intersunt, nec Imperatori militant: Neque enim ij pars corporis eius dici possunt.

Alterum argumentum est, quia Principes inferiores in sua ditione idem ius eandemque potestatem habere videntur, quam Imperator in suo Imperio. Ergò, si quis eos offenderit, idem crimen committit, ideoque eandem pœnam subire tenetur.

Sed vt antecedens concedatur, negari meritò consequens potest: quia lex clara est: de crimine læsæ Maiestatis loquitur commisso aduersus Imperatorem, & Consiliarios, & Senatores eius, eosque qui ipsi militant Imperatori: Isti autem nec tantam habent dignitatem, quantam Imperator habet; nec ipsius Maiestati æquiparandi sunt: nec Imperatoris sunt Consiliarij, vel Senatores, nec ei militant.

Fundamentum eorum qui distinguunt inter Principes Superiorem recognoscentes & non recognoscentes, in eo est positum, quod in Principibus qui Superiorem non recognoscunt, argumenta iam allata locum habere videntur, non autem in eis qui Superiorem recognoscunt, quia horum status & maiestas longè minor est.

Sed vt maximè sit verũ, quod asseritur discrimen, non tamen rectè infertur easdem pœnas locum habere, cùm agitur de crimine commisso in Principes qui Superiorem agnoscunt: quia vt iam dictum est, argumenta illa facilè possunt confutari.

Eorum autem qui distinguunt inter ipsum delinquentem & liberos eius, firmamentum est: quia quantum ad filios attinet, seuera valdè ac rigoris plena est lex, cùm filij non deliquerint: & pœna suos autores tenere debeat, l.Sancimus, C.de pœnis (qua lege corrigi, l.Quisquis, docuit Budæus, & malè, sicut ostendit Duarenus lib.2. Disputationum, cap.24.) Quam ob rem non videtur ad alios casus extendenda, qui eadem lege comprehensi non sint.

Hæc sententia in hac parte summam habet rationem: sed in altera parte, quæ ad personam delinquentis pertinet, nullo satis firmo nititur argumento.

Ergò eorum sententia probabilior videtur, qui negãt pœnas dictæ l.Quisquis, locum habere in eis, qui crimen committunt aduersus inferiores Principes. Hanc sententiam ego amplector, & secutus sum, cùm ex facto res proponeretur. Fundamentum est solidum, quia d.l.Quisquis, non loquitur de his Principibus: Nostrum non est leges extẽdere ad diuersas personas & casus: præsertim in odiosis & pœnalibus. Hic que maximè adferri potest vulgatum illud: *Quod lex non dicit, nec nos dicere debemus.* Nouam legem cõdere, non veterem interpretari videbimur, si eam sic nostra interpretatione ad alios producamus, de quibus ea non statuit. Ita iuri consentaneum puto, saluo melius ac æquius sentientium iudicio.

CAPVT XXXIII.

Quando ob Crimen læsæ Maiestatis, memoria defuncti damnari possit?



VLpianus: Extinguitur enim crimen mortalitate, nisi quis forte Maiestatis crimine reus fuerit, &c. *Planè non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadẽ conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo aduersus Rempub vel Principẽ animatus. Caterùm, si quis ex alia caussa* legis Iuliæ Maiestatis *reus sit, morte crimine liberatur.* l.vlt.ff.ad l.Iul.Maiest. Idem in §. Publica, in Institut.de pub.iudic.

Igitur non rectè docuerunt, qui defuncti memoriam damnari responderunt, ob crimen commissum

A in alios Principes inferiores, veluti Cepolla consi.17. Betous consi.61.lib.1.& alij, quos refert Peregrinus, de iure fisci, lib.4.tit.5.post nu.26.quia nulla est Lex, tale aliquid dicens. Nulla ratio suppetit. Iuris regula obstat. Nec odia extẽdi oportet, sed potius restringi.

Non rectè etiam illi, qui id locum habere voluerũt eos, qui crimen admiserunt in Principem vel Rempub.nemini subiectam, quorum mentionem facit Peregrinus vbi suprà, num.24.quia nulla Lex est, nulla ratio hoc suadet.

Non etiam rectè qui dixerunt, defuncti posse memoriam damnari, quia aduersus Officiales Cæsaris deliquit, eiusque Magistratus: quia non est Lex hoc statuens. Non enim hoc euincit l.Quisquis, C.ad l.Iul. Maiestat. quia non rectè infertur. Alias & grauiores pænas statuit, Ergò & defuncti memoriam posse damnari. Notãda enim est l.pen.eodem titulo: *Meminisse oportebit, si quid contra Maiestatem Imperatoris com-*
B *missum dicatur, etiam post rei mortem id crimen instaurari solere.* Idem in l.vlt. Nullum verbum de offendentibus Officiales & Magistratus, ibi: *sed de his qui contra Maiestatem Imperatoris crimen committunt.*

Non mouet Henrici Constitutio in Extrauag. Qui sint rebelles, quia hoc tantùm vult, rebelles esse qui contra Officiales in his quæ ad commissum eis officium pertinent, aliquid moliuntur. Sed nihil dicitur de memoriæ damnatione.

Rectè igitur docuerunt & iuri conuenienter qui dixerunt, in istis duobus casibus tantùm defuncti memoriam damnari posse, cùm quis contra Imperatorem, vel Remp. hoc est, Romanum Imperium, hostili animo fuerit animatus, vel aliquid machinatus. Bartolus in Extrauag. Qui sint rebelles, in verbo Rebellando. Angelus consil.223. Socinus senior cons.275. li.2.Decius consil.410.nu.26. alios citat Peregrinus,
C li.4.de iure fisci, tit.5.num.27.quibus adde Andream Geyll.lib.1.de Pace publica, cap.20.num.10. & cap.19.num.14.eod.lib.D.meum Decianum tract.criminali, lib.7.cap.39.num.38.

CAPVT XXXIV.

In casibus in quibus ob Crimen læsæ Maiestatis, defuncti memoria damnari non potest, an publicari bona possint?



REperit hanc Controuersiam Vlpianus, in l.vlt.ff.ad leg.Iul.Maiestat.sic dicens: *Extinguitur enim crimẽ mortalitate, nisi quis forte Maiestatis crimine reus fuerit. Nã nisi hoc crimẽ à successorib purgetur, hæreditas fisco vindicatur. Planè nõ quisq. legis Iuliæ Maiestatis reus est in eadem conditione: sed qui perduellionis reus*
D *est hostili animo aduersus Rempub. vel Principem animatus. Caterùm si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis reus sit, morte crimine liberatur*, iuncta l.vlt.C.eod.tit.dum ibi dicitur, *memoria eius damnetur, & eius bona successoribus eripiantur.*

Videntur his legibus hæc duo coniungi, defuncti memoriæ damnatio, & bonorum publicatio. Consequenter si defuncti memoria damnari nõ possit: nec eiusdem bona confiscari poterunt: hoc est, post delinquentis mortem confiscari non poterunt, ita hanc rem intellexisse videntur Angelus in cons.223. Ruinus cons.3.num.12.lib.5. Angelus Aretinus in §. Publica, num.3.Instit.de pub.iud.Isernia in c.1.tit. quæ sint regalia, in verbo, *Committentium*, col.pen.vers. Quæri consueuit. Cepolla cons.17.col.2.vers.Et ideo videtur. Hieron. Gigas de Crimine læsæ Maiestatis, lib.1.tit.Qualiter, in crimine læsæ Maiestatis procedatur, q.20.nu.5.Rolandus à Valle cons.1.nu.22.li.3

Con-

Contrarium Menochius respondit in consil.99. num.52.cum multis sequentibus, lib.1.dicens, hæc, simul connexa non esse. Damnate memoriam scribit nihil aliud esse, quàm nomini perpetuam infamię notam inurere, plus esse damnare memoriam, quàm bona publicare, ideo non rectè sic inferri. Memoria damnari non potest, igitur nec bona publicari possunt: quia à maiori ad minus valet argumentum affirmatiuè, non autem negatiuè.

Sed pace tanti viri, Vlpianus loquitur de sola bonorum publicatione, & ait, *non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadē conditione est, sed qui perduellionis reus est*, &c. vt scilicet hæreditas fisco vindicetur, vt suprà dixerat. Sic & in l.20.ff.de Accusat. Modestinus scribit, pœnam ademptionis bonorum non transire aduersus hæredes, *excepto Repetundarum & Maiestatis iudicio, quæ etiam mortuis reis quibuscū nihil actum est, adhuc exerceri placuit, vt bona eorū fisco vindicētur.* Exercetur iudicium contra defunctum, non vt condemnetur (nec enim mortuus damnari potest) sed vt pronuncietur eum delictum commisisse: vt scilicet bona eius publicentur. Et hæc est procul dubio damnatio memoriæ defuncti, cuius fit mētio in l.vlt.C.ad l.Iul.Maiestatis, vt post alios quos citat, declarat Peregrinus de iure fisci lib.4.tit.5.num.43.

Cùm igitur Vlpianus in d.l.vlt.ff.ad legem Iuliam Maiestat. nullam aliam faciat mentionem damnationis memoriæ defuncti, quàm ratione confiscationis bonorum: Et expressè dicat, bona confiscari tantummodo eius, qui perduellionis reus est: nec contrarium dicatur in d.l.vlt.C.eodem tit. nō satis perspici potest, quo pacto bona confiscari possint, post mortem committentis crimen læsæ Maiestatis in alio capite, quàm perduellionis, quia in alijs capitibus morte crimen extinguitur: nec hæreditas fisco vindicari potest ex mente Vlpiani. Non video quid ad hæc responderi possit. Non enim nitimur eo argumento. Memoria defuncti damnari non potest: igitur nec bona confiscari possunt. Sed alio argumento vtimur. Morte crimen extinguitur, excepto crimine læsę Maiestatis, &c. ob quod etiam post mortem delinquentis iudicium inchoari potest, vt reo conuicto (vel vt Vlpianus loquitur, nisi hoc crimen à successoribus purgetur) hæreditas fisco vindicatur. Hoc autem accipiendum est in perduellionis reo, qui aduersus Principem vel Remp. hostili animo fuerit animatus: *Cæterum, si quis ex alia caussa reus legis Iuliæ Maiestatis sit, morte crimine liberatur.* Ergo extra crimen perduellionis, bona confiscari post mortem delinquentis non possunt. Ita mihi sanè videtur.

CAPVT XXXV.

Controuersia inter Dynum & Bartolum, an ob Crimen læsæ Maiestatis, ipso iure bona confiscentur?



IPso iure confiscari bona, in Crimine læsæ Maiestatis, olim docuit Dynus ad l. Imperator, ff.de iure fisci, cuius sententiam multi probarunt, Lucas de penna, in l.1. C. de petitio. bon. sublatis, Boerius decis.277.num.11. Iulius Clarus in §. Læsæ Maiestatis. Menochius cons.99.nu.160.lib.1. D. meus Decianus in tractatu criminali, lib.7.capit.40.num.6.

Fundamentum est in l.Ex iudiciorum 20.ff. de Accus. illis verbis: *Adeò vt Diuus Seuerus & Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquid ex his caussis crimē contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse.* Et in l.vlt.C.ad l.Iul.Maiest. in illis verbis *Nam ex quo sceleratissimum quis consilium cœpit, exinde quodam modo sua mēte punitus est. Sic & Diuus Seuerus & Antoninus constituerunt, ex quo quis tale crimē cōtraxit,* A *neque alienare, neque manumittere eum posse: nec ei solue re iure debitorem magnus etiā Antoninus rescripsit.* Et in l.Quisquis, C.eodem tit. ibi. *Bonis eius omnibus fisco nostro addictis.*

Sed contrarium docuit Bartolus in d.l. Imperator. ff.de iure fisci, quem secuti sunt Paulus Castrensis, Ludouicus Romanus, Baldus, Imolensis, Aretinus, Isernia, Bossius, Grammaticus, & Gigas, quos refert & sequitur Peregrinus de iure fisci, lib.5.tit.1. nu.171. Addo ego doctissimum iuxta & elegantissimum Doctorem Antonium Fabrum Coniecturarum Iuris libro septimo, cap.20. Isti docent huiusmodi crimen committērem amittere bonorum suorum administrationem, quia nec ea alienare, nec donare potest: nec seruos manumittere, sed dominium retinere, & ideo ipso iure bona ipsius non confiscari, sed condemnatoriam sententiam requiri: legesque pro confirmatione prioris sententiæ allatas de tali amis- B sione administrationis loqui, non autem de amissione dominij.

Fundamentum ponunt in l.Quæsitum, 15.ff.qui, & à quibus manumissi. Paulus: *Quæsitum est, an is qui Maiestatis crimine reus factus sit, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est? Et Imperator Antoninus Calphurnio Critoni rescripsit, ex eo tempore, quo quis propter facinorum suorum cogitationem, iam de pœna sua certus esse poterat, multò plus cogitatione & scientia delictorum, quàm damnatione interdanda libertatis eum amisisse.*

Respōdet D. Decianus, rationem quidem dubitandi fuisse, quia delinquens dominus est ante damnationem, sed rationem decidendi fuisse; *quia si post damnationem non poterat manumittere; quia scilicet nō erat dominus, ergo multò plus post cogitationem & conscientiā delicti, quia voluit inferre; si ideo per sententiā amittit dominium, quia iā certus est, quod est priuatus, quia* C *sententia facit notorium, ergo multò magis certum est ex propria sua conscientia, quæ falli non potest: Et sic coniungendo rationem dubitandi cum ratione decidendi, & decisione ipsa fateri necesse est, quòd sicut per dānationem amittit dominiū, ita & amittit antè postquā cogitauit delinquere: aliàs non fuisset soluta ratio dubitādi, quæ erat, quod ante condēnationē dominus est. Nā si voluisset dicere rationem decisionis esse, quia aliud est amittere dominium, aliud amittere administrationem, simpliciter dixisset manumittere non potest, licet dominus remaneat vsque ad sententiam.* Sic D.Decianus.

Mihi probabilior videtur posterior sententia. Primò, quia disertè Paulus scribit in d.l.Quęsitum, reum lęsę Maiestatis dominum esse ante damnationem. Ergò non sunt ipso iure bona confiscata, quia tunc dominus esset fiscus, non ipse reus læsæ Maiestatis.

Secūdò, quia si ipso iure dominium bonorum reus D læsæ Maiestatis amitteret: inanis esset dubitatio, an posset alienare, vel manumittere; nec erat opus ei bonorum administrationem interdicere.

Tertiò, nam sciendum est, post contractum crimen capitale, irritas fieri alienationes bonorum, si postea secuta sit condemnatio, quasi videantur factæ in fraudem fisci, cùm non sine suspicione pęnæ fieri possint: Et istud est quod Martianus scribit in l.8.ff.de Manumissio. Ex Rescripto diui Pij, *Libertas ab eo qui iā lege Cornelia damnatus esset, aut futurū prospiceret vt damnaretur, seruis datas non competere*, quia videlicet in fraudem fisci datæ videntur, condemnatione scilicet postea secuta: nam si condemnatio secuta non sit, donationes factæ valent, quæ est sententia, l.Post contractum, ff.de donation.

Hæc autem distinctio an secuta sit condemnatio, nec ne, locum non habet in Crimine læsæ Maiestatis: quia condemnatio semper fit etiam mortuo delinquente, cùm cætera crimina morte extinguantur: &

& hæc est sententia l.20.ff.de Accus.& l.vlt. C.ad l.Iul. Maiest. Hinc Papinianus: *Perfectæ donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum, cùm hæredes quoque teneat.* l.Donationes,31.§.vlt.ff.de donatio. Ex quibus perspici potest, eas leges non hoc velle, reum Criminis læsæ Maiestatis, ipso iure dominium bonorum suorũ amittere: sed administrationem, quia bona sua donare non potest: nec alienare: nec seruis libertatem dare. Ratio est: quia iam conscientia delinquentis eum certum facit, fore vt condemnetur: nec morte condemnationem euadere possit. Ergò in fraudem fisci bona sua alienare non potest, l.In fraudem, ff.de iure fisci, in terminis nostris textus expressus in l.Quisquis, §.Emancipationes, C.ad l.Iul.Maiest. ibi: *Quasi ex eodem tempore qualibet fraude*, &c.

Ex quibus responsio patet, tam ad leges pro sententia priore allegatas (nam earum sensus est quem dixi) quàm ad argumentum D.Deciani. Nam quod scribit Paulus in d.l.Quæsitum, 15.ff.qui, & à quibus manumissi, &c. *Ex eo tempore quo quis propter facinorum suorum cogitationem, iam de pœna sua certus esse poterat, multò plus cogitatione & scientia delictorum, quam damnatione eius danda libertatis eum amisisse*, hoc, inquam, Pauli responsum ex Imperatoris Antonini Rescripto, congruit cum eo Rescripto, cuius mentio fit in d.l.8. ff.de manumissio. *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret, vt damnaretur, seruis datas non competere.* In Crimine verò læsæ Maiestatis, reus prospicere semper potest se condemnatũ iri, quia etiam post mortem condemnatur memoria eius, & bona hæredibus auferuntur, vt in d.l.vlt.C.ad l.Iul.Maiest. in l.vlt.ff.eodem tit. & in d.l.20.ff.de Accus. Amittit enim reus bonorum suorum administrationem, ne in fraudem fisci ad quem peruentura sunt, aliquid agat, l.In fraudem, ff.de iure fisci. Sed antequam condemnatus sit, dominus est, vt in d.l.Quæsitum. Ratio enim dubitandi in ea lege est, quam dixi, non autem quia dominium reus criminis amiserit ante damnationem: quia si amisisset, nulla ratio dubitãdi erat, cur ei interdicta esset bonorum suorum administratio, ac serui manumissio.

Porrò, quòd Menochius d.cons.99.num.160. scribit ex d.l.20.ff.de Accus. non requiri sententiam condemnatoriam in crimine læsæ Maiestatis, quia textus dicit: *Non aliàs transeunt aduersus hæredes pœna bonorum ademptionis, quàm si lis contestata, & condemnatio fuerit secuta, excepto Repetundarum & Maiestatis iudicio.* Id, inquam, parum obstat, quia non rectè infertur, condemnationem non requiri in Crimine læsæ Maiestatis; nam requiri probat tex. in d.l.Quæsitum, ff.qui, & à quibus manumissi, &c. sententia legis est, post mortem rei perduellionis iudicium exerceri posse aduersus hæredes, vt bona fisco vendicentur. Eo iudicio conuinci reum oportere, & damnari eius memoriam, indicat l.vlt.C.ad l.Iul.Maiestat. ibi: *vt conuicto reo, memoria eius dãnetur, & eius bona successoribus eripiantur.* Eripiuntur igitur bona successoribus, & fisco vindicantur reo conuicto, & sententia damnationis memoriæ eius secuta: secus si ab hæredibus crimen purgentur, vt in l.vlt.ff. eod.tit. Quòd si reus criminis non sit mortuus, proculdubio condemnandus erit: nec de eo loquitur d.l.20.ff.de Accusat.

Sic etiam interpretor verba l.Quisquis, C.ad l.Iul.Maiestat. *Bonis eius omnibus fisco nostro addictis*; vt non ipso iure publicationem bonorum inducant; sed post condemnationem, quia ante damnationem Dominus est, d.l.Quæsitum.

CAPVT XXXVI.

Vtrum hæreditates, quæ filijs rebellium deferuntur, fisco applicentur.



IMperator Arcadius in l.Quisquis, §.Filij, C.ad legẽ Iuliam Maiestatis, sic ait: *Filij verò eorum quibus vitam Imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio in quibus paterni, hoc est, hæreditarij criminis exempla metuuntur) à materna vel auita omnium etiam proximorum hæreditate ac successione habeantur alieni: testamentis extraneorum nihil capiant: sint perpetuò egentes & pauperes. Infamia eos paterna semper comitetur: Ad nullos vnquam honores, ad nulla prorsus Sacramenta perueniant. Sint postremò tales, vt his perpetua egestate sordescentibus, sit & mors solatium, & vita supplicium.*

Ex facto proponebatur, an hæreditas eiusmodi filijs delata, fisco sit applicãda, an verò proximioribus ab intestato venientibus fisco applicandam esse censuerunt Cynus, Petrus, Albericus & Salycetus in Commentarijs illius loci, Iacobus Butrigarius, quem vidi & habeo, in l.1.C.de hæred. instit. Parisius consi. 69.nu.192.lib.3. Idem sentit Imola in ca.2.nu.44.45. de testam. nec nõ Bossius de Crimine læsæ Maiestatis, num.138. ibi: *Magna tamen est autoritas Salyceti.*

Fundamentum præcipuũ est in d.l.Quisquis, §.Vxores, vbi fiscus aufert ab his filijs, quod à matre habituri sunt: Cætera leuissima sunt argumenta ex Brocardicis petita.

Contrariam sententiam habuerũt Socinus senior, in cons.275.num.12. lib.2. Fulgosius in d.l.Quisquis, in fine, & ibidem Angelus. Idem sensit Angelus de Maleficijs, in vers. *Hunc tradito.* num.14. Menochius cons.275.num.26.lib.3. Peregrinus, qui alios citat de iure fisci.lib.3.tit.9.num.1. quibus & ipse consentio.

Fundamentum est solidum: quia nulla est lex quæ fisco applicet hæreditates filijs rebellium delatas. Cur igitur nos fisco ita fauere volumus, vt etiam alijs legitimis hæredibus iniuriam faciamus? Non sunt indigni, sed incapaces tales filij hæreditatum. Ait enim lex: *Ab hæreditate & successione habeantur alieni.* Et rursus: *Testamentis extraneorum nihil capiant*, non ergò eis fiscus auferre potest tanquam indignis: sed cùm incapaces sint, ad alios hæreditates deferuntur, vt in casu l.1. C.de secundis nupt. Videntur quidem filij esse aliquo modo indigni: sed tamen id ex paterna culpa accidit.

Non obstat textus in d.§.Vxores. Primò, quia loquitur de bonis quæ mariti rebellis fuerũt: vnde meritò ad fiscum pertinent, non autẽ ad filios rebellium. Omnia enim bona rebellis cõfiscantur, exclusis filijs. Et licet ea bona vxoribus donata fuerint vel relicta: tamen non fuerunt eis pleno iure, & vt nostri loquuntur, irreuocabiliter acquisita, sed reuocabiliter: scilicet, si ad secundas nuptias conuolauerint, tunc enim ea tenentur filijs primi matrimonij reseruare, iuxta l.Fœminæ, C.de secund.nupt. Hoc igitur ius filiorum occupat fiscus, sicut & cætera bona ac iura patris perduellis. Hæc est igitur ratio cur bona eo in casu ad fiscum transeant, quæ specialis est, nec locum haberè potest in alijs hæreditatibus maternis & auitis.

Secundò, non obstat, quia datò quod eadem ratio etiam in alijs casibus militaret: non tamen liceret nobis interpretatione tam graues pœnas in filios, qui nihil peccauerunt, constitutas, extendere atque ampliare, sed potius eas restringere debemus, l.Interpretatione, ff.de pœnis, c.Odia, de reg.iur.lib.6.

CAPVT XXXVII.

Defuncto delinquente ante sententiam, confesso vel conuicto de crimine, an contra successores eius bona confiscari possint.



Odestinus; *Ex iudiciorũ publicorum admissis non aliàs transeunt aduersus hæredes pœna ademptionis bonorum, quàm si lis contestata & condemnatio fuerit secuta*, l.20.ff.de accusatio.

Sed vtrum idem iuris sit, si reus decesserit confessus vel conuictus, nondum tamen condemnatus per sententiam? Variatum sententijs est, Bartolus affirmat, in l.1.nu.8.ff.de priuatis delict. Baldus ad l.1.C.ex delicto defunct.nu.3. vers. *Sed hic dubitatur.* Senatus Pedemontanus apud Osascum decis. 149. Bossius titulo, Quomodo procedendum sit in crimine notorio, nu.21. Vasquius Cõtrouers. illustrium c.96.nu.19.& multi alij, quos cõmemorat nouissimè Prosper Farinacius, tit. de Inquisitione, q.10.nu.56.

Fundamenum est, quia paria hæc videntur esse, reum conuictum, vel confessum, vel condemnatum esse, l.Qui sententiam, C.de pœnis, quæ lex hoc non dicit, sed dicit neminem condemnandum, nisi confessus vel conuictus sit. Probabilius argumentum est ex l.vlt.C.de iure fisci, lib.10. Vbi Theodosius: *Eorum patrimonia mortuorum, qui vita suæ tempore diuersis conscientiam suam dicuntur polluisse criminibus, fisci rationibus nequaquam competere, vel ab eo alienari censemus, nisi post publicam accusationem eos constiterit fuisse conuictos.*

Sed tamen hoc argumentum non est satis firmum, quia illud verbom, *(conuictos,)* nihil aliud ibi significat, quàm condemnatos: nec enim antè conuicti videntur, quàm condemnati fuerint, vt rectè monuit C Cuiacius in Commentatijs dictæ legis, & ante eum Glossa ibi.

Contrariam igitur sententiã habuit Antonius Gomes.de delictis, cap.1.nu.82.& Bursatus, qui alios citat, in cons.77.nu.24.lib.1.in eandem sententiam procliuior est Peregrinus, de iure fisci, lib.4.tit.5. nu.36. vsque ad num.39.

Fundamentum est, quia licet confessio æquipolleat sententiæ, non tamen æquiualet rei iudicatæ, hoc est, sententiæ quæ nullà appellatione suspensa sit. Vt autem pœna confiscationis locum habeat aduersus successores defuncti, etiam condemnati, necesse est, vt sententia appellatione suspensa non fuerit: nam si appellationem reus interposuerit, & ea pendente mortuus fuerit, confiscationis quæstio cessat iuxta distinctionem, l.3.C.si pend.appellat.mors interuenerit.

Atque ex distinctione d.l.3. Prosper Farinacius loco annotato existimat in proposita quæstione, locum D esse bonorum confiscationi reo confesso vel conuicto, si de crimine agatur, propter quod bona cõfiscantur expresse, secus autem si tacitè & in cõsequentiam bona confiscentur; Nam eo casu quo etiam post condemnationem rei questio bonorum publicationis extinguitur, morte ipsius rei appellatione pendeote, multò magis extingui debet ante sententiam siue condemnationem, licet reus fuerit confessus, vel conuictus.

Ego verò absque distinctione ista, & omisso etiam argumento Gomesij, existimo, non esse locum confiscationi bonorum aduersus hæredes reo defuncto ante sententiam, licet reus confessus fuerit vel conuictus: Mouet me ratio ista quia nulla est Lex hoc dicens; nec satis mirari possum, cur in re tam graui & odiosa (sicut confiscatio bonorum est) legibus sententiam requirentibus, vt ademptioni bonorum locus sit A aduersus hæredes rei delinquentis, nos interpretatione nostra quasi nouam quandam legem inducere tentemus, si non expresse, saltem tacite legibus contrariam, idem iuris cum reus confessus vel conuictus est; At lex ait, *si condemnatio fuerit secuta.* Hic non est condemnatio secuta, ergo morte crimen extinguitur, & confiscatio bonorum cessat, lex requirit condemnationem, quia per eam ius fisco acquisitum est in bonis damnati. Reo ipso audito, & defensionibus eius, totaque re diligenter cognita ab eo, qui sententiam tulit; sed si ante condemnationem is moriatur, pœna est extincta, l.Defuncto, ff.de pub.iud. Rectè, nam ipse condemnari non potest, quia sententia non potest in mortuum ferri, l.vlt.ff.quæ sentent.sine appellat.rescindan. Damnari eius memoria non potest, nisi reus fuerit perduellionis, l.vlt.ff.ad l.Iul.Maiest. Iustum non videtur aduersus hæredes pronunciare, defunctum crimen commisisse, vt eis bona auferantur; B quia non possunt hæredes tam facilè innocentiam rei demonstrare aduersus confessionem eius vel testes, sicut reus ipse potuisset. Expectanda igitur sententia cõdemnationis est, vt bona hæredibus adimantur in publicis criminibus, exceptis iis, quæ à Modestino commemorantur in d.l.20.ff.de accusa. etsi quæ alia alijs legibus excepta sunt.

CAPVT XXXVIII.

Ad l.Si diutino, ff. de pœnis, vtrum pœna sit minuenda, vbi à patrato scelere multum tempus intercessit.



Odestinus Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus pœna eius subleuanda erit, l.25.ff.de pœnis.

Hic triumphabunt, qui Accursio, Bartolo, C sequacibus bellum indixerunt; quia non intellexerunt quid sit *in reatu esse longo tempore.* Docuerunt enim huius legis autoritate minuendam esse pœnam ei, qui crimen admisit, si longum tempus præterierit. Vide Tiraquellum de pœnis legum temperandis, Caussa 39. Antonium Gomes.titu. de Delictis, cap.primo, num.septimo, Clarum quæstio.60.vers. Præterea potest, Afflict. decis.287. Rolandum à Valle cons.63.num.10. libro tertio, Grammaticum cons. 39.num.1.

Contra Alciatus lib.2. Parergon. cap.19. Corasius lib.2. Miscellaneorum, cap.20. Budæus in Adnotationibus ad hanc legem, quos secutus est Couar. libro 2. Variat. resol. cap.9.nu.2. *Reatus esse statum & conditionem, in qua rei sunt, donec vel absoluantur vel condemnentur, olim inter eos relati in conspicua & miseranda calamitate erant capillo submisso, quem non antea fas erat rescindere, quàm omnium sententiis absoluerentur* D *squallore, & illuuie confecti, promissa barba, habitu sordido, pannoso, & (vt Budæus ait,) misericordiæ aucupatore.*

Rectè hoc sanè recentiores docuerunt. Illud non rectè, mea quidem sententia; *Grauius vlciscenda crimina, quæ diu impunita fuerunt, tarditatemq́; vltionis grauitate compensandam esse.* Non rectè, inquam, contra Accursium, Bartolum & cæteros antiquiores, ita recentiores docuerunt, quia sicantiquiores dicunt minuendam esse pœnam ob temporis diuturnitatem in delictis momentaneis, quæ scilicet semel perpetrata sunt, secus in criminibus *successiuis*, id est, in quibus quis diu perstiterit, veluti est, hæresis, adulterium, & similia, in quibus quo diutius quis perstiterit, eò grauius coercendus est, quia diuturnitas temporis non minuit peccatum, sed auget, *tantoque sunt grauiora crimina, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam.* cap.Non debet, de consang. & affi-

& affinit. cap. vlt. de Conſuet. c. Cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. cap. non ſatis, & cap. Cùm in Eccleſiæ, de Simonia. cap. Sicut nobis, in fine, de regulærib. cap. Schiſma, 24. quæſtione prima. Præclarè Celſus in l. Inficiádo, §. Infans, ff. de furtis: *Et qui d tam ridiculum eſt, quàm meliorem furis conditionem eſſe propter continuationem furti exiſtimare?* Atque huc ſpectant, quæ recentiores attulerunt ad probandum grauius eſſe puniéda crimina, quò diutius impunita manſerunt, tarditatemque vindictæ grauitatem compenſandam.

In delictis autem ſemel commiſſis, quæ in hoc propoſito noſtro Doctores momentanea appellarunt, dixerunt veteres, minuendam eſſe pœnam, ſumma quidem ratione & æquitate, ſi videlicet ex eo tempore, quo crimen quis admiſerit, vitam ſuá ac mores correxerit, & virtutis argumentum præbuerit. Nam *pœna conſtituitur in emendationem hominum*, vt loquitur Paulus in l. Si pœna, ff. de pœnis. Ergò ſi emendatio conſpicitur, non videtur pœna eſſe neceſſaria; ſed ne iuſtitia offendatur, ſtatui poterit, veruntamen mitior & clementior ob ſpecimen virtutis editum. Ergò recentiores verba legis fideliter & rectè explicarunt. Veteres autem veram ſolidamque doctrinam attulerunt. Tam hos quàm illos conuenit imitari, ne verba negligamus, & ne verbis nimirum intenti, veras præclaraſque ſententias contemnamus.

CAPVT XXXIX.

Condemnatus in contumaciam vigore Statutorum, quibus contumax pro confeſſo & conuicto habetur, an ſit admittendus ad nouas defenſiones?



DVæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ hac de re. Prima cõdemnatum hunc non eſſe audiendú, ſed ſententiam exequendam, ita Bartolus ad l. Diuus Adrianus, oum. 4. ff. de cuſtodia & exhibit. reor. & in l. 1. ff. de requiren. reis. Boſſius titulo Banniti quid amittant, num. 19. & 20. Clarus quæſt. 40. verſ. Quæro nunc.

Fundamentum eſt: quia lata ſententia Iudex functus eſt officio ſuo, nec poteſt eam retractare, l. Quod iuſſit, ff. de re iudic. & quia contumax pro confeſſo & conuicto habetur ex forma ſtatuti; ideo probatio in contrarium non admittitur, quaſi hoc certum ſit contumacem delictum commiſiſſe. Et huic ſententiæ in terris Eccleſiæ adſtipulatur expreſsè cõſtitutio Pij V. Pont. Max.

Altera eſt ſententia, audiédum eſſe condemnatum hunc, ſi velit ſuam innocentiam demonſtrare. Ita Angelus, Salycetus, Caſtrenſis, Alexander, Iaſon, & Decius, in l. Si is qui, C. qui teſtam. facere poſſunt, ſequitur Menochius de arbitrar. Caſu 416. num. 37. Rolandus à Valle conſ. 60. lib. 2. Natta conſ. 444. lib. 2. Mynſingerus Centuria 2. Obſeruat. 88. & quàplurimi alij, quos refert & ſequitur Proſper Farinacius, tit. de Inquiſitione, quæſtio. 11. num. 6. quibus addo Andræam Geyll, de Arreſtis Imperij, c. 10. num. 23. & Marcum Antonium Eugenium in conſ. 20.

Sed nullum video ſatis ſolidum fundamentum huius ſententiæ ex Iuſtinianæo iure (licet Caroli V. Conſtitutio criminalis, art. 155. huic ſententiæ adſtipuletur) etenim adfertur primò l. 2. C. qui teſtam. facere poſſ. in illis verbis: *Eius q. innocentia liquidis probationibus commendari poteſt à te*, quod ſanè argumentum nullius eſt momenti, quia non ibi agitur de reo iam condemnato ſententiam Iudicis.

Secundò adfertur l. Diuus Adrianus, ff. de cuſtodia & exhib. reor. & l. Annus, ff. de requir. eod. reis, quibus ſimiliter reſponderi poteſt, eas non loqui de reo condemnato, ſed annotato.

Tertium argumentum, quia Iudex debet de innocentia rei quærere, l. Si non defendantur, ff. de pœnis, ſed reſponderi poteſt, id eſſe accipiendum ante ſententiam, non poſtea.

Quartum argumẽtum eſt, quia vera confeſſio prætextu erroris reuocari poteſt, l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæſt. Ergò multò magis ficta, quæ vigore ſtatuti inducitur.

Reſponderi poteſt, argumentum locum habere ante ſententiam, non poſt.

Quintum argumentum eſt, quia ſententia hoc in caſu lata, eſt ex probationibus nõ veris, ſed fictis, quia ſcilicet cõtumax habetur pro confeſſo & conuicto. Ergò retractari poteſt, argum. l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adulter.

Reſpondeo, in ea lege ita ſpecialiter conſtitutam fuiſſe in odium eius, qui cognationis prætextu crimen depulerat; ac proinde ad alios caſus diuerſos non facilè trahendum eſt.

Sextum, quia exceptio innocentiæ nunquam videtur exclusa. Reſpondeo, id verum eſſe ante condemnationem.

Septimum argumentũ eſt: quia ſententia retractatur, quæ lata eſt ex falſis probationibus, toto tit. C. ſi ex falſis inſtru. &c. Sed probationes falſæ ſunt, ſi reus probet innocentiam ſuam, Ergò, &c. Reſpondeo, ſi falſi teſtes vel inſtrumenta proponerentur, argumentum militaret: ſed hic non loquimur in iis terminis, ſed quando contumax vigore Statuti pro cõfeſſo & conuicto habetur.

Octauum argumentum eſt, quia ſi non admittatur reus, ad nouas defenſiones accidere poteſt, vt innocẽs puniatur, quod abſurdum & iniquum eſt, l. Abſentem, ff. de pœnis.

Reſpondeo, abſurdum quidem eſſe, vt innocens damnetur & puniatur; ſed autoritas rei iudicatæ reſcindi non debet.

Quid ergo concludendum? Reſpondeo, in ditione S. Pontificis ſeruandam eſſe ſuper hoc latam Conſtitutionem Pij V. addita interpretatione M. Antonij Eugenij, d. conſil. 20. quia S. Pontifex illam admiſit, vt nimirum ex Reſcripto ipſius Principis condemnatus audiatur, & ad nouas defenſiones admittatur.

In Imperio autem Romano ſeruanda erit Caroli V. Conſtitutio; cuius mentionem facit Mynſingerus d. Centur. 2. Obſeruat. 88. vt nimirum condemnatus audiatur, ſi velit innocentiam ſuam probare.

Quod ſi hæc quæſtio ex Iuſtinianæo iure decidenda ſit, non erit opus multum laborare, quia deciſionẽ habemus ex l. 1. § Si quis vltrò, ff. de quæſtio. in illis verbis: *Sed Præſes prouinciæ eum quem damnauit, reſtituere non poteſt, cum nec pecuniariam ſententiam ſuam reuocare poſſit: Quid igitur? Principi eum ſcribere oportet, ſi quando ei qui nocens videbatur, poſtea ratio innocentiæ conſtiterit.* Idem docet l. Diui fratres, ff. de pœnis, l. Moris eſt, §. Sed enim, ff. eod. & in l. Acta, 45. §. 1. ff. de re iudicata.

Ergò ſi condemnatus petat ſe admitti ad nouas defenſiones, non debet Iudex exequi ſententiam, ſed tantiſper differre, donec Principi ſcripſerit, & ab eo Reſcriptum acceperit, an velit eum admittere ad nouas defenſiones.



CAPVT XL.

Stante statuto, vt contumax in delictis pro confesso & conuicto habeatur, vt condemnari possit, quę requirantur probationes?



Res animaduerti Doctorum sententias hac de re. Vna est, requiri veras & legitimas probationes, ex quibus contumax conuincatur, ita Marsilius in Pract. crimin. in §. Postquam, num. 48. & in l. Vnica, num. 129. C. de Raptu virginum. Bossius tit. de requirendis reis, num. 1. & titu. Banniti quid amittant, nu. 18. plurimos alios citat Farinacius tit. de Inquisitione, q. 11. nu. 16.

Fundamentum est in l. Raptores, C. de Episcop. & cleric. & in l. Vnica, C. de raptu virginum, in illis verbis: *Post legitimas & iuri cognitas probationes.* & in ca. Deus omnipotens, 2. q. 1. vbi S. Pontifex ait: *Nullum ante veram iustamq́; probationem iudicare aut damnare debemus.*

Sed hoc fundamentum nullius planè momenti est: quia dictæ leges non loquuntur in ijs terminis, cùm videlicet contumax habetur pro confesso & conuicto: sed loquuntur secundùm iuris communis regulas, quibus procul dubio legitimæ probationes requiruntur.

Secunda opinio est, requiri saltem indicia, quæ ad torturam sufficiant, ita visus est sentire Nat. consl. 594. nu. 14. lib. 3. Franc. Decius consl. 11. nu. 7. 8.

Sed nullum hæc sententia solidum fundamentum habet, quia si cōtumax vigore statuti pro confesso & conuicto habetur, non video cur opus sit alia quærere indicia, quæ ad torturam sufficiant.

C Tertia igitur sententia est vera, & approbata, sufficere hoc in casu indicia legitima ad inquirendum; Nam inquisitione legitimè formata, si reus citatus nō compareat, & contumax sit, pro confesso & conuicto habebitur, ac proinde condemnari poterit. Ita Ioan. Plotus consil. 72. num. 16. inter consi. crim. lib. 2. & ita decisum fuisse à Rotæ Romanæ Auditoribus, Farinacius testatur loco annotato. Huicque sententiæ adstipulari videtur Pij V. Constitutio, contra contumaces edita, anno VI. sui Pontificatus, Idibus Septembris, in illis verbis: *Si tamen legitimis præcedentibus indicijs ad inquirendum promulgata fuerunt*, &c. Atque ita sentio.

CAPVT XLI.

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in statuto, quo cauetur, vt contumax in delictis habeatur pro confesso & conuicto condemnari possit.



E statuto quo constitutum est contumaces pro confessis & conuictis haberi, ac proinde condemnari posse per sententiam definitiuam, nihil dicam amplius; si vnam hanc controuersiam explicauero, an & minores 25. annis eo statuto teneantur. Non teneri scribit Albert. ad l. Cùm & minores, nu. 7. C. si aduers. rem iud. & in tract. Statutorum, par. 3. q. 84. Augustinus Arimi. ad Ange. de Malefic. in ver. Qui dominus Iudex videns inquisitos, &c. nu. 3. Rolan. à Valle consl. 68. nu. 31. lib. 2. & consl. 94. nu. 32. lib. 4. & multi alij, quos refert & sequitur Farinacius tit. de Inquisitione, q. 11. 26.

Argumenta sunt ista. Primum, quia minores 25. annis excusantur à dolo præsumpto, l. 1. §. vlt. ff. de eden. Ergò non incidunt in pęnam statuti, de quo agitur,

A nisi sint in dolo vero, vt puta, si citati dixerint se comparere nolle.

Secundum argumētum est, quia minores 25. annis excusantur in delictis commissis in omittendo, l. 2. C. si aduers. delict. l. Minoribus, C. de his qui vt indig. Sed tale est hoc delictum contumaciæ, quia peccant minores non comparendo, Ergò excusandi sunt, nec incidunt in pęnam statuti.

Tertium argūm est, quia statuta, quæ pęnam statuunt contra, vel præter ius cōmune, minores 25. annis non comprehendunt, c. 2. de delict. puer. Sed tale est statutum, de quo agitur, quia cōtra ius commune est, vt absens condemnetur, licet contumax sit vltra relegationem, l. Absentem, ff. de pęnis. Ergò minores non tenentur eiusmodi statuto.

Quartum argumentum est, quia etiam in criminalibus minores 25. annis non habent legitimam personam standi in iudicio sine curatoribus. l. 4. C. de auto.

B præstan. Ergò saltem eo casu, quo curator interuenerit, condemnari non possunt. Nec obstat statutū hoc, quia interpretationem ex iure communi recipit, l. 2. de noxal, vt nimirum curatoris autoritas interueniat in iudicio criminali.

Contrarium responderunt Bal. ad l. 1. C. de confess. Natta consl. 540. 541. 541. Menochius consl. 100. num. 120. lib. 1. D. meus Decianus consl. 18. num. 176. lib. 1. D. meus Cephalus consl. 304. nu. 126. lib. 3. Isti docent, etiam minores 25. annis contineri hoc statuto, & condemnari posse, etiam absque curatoris præsentia & authoritate.

Argumenta hæc sunt. Primum, quia statutum hoc punit contumaces, habendo eos pro confessis. Sed minores 25. annis possunt esse contumaces, l. Minor etiā quasi contumax, ff. de minor. l. Si minor, ff. de bon. autor. iud. possid. Ergò etiam minores 25. tali statuto cōprehenduntur.

Secundum argumētum est, quia minores 25. annis comprehenduntur in statutis generaliter loquentibus, c. Constitutis, de in integ. restit. Ergò & huiusmodi statuto comprehendi debent.

Tertium argumentum est, quia cùm minor est contumax, & nō comparet in iudicio citatus ob caussam criminalem, non potest à curatore defendi, l. pe. §. Ad crimē, ff. de pub. iud. Ergò frustrà curatoris autoritas hoc in casu interuenerit, & desiderari videtur, quia scilicet nihil operatur.

Quartum argumentum est, quoniam in delictis minoribus 25. non succurritur, l. Auxilium, §. In delictis, ff. de mino. l. Si ex causa, §. Nunc videndum, ff. eod. tit. l. 1. C. si aduers. delict.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, quia si minor ætas non excusat in delictis (nisi interdum ad minuendam pęnam) consequens est, minores

D delinquentes his statutis obligari, sicut alij maiores obligantur; quandoquidem in delictis nihil plus iuris habent minores quàm maiores, vt dixi.

Poterit tamen minoribus ob contumaciam condemnatis faciliùs ac promptius in integrum restitutio concedi, vt videlicet ad nouas defensiones admittantur.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, hic non agi de dolo præsumpto, sed de vero, hoc est, de crimine à minore commisso, propter quod contumax pro confesso & conuicto habetur.

Ad secundum respondeo, non hic agi delictis, quæ in omittendo consistunt, sed in committendo, quia minor crimen commisit: ob quod condemnatur. Nec enim contumacia minoris caussa est proxima, vt condemnetur; sed delictum perpetratum; Facit authoritas Statuti, vt habeatur pro confesso, & conuicto; aduersus quam legem non est minor

resti-

restituendus, quia legis auxilium non meretur, qui in legem committit: Alia ratio est de eo, qui ob ætatem, vel rusticitatem Prætori editionem iniungenti non obtemperauit, vt in d. l. 1. §. vltimo, ff. de eden. Nostro enim in casu præcessit delictum minoris dolo commissum, quodque excusationem non meretur, nisi eo fine vt leuior quandoque pœna statuatur.

Ad tertium argumentum respondeo, negando propositionem illam, quæ assumitur ex capite secundo, de delictis puerorum. Nam hoc ibi non dicitur: Loquitur S. Pontifex de puero decem annorum, & ait: *In pueris relinqui solere multum, quod in aliis prouectioris ætatis humanæ leges dicunt seuerius corrigendū*, quod quomodo ad hoc applicari possit, vt minores 25. annis Statutis huiusmodi non comprehendantur, non intelligo.

Ad postremum argumentum respondeo, d. l. 4. non loqui de minoribus, qui sunt contumaces.

CAPVT XLII.

Pater an possit iniuriam, filiofamilias factam, remittere eo inuito?



Expediamus nos ab hac controuersia duabus Conclusionibus. Prior sit. Iniuriam filio irrogatam, pro qua competit actio Prætoria, pater etiam inuito filio remittere potest: qua remissa, filio actio non competit. Vlpianus: *Filiofamilias iniuriā passo, si præsens sit pater, agere tamē non possit propter furorem, vel quem alium casum dementiæ, puto competere iniuriarum actionem. Nam & hic pater eius absentis loco est. Planè si præsens agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit, atque donat iniuriam, magis est, vt filio actio non detur.* l. Sed si vnius, 17. §. Filiofam. ff. de iniurijs.

Altera Conclusio est. Iniuriam filiofam. irrogatam, pro qua actio datur ex lege Cornelia, pater remittere non potest, quia actio filio competit, non patri, nec consensus patris requiritur, vt filius agere possit. Vlpianus: *Illud quæritur, an pater filiofam. iniuriam passo ex lege Cornelia iniuriarum agere possit? & placuit non posse, de eaq; re inter omnes constat: Sed patri quidem Prætoria iniuriarum actio competit: Filio verò legis Corneliæ. In lege Cornelia filiusfamilias agere potest ex omni causa: nec cauere debet rem ratam patrem habiturum.* l. 5. §. Illud, ff. de iniurijs. Atque huc pertinet etiam l. 8. ff. de act. & oblig. vbi dicitur, filium suo nomine iniuriarum agere posse.

Non rectè igitur docuerunt qui absolutè dixerunt, patrem remittere posse iniuriam filio illatam, quia id non habet locum, vbi actio ex lege Cornelia descendit; cùm illa actio non patri, sed filio competat: quomodo igitur remitteret pater actionem quam non habet?

Non rectè quoque mea sententia docuerunt, qui absolutè negarunt, patrem remittere posse iniuriam factam filio eo inuito. Nam contrarium in actione iniuriarum Prætoria manifestè decisum est in d. §. Filiofamil.

Nec mihi probatur eorum interpretatio, qui illum textum sic accipiunt, vt patris remissio nō tollat actionem iniuriarum, sed suspendat eius exercitium: Hoc enim repugnat & verbis textus & rationi eius. Verbis quidem, quia textus negat filio actionem dari, non autem dicit, suspendi actionis exercitium: Rationi quoque legis consentanea non est ea interpretatio, quoniam si pater actionem habet, & non filius, cur eam remittere & donare non possit?

Non obstat argumentum, quod sumitur ex iure nouo, quo constitutum est, patrem non posse aduentitia bona filij alienare, l. 1. C. de bonis mater. l. Cùm oportet, C. de bonis, quæ liberis: Non posse hæreditatem filio delatam repudiare, l. vlt. C. de bonis, quæ liber. neque legatum vel fideicommissum, l. Remittente, C. de iure delib. l. Ex repudiatione, C. de fideicommissis, l. 2. de repud. bonor. possess.

Quoniam hæc longè diuersa sunt ac dissimilia. In bonis quidem ita constitutum est. Non in actione iniuriarum: neque nostrum est leges veteres Imperatorum Constitutionibus nequaquam sublatas, nostra nimis subtili interpretatione per consequentiam tollere & abrogare, sed eas relinquere intactas debemus, atque in suo robore: sicut multæ aliæ manent, licet earum ratio posterioribus Constitutionibus sublata sit. Et hoc est illud frequentissimum apud Doctores Axioma, non esse inducendam legum correctionem, nisi expressè cautum sit.

B Non rectè denique docuerunt, qui dixerāt patrem non posse remittere iniuriam filio irrogatam ab aliquo coniuncto siue cognato, ex l. Lucius, ff. solu. matr. ex l. Papinianus, & l. Filius, ff. de inoffic. testam.

Nam dictæ leges hoc non dicunt: & in suis casibus & cancellis restringendæ sunt, puta cùm de querela inofficiosi testamenti agitur, & de alijs ibi comprehensis, quibus etiam annumerari potest, quod habetur in l. Inter liberas, § Filiusfamilias, ff. ad l. Iul. de adulter.

Accipe nunc Doctorum catalogum, qui de hac quæstione scripserunt. Maranta, de Ordine Iudicior. 6. parte, versic. Secunda principalis quæstio, num. 63. Azo & Hostiensis, in Summa, tit. de Iniur. Placa, in Epitome delictorum, cap. 6. num. 19. Clarus quæst. 58. vers. Quæro, nunquid patet. Pinellus ad l. 1. num. 105. C. de bonis maternis, in 3. parte. Franc. Marcus decis. 677. in prima parte. Bossius titulo de pace, num. 16. Ascanius Clemens, in tract. de patria potestate, effectu 8. Farinacius titulo de Accusatione, quæst. 14. num. 36.

C

CAPVT XLIII.

Possitne minor 25. annis cum autoritate tutoris vel curatoris pacem facere, absque decreto Iudicis.



Communis est & vera sententia, adultum ac impuberem absque decreto Iudicis, autoritate Tutoris sui vel Curatoris interueniente, pacem inire posse cum suis aduersarijs. Ita respondit Abbas Panormitanus in consil. 168. lib. 2. refert & sequitur Clarus q. 58. vers. *Quæro an tutor*. Antonius Gomesius tit. de Homicidio, num. 66. & quàm plurimi alij apud Farinacium, tit. de Accusatione, quæst. 15. nu. 5.

D Fundamentum hoc mihi firmissimum videtur, quia impuberes & adulti, cùm suorum tutorum & curatorum autoritate celebrare possunt omnes contractus absque decreto Iudicis, excepta bonorum immobilium alienatione, de qua in tit. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, & in tit. C. de Prædijs minorum, cur ergo tam salutarem, tam laudabilem, Deoq; gratam & Reipublicæ vtilem trā sactionem ac pacem non rectè inire poterunt?

Malè igitur contrarium docuit Petrus Placa, in Epitome delictorum, cap. 45. num. 7. Iodocus in patrocinio pupillorū, titulo de tutorum & curatorum munere, cap. 70. num. 75. Simoncellus de Decretis, lib. 2. tit. 6. Inspect. 16. num. 137. & alij quos commemorat Farinacius in loco annotato.

Nec argumenta eorum me deterrent. Primum est, quia in transactione requiritur Decretum Iudicis, l. Non solum, C. de Prædijs minor. Hæc est autem transactionis species.

Respondeo, in trāsactione Decretum requiri quoties prædia urbana vel rustica alienantur: sic loquitur l. Non solùm, C. de Præd. minor. Hic verò nec vrbana, nec rustica prædia alienantur: sed præceptum Dei cogitur: *Diligite inimicos vestros, &c.*

Secundum est; quia in generali administratione nō venit potestas donandi, l. Filiusfam. ff. de donatio. Sed remissio injuriarum est species donationis, Ergo non permissa tutori & curatori.

Respondeo, nec donationem hanc esse de qua loquitur lex contraria, tum quia iniuriarum actio in bonis nostris non est; magis enim vindictæ quàm pecuniæ habet persecutionem, l. 2. §. Emancipatus, ff. de collat. bonor. tum, quia minor nil amittit, imò lucratur multum remittendo injuriam; & liberando se ab omnibus periculis, quæ ob inimicitias incurrere potest. Quamobrem minor non habet in integrum restitutionis auxilium cùm iniuriam remittit, l. Auxilium, ff. de Minoribus & tutoribus, & curatoribus etiam permissum est donare cùm expedit, l. Cùm plures, 13. §. Cùm tutor, ff. de admin. tutor. Expedit autem iniuriam remittere, vt dixi.

Tertium argumentum est, quia non potest alienari prædium etiam exiguum minoris, sine Iudicis decreto, toto tit. ff. de reb. eorum. Ergo multò minus remitti potest iniuria, & super ea transigi.

Respondeo, negando consequentiam; Hæc enim dissimilia sunt; & in pace facienda multum lucri facit minor, dum diuinæ obtemperat voluntati, & quietem sibi ac tranquillitatem quærit.

Quintum argumentum est, quia videtur esse dedecus multam iniuriam relinquere, l. Miles, §. Socer, ff. ad l. Iul. de adulter.

Respondeo, nec legem illam hoc dicere, nec sententiam hanc Christiano viro dignam, nec si Iurisconsultorum mille extarent Responsa, iis obtemperandum; sed diuino præcepto, l. Sancimus, C. de sacrosanct. Eccles.

Nec tamen dicimus ex præcepto diuino teneri, quē remittere absolutè actionem iniuriarum, & pacem facere cum inimicis suis; sed hoc Theologis discutiendum relinquimus; Hoc dicimus, non lædi minores, non iactutam facere vllam, ob pacem initam, & remissam iniuriam, ac proinde valere, minoresque obligari; nec eam rescindere posse ætatis prætextu, & auxilio restitutionis in integrum.

CAPVT XLIV.

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum autoritate Curatoris pœna committatur per stipulationem promissa?

SI pacem minor annis 25. cum autoritate Curatoris inierit, pœna adiecta, & eam violauerit, oritur controuersia, an pœna committatur? Negare videntur Baldus, Salycetus, Alciatus, ad l. Pactum curatoris, C. de pactis, & alij, quos refert Tobias Nonius, inter consilia Criminalia, vol. 1. cons. 152. nu. 11. & Ludouicus Romanus ibidem, cons. 155. nu. 9. Abbas Panormitanus cons. 108. circa finem, lib. 2. & alij à Farinacio citati, tit. de Accusatione, q. 15. nu. 53.

Fundamentum statuunt ex l. Si minor 35. §. 1. ff. de Minoribus Paulus; *Minores si in Iudicem compromiserunt; licet tutore autore stipulati sunt. In integrum restitutionem aduersus talem obligationem iure desiderant*, Gloss. in versic. *Stipulati sunt, scilicet pœnam*, inquit. Ex quo annotarunt pœnæ obligationem minori esse damnosam.

Sed oportebat aliam sequentem Glossam perpendere, in verbo, *Iure desiderant*, quæ declarat, quomo-

A do minor læsionem ibi sentiat, sic dicens: *Apparet læsio, quod ab eo appellari non potest. l. 1. C. de arbitr. & de euictione non agitur.* l. Si dictum, §. 1. ff. de Euictionibus.

Ex quibus verbis colligitur, non idcirco minorem lædi, quia tutor pœnam stipulatus sit, sed quia compromissum aufert minori appellādi beneficium, & actionem de Euictione. Itaque per compromissum læditur minor, non per stipulationem pœnæ.

Ergo cùm remissio iniuriarum, recōciliatio, & pax non patrimonij euersionem, sed virtutis opinionem inducat, cùm sit Deo grata, Reip. salutaris, & vtilis ipsi minori, nihil proponi video, cur pœnæ adiectio non valeat; & si valeat, cur non committatur. Deberetne minor impunè pacem frangere & violare, quod crimen proditionis est species? Non succurritur minoribus in delictis, l. Auxilium, ff. de minor.

Quare contrariam sententiam absque omni hæsitatione amplector, in quam inclinat Decius in d. l. Pa-
B ctum curatoris, C. de pactis, & quam probauit Collegium Aduocatorum Curialium Prouinciæ Marchiæ, vt patet in 1. volum. Consiliorum Crimin. diuersorum; consil. 150. num. 33. cum sequentibus, & alius consultor in cons. sequenti 151. nu. 44. latiusque Farinacius loco superiùs annotato, qui iustè etiam negat restitutionem in integrum minori esse concedendam hoc in casu, quia læsus non est, vt patet, aduersus doctissimi, iuxta & diligentissimi Doctoris Sfortiæ Oddi sententiam, de restit. in integrum, parte 2. q. 85. artic. 7. num. 58.

CAPVT XLV.

An Iudex cuius arbitrio pœna remissa est, mortis pœnam imponere possit?

C AVSim affirmare hanc disputationē de pœna Iudici arbitraria, an extendi ad mortem possit, aut in controuersia positam non esse, aut si quæ controuersia est, eam facilè componi posse. Etenim autores quidem commemorantur, qui arbitrariam pœnam extendi posse vsque ad mortem, & qui negant, tum à Matanta disput. 3. tum à Gomesio de iniuria cap. 6. num. 8. & ab alijs sexcentis, quos nouissimè Farinacius refert, tit. de Delictis & pœnis, q. 17. nu. 34. & seq. sed omnes in hanc sententiam conueniunt, tunc pœnam mortis decerni posse, cùm delicti atrocitas & grauitas id postulauerit: aliàs secus: Quis autem dubitauerit hanc omnium mentem fuisse? Ergo nulla controuersia est.

Si tamen quis aliter existimauerit, is facilè intelliget, hac adhibita distinctione, omnem sedari contentionem posse. Nec aliter accipiendas esse leges, quæ vel
D in hanc vel illam sententiam adferri solent.

Nam l. Saccularij, §. Sunt quædam, ff. de extraord. crim. l. 1. & 2. C. de his qui latrones occultar. Item l. lex Iulia, §. Hodie, ff. ad l. Iuliam repetund. arbitrium extendunt vsque ad mortem, quia delicti grauitas id postulat.

Contra verò arbitrium Iudicis restringitur in l. 1. ff. de furib. balnear. in l. 1. §. Expilatores, ff. de Effractoribus. quia qualitas criminis sic exigit.

Cur igitur omni cōtrouersia omissa nō auscultamus legib. nostris, tam sæpè ac tam disertè admonentibus, Hodie licere ei, *qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre vel grauiorem, vel leuiorem, ita tamen, vt in vtroque moderationem* non excedat. l. Hodie, ff. de pœnis? *Respiciendum esse iudicanti, ne quid durius, aut remissius constituatur, quam causa deposcit*, leg. Respiciendum, ff. eod. *Aut facta puniri, vt furta, cædesq; aut dicta, vt conuitia, & vt fide aduocationes; aut scripta, vt falsa, & famosi libelli, aut consilia, vt coniurationes, & latronum conscientia, quosque alios suadendo*

dendo iussisse, sceleris est instar: Sed hæc quatuor genera A *consideranda esse septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, euentu.* l. Aut facta, ff. eod. Idē probatur in l. Et si seuerior, C. ex quib. causis infam. irroget. in l. Quid ergo, §. Pœna grauior, ff. eod. in l. Non omnes, ff. de re milit. & alibi.

CAPVT XLVI.

Plura delicta eiusdem generis eodem tempore cōmissa, puta plures percussiones, an sint pluribus coercenda pœnis?

SI quis vno eodemque impetu pluries aliquem percusserit, ex qualibet percussione pęnam lege constitutam, quasi sint plura delicta sustinebit; secūdum Bartolum in l. Nunquam plura, ff. de priuatis delictis, nu. 4. Albericus ibidem, & Socinus senior in B cons. 62. nu. 9. lib. 1. Clarus q. 84. vers. Scias etiam.

Fundamentum est in d. l. Nunquam plura, Vbi Vlpianus: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt illius impunitas detur.* Sed hoc in casu concurrunt plura delicta eodem tempore, idest, plures percussiones, vel vulnera, Ergò omnia sunt punienda.

Contrarium docuerit Angelus in l. Nunquam plura, Placa, in epitome delictorum, cap. 1. num. 17. Couar. variar. resol. lib. 2. cap. 10. num. 8. isti docuerunt, vnam pœnam tantùm statuendam, sed grauiorem, propter delicti iterationem.

Fundamentum est in l. Illud, §. vlt. ff. ad l. Aquil. vbi Caius: *Si idem eundem seruum vulnerauerit; postea deinde occiderit: tenebitur, & de vulnerato, & de occiso. Duo enim sunt delicta, aliter atque si quis vno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim vna erit actio de occiso.*

Non enim quod quidquam refert, inquit Couar. *quod percussus ex pluribus percussionibus fuerit occisus, quasi omnes percussiones ad eundem effectum fuerint repetita, nempe ad occidendum; nam idem procul dubio erit dicendum, vbi percussus occisus non fuerit, nec percussor eundem actum iterauit ad homicidium: sed tantum ad percutiendum, cum ubi apud Iurisconsultum non constet, ad eundem effectum repetitos fuisse actus: Potuit enim homicidium contingere prater percutientis voluntatem, & nihilominus idem Iurisconsultus respondisset.* C

Tertia fuit sñia Iacobi de Arena, in l. Apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. distinguendum esse, an Lex vel Statutum loquatur in personam, pœnam scilicet statuendo simpliciter, in percutientem, seu vulnerantem, & tunc vnum esse delictum, iuxta posteriorem hanc sententiam; an verò loquatur in rem, vtpura statuendo pęnam pro qualibet percussione, & vulnere; & tunc plura esse delicta, sicut prior sententia docet. Hāc distinctionem secutus est Couar. loco proximè citato, nu. 8. vers. *Quarto pramisso Statuto.* D

Ego posteriorem sententiam cum distinctione ista Iacobi Arenarij sequor, quam & secutus est Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 22. num. 10. Nec possum, adduci vt credam, propter hanc sententiam fore, *vt totus mundus destruatur,* sicut Bartolus asseuerat, in d. l. Nunquam plura, Est enim hæc sententia rationi & æquitati consentanea: quia delictum est vnum tantùm, atque vnius generis, sed sæpius iteratum, ac proinde maiori animaduersione dignū. Nec obstat l. Nunquam plura, quia non huc pertinet sententia illius legis; quod patet ex verbis sequentibus, quibus exempla proponuntur, plurium delictorum: quæ licet non restringant, declarant tamen regulam: *Qui igitur,* (inquit Vlpianus) *hominem surripuit & occidit: quia surripuit furti, quia occidit, Aquilia tenetur.* Et rursus. *Idem dicendum si rapuit, & occidit.* Nec aliter sonant cætera exempla, quæ Iurisconsultus adiungit, vt planè sit perspicuum ad nostram hāc facti speciem, eius responsum non pertinere.

CAPVT XLVII.

Confiscatis bonis filiifamilias propter delictū, an etiam peculium aduentitium confiscetur?



VIderi forsitan possit inanis hæc quæstio hodierno iure cōsiderato, quo (excepto Maiestatis crimine) Imperator Iustinianus bona damnatorum in fiscum deferri vetuit, & ascendentibus ac descendentibus vsque ad tertium gradum reseruanda esse constituit. Sed non est inanis profectò moribus consideratis, quibus & bona confiscati receptum est, & ab eis ascendentes ac descendentes excludi, præterquam à legitima eorum portione. Est igitur controuersia, si filiusfa. scelus aliquod admiserit, propter quod legibus constituta sit pœna bonorum confiscationis, an bona materna, cæteraque aduentitia, quæ habet patre superstite, in fiscum deferenda sint, vel patri potius debeantur, tam quoad proprietatem, quàm quoad vsumfructum.

Communior sentētia est, patri esse reseruanda, non autem infiscanda, vt responderunt post Bartolum & alios, Socinus iunior, in cons. 77. num. 8. libro 2. Rui nus in cons. 24. lib. 5. Rolandus à Valle, cons. 56. num. 10. lib. 1. Couar. Variar. resol. lib. 2. cap. 8. num. 7. Menochius de recuperanda possess. remedio 9. num. 65. M. Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 128. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. nu. 5.

Argumenta sunt ista. Primū ex l. 3. C. de bonis damnatorum, vbi rescriptum est, non publicari peculium castrense, Ergò multò minus aduentitium publicabitur, sed pater illud obtinebit. Alexander Imp. *Si filius tuus cùm esset in potestate, in insulam deportari meruit: peculium eius nec quod in castris acquisiuit, vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.* C

Secundum est ex l. 3. §. Sed verum, ff. de minorib. in illis verbis: *Licet aliquo casu peculium ad filium spectet, vt puta, si patris eius bona a fisco propter debitum pecuniarium occupata sunt: nam peculium eius Constitutione Diui Claudij separatur.*

Si peculium profectitium reseruandum est filio patris bonis à fisco occupatis, igitur & contra peculium aduentitium reseruandum est patri, bonis filij occupatis à fisco.

Tertium argumentum sumitur ex l. vlt. §. Filijs, C. de bonis quæ liber, & l. 2. C. de castrensi peculio, lib. 12. vbi cautum est, non licere filiofam. bona alienare, in quibus pater vsumfructum habet, & non licere alia bona præter quam castrensia alienare sine D consensu patris. Ergò nec potest delictum committendo in ea fiscum transferre.

Quartum sumitur ex l. Cùm ancillis, C. de incestis nuptijs, in illis verbis: *Omnibus bonis eius Ciuitatis, cuius curialis fuerat, mancipandis, si patria potestate fuerit liberatus, nullosq; habeat liberos, vel parentes, vel etiam propinquos, qui secundum legum ordinem ad eius successionem vocentur.*

Contrarium respondit Petr. Paulus Parisius, consi. 157. lib. 4. & multi alij, qui tam à Menochio, quā à cęteris recentioribus commemorantur, locis superius annotatis, isti responderunt, bonorum istorum proprietatem confiscari, vsufructu parenti reseruato.

Argumenta sunt ista. Primùm ex l. expostulauerit, §. Iubet lex. ff. ad leg. Iul. de Adul. in illis verbis: *Proinde in communi partem publicamus: in proprio cuius vsusfructus alienus est, nudam proprietatem.*

Secundùm est ex l. Quinque legibus, cùm l. seq. ff. de

bonis

bonis damnator. illis verbis: *Et omnes omninò maritus actiones saluas habet contra fiscum*. Idem igitur & de patre statuĕdum putant, vt nimirum salua sit ei actio, ratione vsusfructus. A

Tertium argumentum est, quia confiscantur propter delictum etiam minoris 25. annis bona, licet alienari non possint. l. Clarum, C. de autor. præstanda. Ergo etiam filijfam. bona confiscari poterunt, licet alienari nequeant sine patris consensu.

Postremum argumentum est, quia pater iudicari actione de peculio tenetur, l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio. Ergò in proposito casu nō potest filij peculium occupare, sed fisco tradere tenetur.

Mihi magis placet prior sententia, non ex secundo, vel tertio, vel quarto argumento, sed ex primo duntaxat. Cætera enim nihil mouent: quia ad secundum argumentum responderi potest, l. 3. §. Sed vtrum, nō loqui de bonorum confiscatione propter delictum, nec de bonorum confiscatione filij. Ad tertium verò, filiū quidem alienare non posse bona, in quibus pater vsumfructum habet: & consequenter bona confiscari non posse: scilicet quoad patris vsumfructū nō quo ad proprietatem filij, quia nihil vetat confiscari proprietatem bonorum vnius, saluo vsufructu alterius, vt patet ex d. l. Si postulauerit, §. Iubet, ff. de adulter. Ad quartum verò respondetur tex. in d. l. Cum ancillis, nihil prorsus ad rem facere. B

Primum itaque argumentum ex d. l. 3. C. de bonis damnator. firmissimum est. Nam priuilegium, quod filijsfam. in castrensi peculio cōstitutiones dederunt, capitis diminutione amittunt, perinde, ac si moriantur intestati superstite patre. Quare filijsfam. capite minuti, castrense peculium pater occupat iure suo, vt suum, vt annotauit Cuiac. in Cod. recitationib. ad tit. de bonis damnator. Eadem est ratio peculij aduentitij, hoc est, extra castra quęsiti. Olim pleno iure patris erat. Constitutionibus autem filijsfam. hoc ius tributum est, vt proprietatē habeat, l. 1. C. de bon. matern. l. Cùm oportet, C. de bonis quæ liberis. Filius itaque capite minutus, propter delictum, omne priuilegium tributum amittit: Consequenter peculium eius pater occupat iure suo, tanquam suum quemadmodum si intestatus filius mortuus sit, l. 2. ff. de castrensi peculio. C

Argumenta contrariæ sententiæ nullius planè momenti sunt, quia quod attinet ad l. Si postulauerit, §. Iubet lex, ff. ad leg. Iul. de adult. illa lex non loquitur de filiofam. nec de illius peculio: & nihil aliud probat, quàm confiscari posse proprietatem vnius, saluo manente vsufructu alterius: quod & nos concedimus. Sed negamus id locū habere in peculio filijfamilias, de quo agitur: quia illud pater occupat suo iure, non autem fiscus.

Eadem responsio ad secundum argumentū accommodari potest. D

Tertium verò argumentum nihil mouet: quia non ideo confiscari bona filij negamus, quòd alienari non possint; sed quia pertineut ad patrem, filio capite minuto.

Postremum autem argumĕtum ex l. 3. §. Idem scribit, ff. de peculio, loquitur in actione iudicati quando filius condemnatur in certam quātitatem in iudicio.

Tunc pater tenetur de peculio, quod non facit ad rem de qua agitur, quia non de certæ quantitatis condemnatione agimus, sed de omnium bonorum confiscatione, quæ valde differunt.

CAPVT XLVIII.

Quid si tale sit peculium aduentitium, vt vocant filijfam. in quod nullum pater habeat vsumfructum, an veniat in bonorum confiscatione filijfamilias.



SEd rursus controuertitur, quid si pater nullum in peculio filij habeat vsumfructum, an in confiscationem bonorum veniat propter ipsius filijfam. delictum? Nonnulli existimarunt venire; Gigas de Crimine læsæ Maiest. lib. 2. tit. de pœnis committentium crimen læsæ Maiest. quæst. 11. & alij quos citat Peregrinus, de iure fisci, libro 5. tit. 1. num. 28. qua in re Menochius dubius est de recup. remed. 9. num. 81. & seq.

Fundamentum est, quia vbi pater nullum habet vsumfructum filiofa. permissa est alienatio, l. vlt. §. filijs C. de bonis, quę lib. Ergo etiam confiscatio locum habere potest. Est enim quædam alienatio in fiscum ex delicto prouenientis.

Contraria sententia & verior & communior est, (excepto crimine læsæ Maiestatis, de quo præclara extat decisio Pedemon. Osaschi 94.) nimirum in confiscationem bonorum filijfam. ob delictum non venire peculium aduentitium, licet pater nullum in eo habeat vsumfructum. Sic respōdit Ruinus, consi. 24. num. 11. 12. lib. 5. Socinus iunior consil. 77. num. 10. lib. 2. Clarus quæst. 78. vers. Sed quid in aduentitijs. Peregrinus vbi suprà. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 24. num. 6.

Fundamentum est, quia filiusfa. testari non potest de huiusmodi peculio, licet nullum in eo pater vsumfructum habeat, vt decisum est in l. pen. C. qui testam. facere poss. Ergo nec potest venire in bonorum confiscationem.

Sed hoc planè infirmum est argumĕtum, quoniam vt rectè monet D. Menochius, ideo filiusfam. de tali peculio testari nequit, quia patria potestas impedimĕto est: quæ quidem patria potestas sola impedimento non est, quo minus filius bona sua ob delictum amittat.

Hæc igitur verissima sentĕtia probatur ex l. 3. C. de bonis damnator. & ex ratione quam in præcedenti capite adieci. Nam si peculium castrense non venit in bonorum confiscationem, in quo certum est, patrem nullum habere vsumfructū, consequens est, nec aliud peculium, quod castrense non est, confiscationi obnoxium esse: quia eadem est ratio. Huc accedit, quod in præcedenti capite dicebam, patrem iure suo occupare peculium filij, quando ob capitis diminutionem omne priuilegium Constitutionibus ei concessum amittit: quod & ad huiusmodi peculium, in quo pater nullum habet vsumfructum, rectè accommodari posse, non est ambigendum.

CAPVT XLIX.

De castrensi peculio filijfam. an veniat in confiscationem bonorum.



QVed & de Castrensi peculio, an hodierno iure confiscari debeat, controuersia est non parua. Nam illud confiscari non posse censuerunt quamplurimi, tam veteres, quàm recentiores, quos refert & sequitur Clarus, q. 78. versic. *Quæro etiam quid in peculio castrensi*. Couar. lib. 2. Variar. resol. cap. 8. nu. 7. Menoch. de recup. possess. rem. 9. num. 96. 70. M. Anto. Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1.

tit. 1. nu. 130. omnium latissimè Farinacius tit. de Delictis, & pœnis. q. 24. num. 11.

Contrarium autem docuerunt Angelus & Romanus ad l. Si filiusfam. ff. de damno infecto, Nellus in tract. de Bānitis, in 1. parte 2. temporis, q. 25. Antonius Gomes. var. resol. tit. de seruitutib. cap. 15. nu. 15. vers. *Sed his non obstantibus*, alios citant Peregrinus & Farinacius locis annotatis.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. 3. C. de bonis damnator. vbi hæc quæstio apertè deciditur.

Posterioris autem fundamentum est, quia filiusfa. in castrensi peculio pro patrefamiliàs habetur, ac potest illud alienare, sicut dominus, liberè & absolutè, l. 2. C. ad Macedon. l. Cùm oportet, vers. *Exceptis*, C. de bonis, quæ liber. l. 2. C. de castrensi peculio, lib. 12. Ergò & delinquendo potest illud amittere, fisco nimirum occupante.

Ad l. 3. C. de bonis damnato. respondent, illam esse accipiendam secundum antiqua tempora, quibus filiusfam. non habebat heredem sed pater iure peculij omnia occupabat, l. 2. ff. de castren. peculio. Hodierno iure hæredem habet, & filio defuncto pater succedit tanquam hæres, vt in Nouella de hæred. ab intestato venient. Igitur si ex delicto pœnam confiscationis incurrat, non habebit patrem successorem, sed fiscum, qui omnibus alijs præfertur.

Ego priorem sententiam & communiorem, & æquiorē esse non dubito, & sequor, quia licet circa successionem bonorum filijfam. multa sint immutata, tamen remansit incorrecta d. l. 3. Et sanè hoc sæpenumerò obseruaui, antiquas leges ā aliqua parte correctas fuisse posterioribus Constitutionibus Imperatorum; & in alijs partibus suum vigorem obtinere, vt & Cuiacius notat lib. 6. Obser. cap. 11. & dixi lib. 1. Controuers. cap. 8. circa finem. Excipio Maiestatis crimē propter l. Quisquis, C. ad l. Iul. Maiest. Puto enim in eo crimine confiscari peculium castrense. Ex his quę tradit Octauianus Cacheran. Decis. Pedemont. 94.

C A P V T L.

Publicatis ob delictum patrisfam. bonis, an publicetur vsusfructus, quem habet iure patriæ potestatis in bonis filij?

E Contrario controuertitur, an publicatis bonis patrisfamiliàs ob delictum ab eo cōmissum, publicetur vsusfructus, quē ille habet in bonis aduentitijs filij sui. Affirmant publicari, Antonius Gomes. post alios quos adducit, c. 15. tit. de Seruitutibus, num 18. & Placa in Epitome Delictor. lib. 1. cap. 21. nu. 39. vbi & alios commemorat.

Fundamentum est in l. Si postulauerit. §. Iubet lex, ff. ad l. Iul. de adult. illis verbis: *Prouidemus communi parte publicamus, in proprio cuius vsusfructus alienus est nudam proprietatem: in quo tantum vsumfructum habuit reus, magis est, vt perceptio vsusfructus ad publicum incipiat pertinere.*

Huc accedit ratio: Nam etsi vsusfructus alienari non possit: tamen eius commoditas & fructuum perceptio alienari potest, l. Arboribus, §. Vsufructuarius, ff. de vsu fructu. Ergò & confiscari, argum. l. Imperatores, ff. de iure fisci.

Contrarium docent Gigas, de Crimine læsæ Maiesta. lib. 2. tit. de pęnis committentium crimen lęsę Maiest. q. 13. num. 4. Bal. in l. 1. C. de bonis, quæ liber. Corneus cons. 208. ad finem, lib. 3.

Fundamentum est: quia vsusfructus morte vsufructuarij finitur: neque transit ad extraneum hęredem, §. finitur, in Instit. de vsufru. fiscus verò est loco extranei hæredis.

Tertia est sententia sic distinguens, aut pater fam. propter delictum & condemnationem amittit libertatem vel Ciuitatem: atque adeò patitur maximam vel mediam capitis deminutionem: & tunc vsusfructus finiatur, & ad dominum reuertitur; & vt nostri loquuntur, cōsolidatur cum proprietate, §. finitur, in Inst. de vsufruc. l. Corruptionem, C. eodem tit. Consequenter confiscari non potest. Aut non patitur talem capitis deminutionem; & tunc ad fiscum transfertur, argu. dictę l. Si postulauerit, § Iubet lex, ff. ad leg. Iul. de adulter. Ita Baldus in d. l. Corruptionem, nu. 7. & alij, quos refert & sequitur Peregrinus, de iure fisci lib. 5. tit. 1. nu. 129. Farinacius, qui & alios citat, tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. num. 53.

Huic postremæ sententiæ ac præclarę distinctioni, calculum adijcio meum. Conciliantur enim opiniones: legesque legibus concordantur, & omnis difficultas tollitur.

C A P V T LI.

In bonorum confiscatione ob delictum secuta, an bona futura comprehendantur.

NVllus est antiquorum Interpretum, vel eorum qui de iure respōsa ediderūt, aut Criminales materias explicarūt, qui nō docuerit simpliciter & absolutè ī bonorum confiscatione ob delictum secuta, bona futura, hoc est, quæ post sententiam acquisita sunt, non contineri, neque ad fiscum pertinere. Vide Bossium, tit. de bonor. confiscatione, nu. 15. & nu. 66. Antonium Gomes. tit. de cōfiscatione bonor. nu. 1. Pinellum ad Rubr. de bonis matern. nu. 3. Peregrinum de iure fisci, lib. 5. tit. 1. nu. 132. Farinacium tit. de delictis, & pœnis, q. 25. num. 138.

Fundamentum est in l. Si mandauero tibi, §. Is cuius, ff. mandati, in illis verbis: *Quia publicatis bonis quicquid postea acquiritur, non sequitur fiscum.* & in l. Eius qui, §. 1. ff. de testam. ibi: *Bona quoque quæ tunc habuit, cùm condemnaretur, publicabuntur.* & in l. Certa forma, C. de iure fisci, ibi: *Parentibus hæredes existere eos non oportere, nulla legis sanctione statutum est.*

Sed quomodo, quæso, hæc sententia tam generaliter posita, cohærere potest cùm l. 2. C. de bonis damnator. Imperat. Alexander: *Deportati nec earum quidē rerum, quas post pœnam irrogatam habuerint, hæredem habere possunt, sed & hæ publicabuntur.*

Glos. tres adfert solutiones in d. §. Relinit. Prima d. §. Accipiendū esse de confiscatione facta ob illicitam negociationem: at l. 2. C. de bon. damnat. accipiēdam de confiscatione ob delictū secuta. Altera solutio est ex Azone, in vtroque casu cōdemnatum retinere postea quęsita, sed in illis hæredem non habere quia eo mortuo, pertinent ad fiscum. Tertia solutio est, legem Pandectarum correctam esse ab Imperatore in d. l. 2.

Rectiùs meo iudicio Cuiacius Obseruat. lib. 6. cap. 23. post deportationem acquisita, mortuo deportato ad fiscum pertinere: quia deportatus est capite minutus, & hæredem habere non potest. Post relegationē autem & publicationem bonorum, quęsita in fiscum non transire, quia relegatus ex testamento, vel ab intestato hæredem haber

Atque ita conciliandas esse contrarias has leges. Nam l. Si mandauero, §. Is cuius, non loquitur de deportato, quem constat capite minui, quia Ciuitatem amittit; Ergo intelligi debet de eo, cuius bona publicata sint sine capitis deminutione: vt si quis relegatus sit cum bonorum publicatione, vel confiscata sint ipsius bona ex causa administrationis & muneris publici, iux l. 3. C. de sentent. passis, quæ conciliatio non procul abest à prima solutione Glossæ, & mihi maximè

mè placet. Qnare hæc notanda esse puto si de eo agatur, qni nostro tempore fuerit bannitus cum publicatione bonorum, qnia Ciuitatem Romanam amittit, teste Andr. Geyll. lib. 2. ce Pace publica, cap. 13. nu. 5. vel qui aliam pœnam loco deportationis passus sit: quandoquidem deportationis pœna non est amplius in vsu; sed eius loco alia pœna Iudicis arbitrio imponitur, vt declarat Menochius de atbitr. Casu 330. Sic, inqoam, erit de tali condemnato statuendom: vt bona quæsita post condemnationem retinere possit; sed io eis hæredem non possit habete, quia eo defuncto, ad fiscum traoseunt. A

CAPVT LII.

Stante Statuto, quo pater teneatur ex delicto filij condemnati vsque ad legitimam portionem, an id procedat cum filius in contumaciam condemnatus est? B

MItto hoc caput Italis meis, apud quos talia Statuta vigent, vt viuens pater filij ob delictum condemnati fisco portionem legitimam inferre teneatur. Nam Germanis paruo sanè vsui esse poterit, quia alio iure vtuntur. Existimat Bartolus, in l. Cùm filiusfam. ff. de verb. oblig. si Statuti verba respiciant condemnationem: pura, si dicatur, patrem pro filio condemnato cogendum legitimam soluere, tunc fisco legitimam esse præstandam, licet filius in contumaciâ condemnatus sit. Idem docoere Baldus & Salycetus, in l. 2. C. Ne filius pro patte. Et est communis opinio, teste Alexandro, in d. l. Cùm filiusfam. nu. 6. Clar. q. 86. vers. intellige. Bertazol. cons. 83. nu. 15. lib. 1.

Fundamentum autem est, qoia verba Statuti requirunt condemnationem. Sed filius condemnatus est, Ergò seruaodum est Statutom, quo pater legitimam soluere tenetur: nec refert quod in contumaciâ condemnatus sit, quia satis est eum condemnatum esse, vt verba Statuti locum habeant, quę de condemnato loquuntur. Sic & Vlpianus, in l. 35. ff. de noxalibus scribit: Etsi condemnatns sit filius, quem scilicet nemo defendit, ex caussa delicti patrem de peculio teneri. C

Sed contrarium alij complures docuerunt, Socinus senior in d. l. cum filiusfam. num. 10. Felynus in c. cum Bertoldns, num. 22. de re iudic. Tobias Nonius, coosi. 94. ou. 10. 11. & alij, quos refert & sequitur Farinacins, tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. nu. 178.

Fundamentum est primò in l. 55. ff. de euiction. Vlpianus: *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit; nō cōmittetur stipulatio: Magis enim propter absentiam euictus videtur, quā quod malam caussam habuit.* Secondò, in l. Si prolusorio, §. 1. ff. de appellat. Vlpianus: *Quoties herede non respōdente, secundum aduersarium sententia datur: Rescriptum est, nihil nocere neq; legatis, neque libertatibus.* Tertiò, in l. Vnica, §. Si procurator, ff. si quis ius dicenti non obtemperauerit ibi: *Si procurator tuus, vel tutor, vel curator, ius dicenti non obtemperauerit, ipse punitur, non dominus, vel pupillus.* D

Ex ijs enim legibus colligitur, voius contumaciam alteri non obesse: & sententiam contta vnum latam, propter eius contumaciam, alteri oon obesse.

Hæc posterior sententia æquior est, Statuti summom rigorem oonnihil moderatur: Iuri consonam interpretationem continet: Meritò priori sententiæ, quæ verbis tantùm Statuti nititur, præfereoda erit.

CAPVT LIII.

Emphyteusi Ecclesiastica, quæ ex pacto transire potest extrancos hæredes, an in confiscationem bonorum veniat?

EMphyteusim non confiscari, licet ita sit ab Ecclesia concessa, vt ad extraneos hæredes transire possit, Iulius Clarus existimauit, §. Emphyteusis, quæst. 29. Sed contrarium docnit Bossius, tit. de bonorum publicatione, oum. 60. Vtrique non desunt adstipolantes, vt videre licet ex Farinacio, tit. de Delictis, & pœnis, qoæst. 25. nu. 54. 55. 56. Peregrioo de iure fisci, libro 5. tit. 1. nom. 70. & ex traditis per Bursatum consilio 199. lib. 2.

Fundamentum Clari est, quia cōditio Ecclesiæ efficeretnr deterior: propter fisci potentiam, & eius priuilegia: nec vlla ferè esset spes caducitatis: nec credēdum est, eam fuisse voluntatem Ecclesiæ rem concedentis in Emphyteusim, vt ad fiscum transiret.

Et dato, quod transire ad fiscū possit, dubitandum non videtur, quin Ecclesiæ sit permissum, rem iotra bieonium viodicare ex Nouella Iustiniani de alienatione & emphyteusi, §. 1. sic enim ait: *Si verò contigerit, quamlibet rem ex aliquo prædictarum locorum venerabilium, Emphyteutico iure datam, aut Imperialem domum, aut in Sacrum nostrum Aerarium, aut in Ciuitatem aliquam, aut in Curiam, aut in aliquam venerabilem aliam domum peruenire: licentiam præbemus Ordinatoribus venerabilium locorum, a quibus à principio Emphyteusis facta est, mox vt peruenerit in vnam prædictarum personarum ipsa Emphyteusis, manifestare suam voluntatem intra biennium; & aut ab his derelinqui eandem rem, ad quos peruenit, & annuam pensionem, quæ pacto continetur, inferri, aut hoc recipere Emphyteusi soluta, eò quòd hoc sibi prodesse existimant.*

Fundamentum verò Bossi est, qoia talis Emphyteusis transire potest ad extraneum hęredem, Ergo & ad fiscum, quia is locum exttanei hæredis habetur.

Ad tex. dictæ Nouellæ, §. 1. respōdet, id quod ibi dicitur, locum non habere, quando Emphyteusis concessa est in perpetuum, vt & ad extraneos hæredes peruenire possit, hoc autem fit, quando concessa est adhibitis iuris soleonitatibus, vt patet ex eadem Nouella, in §. Licentiam, vbi Iustinianus: *Licentiā igitur damus prædictis venerabilibus domibus, non solùm ad tempus Emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuò hac eis Emphyteutico iure volentibus dare.*

Ergo vidi aliquando pacto expresse conuentum in inuestituris (vt vocant) rerum Emphyteuticatum, in perpetuū concedi alicui, & quibus dederit, ita tamen vt eas alienare ac ttansferre non possit in Militem, aut Fiscum, vel Ecclesiam, vel aliom potentiorem. Si eiusmodi pactum intercesserit, non puto ad fiscum transite posse, nec in bonotum confiscatione contineri.

Cessante pacto, magis est vt credam, transite posse per confiscationem, qoia fiscus est loco hęredis extranei, & in extraneum hæredem res transire potest.

Quod autem Clarus dicebat, de Ecclesiæ præiudicio, ergo non intelligo, quale sit præiudicium hoc, cuius ratio sit habenda. Nam fiscus est soluendo. Nec plura habet priuilegia quàm Ecclesia: nec ijs priuilegijs Ecclesiæ nocere potest, quia tenebitur canonem soluere, & alia præstare, quæ cæteri priuati tenentur. Fiscus enim vtitur iure priuatorū, præterquā in casibus exceptis: Nec mouet igitur spes caducitatis, quæ obijcitur: quia etsi ad fiscum non transeant, æquè exi-

gua

gua spes caducitatis est; cùm Emphyteusis perpetua A sit, & ad hæredes extraneos transitoria: Semper enim ferè hæres est aliquis ei, qui aliquid bonorum relinquit.

Illud maximi momenti est, quod dicebatur, etsi ad fiscum transeat, posse nihilominus Ecclesiam intra biennium rem vindicare ex Nouella, de Alienatione & Emphyteusi, §. 1. Sed dicendum est, eam Constitutionem pertinere ad Ecclesiam Constantinopolitanam, non autem ad alias Ecclesias. Repugnet quantum velit Alexander, in l. Si finita, §. Si de vectigalibus, num. 36. ff. de damno infecto. & Bursatus d. consil. 199. lib. 2. num. 6.

Hoc enim demonstro satis manifestè ex verbis dictæ Nouellæ. Nam post verba illa superiùs relata, quę habentur in d. §. 1. ante §. Licentiam. Sic Imperator scribit: *Et hæc quidē super his quæ maioris Ecclesiæ sunt, & prædictarum venerabilium domorum, quæ sunt in hac regia ciuitate, vel eius circuitu adhærentium disposuimus. In alijs verò sanctissimis Ecclesijs & Monasterijs, &c. Seu reliquis venerabilibus domibus, quæ in omnibus Prouinciis nostræ Reipub. positæ sunt, &c. consequenter definire prævidimus. Licentiam igitur, &c.*

Ex quibus verbis apparet, totam superiorem Constitutionem, in qua ea pars, de qua agitur, continetur ad Ecclesiam Constantinopolitanam pertinere, quæ verò Imperator subdit, pertinere ad cæteras Ecclesias. Itaque præclarè Cuiacius ad Nouellam 120. *Id est, singulare in Ecclesia maiore Constantinopolitana, & alijs religiosis ædibus quæ sunt intra eam vrbem, vel intra territorium eius, vt prædiorum suorum, perpetuam Emphyteusim, vel etiam permutationem prædiorum inuicem facere non possint.* Et post pauca: *Id etiam est singulare in eis, vt post contractam Emphyteusim cum fisco, vel Imperatore, vel Republica, vel Curia, vel cum alio venerabili loco possint pœnitere, intra biennium.*

Et re vera ita est, legas Nouellam illam de Alienatione & Emphyteusi, quæ est 7. secundùm nouā translationem, videbis statim initio de Ecclesia Constantinopolitana sic statutum esse, de alijs verò Ecclesijs aliter constitutum, in §. Licentiam, sicut & ipsemet Imperator paulò ante d. §. Licentiam, apertè declarat, vt patet ex verbis quæ superiùs retuli: Quam ob rem non video fundamentum vllum quo eorum sententia nitatur; qui dixerunt, priorem partem dictæ Nouellæ, ad omnes Ecclesias pertinere; non autem ad Ecclesiam Constantinopolitanam tantùm: Et facilè adducor ad suspicandum, eos aut non legisse, aut certè non rectè expendisse (quandoque enim bonus dormitat Homerus) totam eam Constitutionem.

CAPVT LIV.

De confiscatione bonorum ob delictum, quanto temporis spatio exceptione præscriptionis opposita euitari possit?

D



Ideo controuersiam esse inter Doctores circa tempus præscribendi aduersus fiscum, ob delictum occupare volentem condemnati alicuius bona. Nam aliqui spatium annorum quinque constituunt. Alij viginti. Alij triginta. Alij quadraginta, Vide Bartolum in l. 2. C. de vectigalib. Abbatem & Felynum, in cap. Cùm nobis, de Præscript. Bossium tit. de Bonorum publicatione, nu. 78. Tobiam Nonium cons. 105. Peregrinum de iure fisci, lib. 6. tit. 8. 36. Antonium Gomesium tit. de Confiscatione, nu. 5. Farinacium tit. de Inquisitione, q. 10. num. 82. & tit. de Delictis, & pœnis, q. 25. num. 158. cum seqq.

Pro quinquennio affertur l. 2. C. de Apostatis, malè: quia non de confiscatione loquitur, sed de actione intra quinquennium exercenda, contra testamentum apostatæ, ibi. *E. g. gratia testariam animè permisse confirmat intra iuge quinquennium, &c.*

Item affertur l. 2. C. de vectigal. & commiss. non rectè, quia loquitur de rebus, quæ in commissum inciderunt propter vectigal non solutum, nos autem de bonorum omnium confiscatione ob delictum, quærimus.

Item affertur, l. in cognitione, ff. ad Syllan. Non placet, quia loquitur *de cognitione aperto aduersus Senatusconsultum testamenti, eius, qui à familia sua occisus dicatur.*

Pro triginta annis affertur Regula l. Sicut, l. Omnes, C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Non placet, quia in caussis fiscalibus alio iure vtimur, l. in omnibus, ff. de iure fisci.

Pro annis quadraginta affertur c. 2. §. 1. de Præscrip. B lib. 6. rectè, in illa facti specie, de qua S. Pontifex respondit, nimirum, cùm de confiscandis hæreticorum bonis agitur.

Pro annis viginti affertur l. In omnibus, ff. de iure fisci, rectè, Sic enim ait lex: *In omnibus fisci quæstionibus, exceptis caussis, in quibus minora tempora seruari specialiter constitutum est, viginti annorum præscriptio custoditur.*

Sed hic minora tempora constituta non sunt, Ergo viginti annorum custodienda præscriptio est.

Item affertur l. Querela, C. ad l. Cornel. de falsis. rectè, Sic enim Diocletianus: *Querela falsi temporalibus præscriptionibus excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cætera quoque ferè crimina,* Iunge doctissimi Peregrini argumentationem; *Si de delicto cognosci potest, vsque ad annos viginti quoad condemnationem in persona, multò magis quoad condemnationem in rebus, quia condemnatio in rebus accessoria est, & quia personæ* C *sunt digniores rebus.*

CAPVT LV.

An in criminibus Iudex possit incipere à captura personæ, nullis præcedentibus inditijs.



Vdicem in criminibus incipere à captura personæ posse, etiam nullis inditijs præcedentibus, multi quidem dixerunt, sed nemo hactenus probare potuit, id iuri nostro consentaneum esse, Sic dixerunt Baldus in l. 2. C. qui Cautiones, & in l. Consentaneum, nu. 11. C. Quomodo & quando iudex. Marsil. sing. 93. incip. Iudex licet sine inditijs, & alibi, alios citat Farinacius, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 27. num. 15.

Affertur l. Consentaneum, C. quomodo & quando D Iudex, vbi Glo. dicit, citationem fieri & re, & verbo, & hoc per ordinarium tantùm adducit text. in §. Si verò etiam quidam, in Auth. de exhibendo. reis, & Bartol. ibidem notat ex dicta Glossa, *Ordinarium posse capere personam quando vult.*

Affertur etiam cap. Si clericus, de sentent. excommun. lib. 6. Et quod hæc sit generalis consuetudo, teste Paulo Castrense, in consil. 327. num. 1. lib. 2.

Sed l. Consentaneum, nihil ad rem facit, nec loquitur de criminibus, nec de captura: legatur Text. in §. Si verò etiam quidam, qui loquitur de reo exhibendo, tanquam periuro, & penè sui accusatore per fugam facto. Quod attinet ad c. Si Clericus, agitur quidem ibi de Clerico in carcerem coniecto, sed nullum verbum, quod in carcerem conijci possit, non præcedentibus inditijs. Denique Consuetudo quę affertur irrationabilis est, & non valet, c. vlt. de Consuet.

Contrariam igitur sententiam, verissimam esse non dubito, quam secuti sunt Clarus, q. 28. vers. Scias autem, Rolandus à Valle, in consil. 17. lib. 5. in principio, allos.

alios citat Farinacius loco proximè citato, vbi hanc sententiam sequitur. Fundamentum est indubitatum. Nam cur deberet aliquis capi & in carcerem conijci, nisi suspectus esset de delicto commisso? Hoc sanè maximam iniuriam irrogat, maximumque præiudicium: quod nemo sanæ mentis negauerit. Ergo cùm delictum non sit præsumendum, sed probandum, non video quo modo Iudici hoc sit permissium, vt statim accusatione audita, vel denunciatione, seu querela absque vllis legitimis suspicionibus atque inditijs, debeat aliquem capiendum, & ad carceres deducendum curare. Qui hæc tentare voluerit, me certè consentientem non habebit, sed non vllum alium forsitan inueniet rectè sentientem.

CAPVT LVI.

Quæ sint inditia legitima ad capturam rei in criminibus.



Ratis etiam laborant in definiendo, quæ sint inditia legitima ad capturam rei in criminibus. Alijs solam suspicionem sufficere affirmantibus. Alijs leuia quædam inditia. Alijs diffamationem. Alijs qualem qualem informationem. Alijs deniq; totam hanc rem in arbitrium prudentis Iudicis conijcientibus. Hæc enim postrema sola sententia vera est, Vlpianus: *De custodia reorũ Proconsulem existimare solere, vtrum in carcerem recipienda sit persona. an militi tradenda, vel fideiussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obijcitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia persona, vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet.* l. 1. ff. de custod. & exhib. reor.

CAPVT LVII.

An Iudex teneatur actione iniuriarum, si aliquem iniustè in carcerem coniecerit?



On puto Iudicem actione iniuriarũ conueniri posse; propterea quòd aliquem absque iusta caussa in carcerem coniecerit: sed aliter tamen puniendum existimo, Iudicis arbitrio.

Mouet me quod Vlpianus scribit in l. Iniuriarum, 13. §. 1. ff. de iniurijs: *Is qui iure publico vtitur, non videtur iniuria faciendæ caussa hoc facere. Iuris enim executio non habet iniuriam.* Et paulò infrà: *Quæ iure potestatis à Magistratu fiunt ad iniuriarum actionem non pertinent.*

Et quod respondit Paulus: *Quod Reipublicæ venerandæ caussa secundùm bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicuius pertinet: quia tamen non ea mente Magistratus facit, vt iniuriam faciat, sed ad vindictam Magistratus publicè respiciat; actione iniuriarum nõ tenetur.* l. Quod Reipub. ff. eod. tit. Ita docuit Paris de Puteo, in tract. Syndicatus, in verbo, *Captura*, cap. 2. incip. *Quia plerunque officiales*, nu. 5. Farinacius sequitur tit. de Carceribus, & carceratis, q. 257. num. 157.

Contrarium docuerunt alij magis communiter Baldus in l. Per diuersas, C. mand. Castrensis & Iason, in l. 4. §. Si quis condemnatus, num. 22. de re iud. Iodocus tit. de Citatione reali. Rolandus consil. 17. nu. 1. lib. 3. & 18. num. 5. & 56. num. 16. eodem libro, alios citat Farinacius vbi suprà, num. 135.

Fundamentum est primò in l. 32. ff. de iniur. Vlpianus: *Nec Magistratibus licet aliquid iniuriosè facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit Magistratus, vel quasi priuatus, vel fiducia Magistratus, iniuriarum potest conueniri.*

Respondeo, Vlpianum loqui de Magistratu, qui animum habet iniuriandi; quo casu fateor conueniri posse actione iniuriarum. Sed quæstio nostra debet accipi, cùm dubium est, an Magistratus animo iniuriandi aliquem iniustè in carcerem coniecerit: tunc dicimus, iniuriarum actione conueniri non posse, ex ea videlicet sola ratione, quod iniustè fecerit. Nam si constaret, eum hoc fecisse animo iniuriandi, sine dubio tenebitur actione iniuriarum.

Secundò, fundamentum est in l. fallaciter, C. de abolitionibus illis verbis; *Et reus aliquid iniuria inscriptionib. illata tolerauerit, id est, si vel carceres sustinuerit*, &c. Respondeo, verbum *iniuria* ibi accipi pro eo quod nõ iure fit, vt in Instit. de iniur. §. 1. Non enim dubitãdum est, quin Magistratus dicatur iniuriam facere ei, quem iniustè ad carcerem mittit, sed nos loquimur hic de contumelia, quæ actionem iniuriarum parit: Et dicimus Magistratum non videri contumeliæ caussa facere in dubio. Et idcirco iniuriarum actione non teneri. Si tamen iniuriandi animum habuerit, aliter respondemus, quia tunc tenebitur iniuriarum actione.

Tertiò, fundamentum est in l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. ibi. *Quia sanè non sine qualibet iniuria est, duci in ius eum qui satis idoneum fideiussorem det.*

Respondeo, Caium loqui de iniuriarum actione aduersus eum, qui fideiussorem locupletem, & pro rei qualitate satis idoneum non accepit; non autem contra Magistratum. Ideo nihil obstat.

CAPVT LVIII.

An hosti sit fides seruanda à priuatis data.



Æc controuersia, an fides hosti seruanda sit à priuatis hominibus interposita, lucem nonnullam adferet ad alias duas Controuersias quæ sequẽtur. Duæ sunt contrariæ Doctorum sentẽtiæ, quarum altera affirmat, altera verò negat fidem esse seruandam. Vide Bartolum in l. 5. ff. de Pactis, Zasium in q. 3. de Iudæis, Duarenum in l. 1. ff. de Pactis, Alciatum in libello de singulari certamine, c. 44. Placam in Epitome Delictorum c. 57. Didacum Couar. in Epitome de Sponsalibus, 2. par. c. 3. §. 4. nu. 14.

Affirmantis sententiæ fundamentum est primò in regula generali, qua dicitur fidem seruandam esse, l. 1. ff. de Pactis, l. 1. ff. de constituta pecunia. Secundò in c. Noli, 23. q. 1. vbi S. Augustinus apertè scribit, etiam hosti fidem seruandam. Tertiò in l. Nam & Seruius, ff. de neg. gestis, vbi dicitur: *Cum à Lusitanis tres capti essent, & vnus ea conditione missus, vt pecuniam pro tribus adferret, & nisi redijsset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, isq; reuerti noluisset, & ob hanc caussam illi pro tertio quoque pecuniam soluissent, æquum esse Prætorem in eum reddere iudicium.*

Negantis autem sententiæ fundamentũ est. Primò in l. 1. §. Non fuit, ff. de dolo, ibi, *quoniam veteres etiam bonum dolum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebãt, maximè si aduersus hostem latronẽve quis machinaretur.* Secundò in l. 25. ff. de capti. & postlim. reuers. vbi I.C. *Nihil interest quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, an vi fallaciave potestatem hostium euaserit.* Tertiò in c. Dominus noster 23. q. 2. vbi S. Augustinus: *Cum autem iustum bellum susceperit, vtrum apertè pugnet, an ex insidijs. nihil ad iustitiam interest.* Quartò in l. 2. C. de commer. & mercator. vbi Gratianus Imperator ad Tatianum scribens, præcipit aurum barbaris non solùm non præberi, sed etiam quod apud eos inuentum fuerit, *subtili ingenio auferri debere.* Quintò in l. 5. ff. de re militari, vbi I. C. *Qui captus cùm poterat redire, non redijt, pro transfuga habetur.*

Mihi prior sententia magis placet, quia probabilioribus

ribus nititur argumětis, quibus addo hiſtoriam Marci Aquilij, cuius meminit l. 5. ff. de captiuis.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, teſtimonium illud Vlpiani accipiendum eſſe de inſidijs, quæ ſtratagemata dicuntur, quibus aduerſus hoſtem vti permiſſum eſt.

Ad ſecundum reſpŏdeo, nihil intereſſe, quomodo captiuus reuerſus ſit, vtrum dimiſſus, an vi vel fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit: accipiendum eſſe quoad ius poſtliminij. Hoc enim duntaxat ſufficit eũ ab hoſtibus rediſſe; modò animum habeat remanendi in Ciuitate, vt in lege allegata dicitur.

Ad tertium reſpondeo, permiſſum eſſe, vt ſuprà etiam dixi, aduerſus hoſtes inſidijs vti, & hoc probat argumentum, ſed ſententiam noſtram non offendit.

Ad quartum reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia: Fidem hoſtibus datam ſeruare, vel non ſeruare: & aurum hoſtibus non præbere, ſed auferre: nihil ſanè commune habent.

Ad quintũ reſpondeo, nihil aliud eo probari, quam ſi quis poſſit, cùm captus eſt, ad ſuos redire & nolit, quia videlicet malit apud hoſtes manere, pro trãsfuga habendum eſſe. Meritò: ſed nihil hoc ad quæſtionem, de qua agitur: an fides hoſti ſit ſeruanda.

Vnus reſtare videtur ſcrupulus, quia promiſſio hoſti facta videtur reſcindenda, propter metum captiuitatis, l. 4. ff. de eo, quod met. cauſſa. Reſpŏdeo, id locũ non habere, quando captiuitas & ſeruitus eſt iuſta, l. Si mulier, ff. eod. tit.

CAPVT LIX.

Saluus conductus à Principe conceſſus ex bannitis, ob grauiſſima delicta, ſitnè ſeruandus?

NE pluribus lectorẽ morer, exiſtimo, ſaluum conductum à Principe datum exbannitis ſeruandum eſſe: quia graue eſt fidem fallere, l. 1. ff. de Pact. l. 1. ff. de conſtitut. pecun. & alibi, vt dicitur, nihil tam conueniens eſſe naturali æquitati, quàm fidem datam ſeruari.

Nec me ab hac ſententia communioribus Doctorum ſuffragijs munita deterrent, quæ grauiſſimi aliquot autores, quorum nomina inferiùs dabo, pro contraria ſententia ſtabilienda, in medium attulerunt.

Primum, quia hęc dicitur eſſe fragilis cautio, argu. l. qui ita, §. 1. ff. ad Trebel. quod non aliam ob cauſſam contingere videtur, niſi quia non cogatur quis ſeruare eiuſmodi cautiones.

Secundò, quia ſeruare huiuſmodi promiſſiones & cautiones, contra publicam vtilitatem pugnare videtur, quę hoc exigit, vt delicta puniantur, l. ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Tertiò, quia fides hoſtibus ſeruanda non ſit.

Quartò, ex l. cùm pater, §. Titio, de leg. 2. illis verbis: *Nec videtur dolo feciſſe, cùm fraudem excluſerit.*

Quintò, ex §. neque in Nouella, de mandatis Princip. Sic enim Iuſtinianus ait: *Neque autẽ homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus ter minorum cuſtodies cautelam*, &c.

Sextò, quia cum talibus exbannitis & condemnatis nulla videtur poſſe obligatio contrahi; nec enim ſunt capaces obligationum tanquam hoſtes, & veluti transfugæ.

Septimò, quoniam exempla extant grauiſſimorum Principum, qui tales cautiones datas non ſeruarunt.

Autores ſunt multi apud Petrum Placam, in Epitome Delictorum, cap. 37. Herculanum de Cautione de non offenden. cap. 37. num. 10. Horatium Lucium inter conſi. crim. lib. 1. conſi. 167. Iacobum Nouellum Pract. Crim. Regula 182. in 7. fall. Paridem à Puteo tract. Syndicatus in verbo, Saluus conductus, cap. 1. num. 2. Angelum de Maleficijs, in verbo, *Quod fama publica præcedente*, num. 6. Mandoſium in Pract. Commiſſionum, tract. de ſignatura gratiæ. Rubr. de Saluo conductu. Mynſing. Cent. 1. Obſeru. 82.

Reſpondeo ad primum, Iuriſconſultum non loqui de fragilitate cautionis, eam ob cauſſam, quod ſeruari non debeat: ſed quia aliquando vel non ſufficit propter inopiam eius, qui ſe obligat, vel alias ob cauſſas: non autem propterea, quòd non teneatur qui promiſit, eam ſeruare: alioqui ſupernacaneæ forent cautiones omnes ac fideiuſſiones: quod abſurdum eſt dicere.

Ad ſecundùm reſpondeo, vtilitati quidem publicæ aduerſari, delictorum impunitatem: ſed tamen ſi Princeps eam promiſerit, debere eam ſeruare: quemadmodum ſeruare tenetur, vbi ex gratia pęnam condonauit.

Ad tertium reſpondeo, negando id quod aſſeritur, nimirum fidem hoſtibus ſeruandam non eſſe: Nam contrariam ſententiam in præcedenti capite approbauimus.

Ad quartum reſpondeo, aliud eſſe fraudem excludere, quod permiſſum eſt, aliud fidem violare, quod graue ac turpe eſt.

Ad quintum reſpondeo, ſententiam Iuſtiniani in dicta Nouella hanc eſſe, templorum immunitatem homicidis, adulteris, & ſimilibus præſtandam non eſſe: id patet ex verbis ſequentibus, quæ ſic ſe habent: *Sed etiam inde extrahes, & ſupplicium eis inferes*, &c. Rectè Cuiacius in expoſitione dictæ Nouellæ: *Si iudicium eſt criminale, non ſeruatur ius aſyli, exempli cauſſa, Sicarijs, adulteris, raptoribus virginum; vt hac Nouella continetur*, &c. Quanquam aliter Iure Canonico ſit conſtitutum, vt habetur in titu. de Immunitate Eccleſiarum.

Ad ſextum reſpondeo, Iure quidem Ciuili nullam cum iſtis hominibus obligationem contrahi: ſed loquimur nunc de fide data, ex quo oritur naturalis obligatio, cuius procul dubio iſti ſunt capaces.

Ad ſeptimum, ab exemplis petitum, reſpondet doctè, clarè & ſufficienter, D. Menochius in conſi. 100. num. 223. lib. 1.

Dixi hanc eſſe communiorem ſententiam, & probo ex Gregorio Magalotto, in tract. de Saluo conductu, deciſ. 19. Burſato conſilio 177. numero 27. libro. 2. & 345. numero 25. libro 4. Bertazolo conſilio 359. libro 2. Farinacio titulo de Carceribus & carceratis q. 29. in principio.

CAPVT LX.

Frangens fidem publicam, hoc eſt, offendens eum qui à Principe ſaluum conductum habet, an incidat in crimen læſæ Maieſtatis?



VLpianus: *Maieſtatis crimen eſt quod aduerſus populum Romanum, vel aduerſus ſecuritatem eius committitur.* in l. 1. ff. ad legem Iul. Maieſt.

Rectè Budæus exponit *ſecuritatem*, id eſt, tranquillitatem & pacem, & Duarenus lib. 2. cap. 22. Diſputationum. Malè hinc noſtri, qui pro fide publica accipiunt, quam vulgò ſaluum conductum appellamus, inde colligunt, in crimen læſę Maieſtatis incidere eum qui offendit eos, qui à Principe ſaluũ conductum habent; ſicut & Burſatus annotauit, in conſ. 216. num. 24. lib. 2.

Saluus conductus eſt fides publica, ſecuritas Latinè loquentibus eſt animi tranquillitas, & pax contra-

ria curæ & anxietati: Si quis ergò populi Romani pacem, & tranquillitatem turbauerit, is reus est læsę Maiestatis, Qui offendit eum qui publica fide tutus est: non offendit Principis Maiestatem, vel populi Romani tranquillitatem & pacem: sed hominem priuatum offendit. Facit contra Principis voluntatem, contra mandatum eius: sed læsæ Maiestatis reus non est, alioqui omnes qui leges Principum, qui eorum mandata violauerint, statim erunt læsæ Maiestatis rei: quod absurdum est dicere. Si tamen proponatur fidem publicam violari in contemptum Principis, eoque animo, vt principi iniuria inferatur, tunc affirmare non verebor legi Iuliæ Maiestatis locum esse, vt rectè Bossius explicat de crimine læsæ Maiestatis, nu. 10.

CAPVT LXI.

An possit Iudex, vt reus fateatur delictum, impunitatem ei promittere; & postea confessum condemnare, ac punire.



CElebris est sentētia Dominici à S. Gem. licere iudici delinquēti promittere impunitatem, & liberationē, vt delictum fateatur, eumque postea cōfessum condēnare ac punire, in cap. Nos in quemquam, 2. q. 1. Nā pro huiusmodi simulationibus pugnare videtur iudicium Salomonis, in c. Afferte, de Præsumpt. & quod scriptum est ob publicā vtilitatē permissam esse simulationē, in c. Vtilem, 22. q. 2. Sequitur Felinus in d. c. Afferte, de Præsumpt.

Sed nihil promisit Salomon, cùm dixit, *Afferte mihi gladium:* nec vspiā dicitur licere mentiri, & fidem nō seruare, & sub fide publica quemquam decipere: immò repugnat l. 1. ff. de pact. l. 5. ff. eod. l. 1. ff. de cōst. pecun. l. 1. C. de his qui ven. æta. impetrau. Ergò contraria sentētia verior, quam secutus est Decius cùm alijs qui annotationes in eum scripserunt, ad l. ea est natura, de reg. iur. Io. Imolens. cons. 109. Marsil. Sing. 101. nu. 4. Thomas Grammaticus, in q. 5. post decisiones, Petrus Placa in Epitome Delictorum, c. 37. nu. 5. Couar. lib. 1. Variar. resolut. cap. 2. non procul à fine. Nil moror distinctionem Blanci in Pract. Crim. §. Datis defensionibus, nu. 30.

Non obstat, si dicatur promissionem factam impunitatis non valere: quia Iudex hanc potestatē non habet & contra publicam vtilitatem fieri, seruando huiusmodi promissiones. Publicam verò vtilitatem pręferendam esse priuatæ.

Nam respondeo nō licere quidem Iudici hæc promittere: sed tamen sub fide publica neminem esse decipiendum: Nec idcirco delictum impunitum esse relinquendum, contra ius, & publicam vtilitatem: quia poterit reus & condemnari & puniri, si in ea confessione perseuerauerit, vel alijs modis ab eo cōmissum probatur delictum: vel testibus, vel alijs argumentis, Ex confessione illa *sic extorta dicimus condemnari & puniri non posse.*

Nec assentior ijs, qui pœna extraordinaria ex sola illa confessione non confirmata, nec reuocata, reum esse puniendum, statuunt. Menoch. de arbitr. Casu 367. nu. 4. quia id iure non probatur. Nouissimè legi Binsfeldium egregiè confutantem argumenta Bodini, quibus probare conatur, reum esse puniendum, & iudicibus hæc mendacia ac deceptiones esse permissas, in tract. de Confessionibus maleficorum, in 7. Conclus. in 3. dubio.

CAPVT LXII.

Iudex an possit concedere saluum conductum bannito vel condemnato.



NE diu lector animi pendeat in hac graui, & varijs Doctorum sententijs implicita quęstione, existimo Iudicē nequaquam posse coocedere saluum conductum bannito vel cōdemnato: sed hoc ius Principi soli competere.

Martianus: *Et nemo potest commeatum remeatumve dare exuli, nisi Imperator ex aliqua causa.* l. Relegati, ff. de pœnis.

Alij dicunt posse, primò ex l. Is qui reus, cùm Glos. ff. de publicis iudic. Vlpianus: *Inchoatas planè delationes ante damnationem implere eis, et post damnationem permissum est.* Gloss. ibi: *Sed quomodo non ciuis stabit in Ciuitate? Dic quod interim permittitur ei stare in Ciuitate?* Respondeo, hæc esse dissimilia; inchoatam accusationem ante damnationem prosequi, & condemnatum in Ciuitate recipere cum fide publica, ne puniatur: vt de nouo delictum ipsius, vel alterius cognoscatur.

Cùm nondū ex Ciuitate abijt, nec executioni mandata est sentētia, nil mirum, si differri possit executio, argum. l. Prægnantis, ff. de pœnis, l. Ad bestias, ff. eodē. At exulem admittere, commeatum ei dare, & remeatum, hoc est, veniendi ac recedendi potestatem, id verò non est Iudici permissum, sed soli Principi, vel ei qui loco Principis est.

Secūdò, quia Iudex studere debet omni conatu, vt veritatem inueniat, l. 2. C. si contra ius, &c. c. Iudicantem, 30. q. 5. Veritas autem faciliùs inuenitur ex præsentia rei: nam magna sumitur cōiectura ex vultu, ex animi motu, ex constantia & trepidatione, l. De minore, §. Tormenta, ff. de quæstio. Ergò reo saluus conductus est concedendus, vt veniat. Sic enim veritas cognoscetur.

Respondeo, concedo totum: sed dico ab eo esse saluum conductum cōcedēdum, qui potestatem habet, hoc est, à Principe; Hæc enim est quidem iusta caussa, sed requiritur potestas quoque, quam nego Iudices habere.

Tertiò, quia in ea re bonum publicū vertitur propter defensionem innocentis, l. Seruum quoque, §. Publicè, ff. de Procurat. Iudex ergò hanc securitatem concedere potest propter bonum publicum.

Respondeo argumentum probare concedendam esse securitatem ab eo qui potestatem habet: sed nō à Iudice, quia is non potest sibi potestatem arrogare, quam non habet sub colore publicæ vtilitatis. Quare & Principi eum scribere oportet, si quādo ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiæ constiterit, l. 2. §. vlt. ff. de quæst.

Alij negant securitatem dari posse bannito & condemnato: aiunt autem rectè dari nondum condemnato. Bossius post Salycet. in titul. de citationibus, num. 39.

Sed nulla legum autoritate, aut ratione probant alterum membrum distinctionis, quo asseritur, securitatem posse dari. Qui enim poterit Iudex legum executor aut minister, in cuius potestate facti quęstio est, non pœnæ persecutio, lege prima, ff. ad Turpil. tales gratias impertiri, quæ ex Principis clementia pendent?

Alij distinguunt, an reus condemnatus facilè apprehendi possit, vel non: priore casu negant securitatem dari posse. Posteriori autem affirmant. Sed vltimum membrum distinctionis iure non probatur.

Alij distinguunt, vtrum talis sit caussa, quæ possit

per

per procuratorem agi, vel non ſit talis cauſa. Priori caſu negant dari poſſe ſecuritatem. Poſteriori affirmant.

Sed hęc diſtinctio eadem laborat probationis inopia: nec enim vllo iuris teſtimonio comprobatur.

Alij deniq; diſtinguunt, an ſubſit iuſta cauſſa vel nō ſubſit concedendi huiuſmodi ſecuritates. Sed refellit hanc ſententiam Martianus, quem initiò adduxi, cùm ait, neminem poſſe, niſi Imperatorem, ex aliqua cauſſa exuli commeatum vel remeatum dare, in d. l. Relegati, ff. de pęnis. Non diſtinguit inter temporalem & perpetuam ſecuritatem, ne quis ea diſtinctione confidat. Ergò & iuſta cauſſa requiritur, & Principis conſenſus.

En Doctores. Bartolus in d. l. Is qui reus, ff. de pub. iudic. Marſilius §. Aggredior, num. 104. Iaſon in l. Cōuentionum, num. 4. ff. de Pactis. Blancus pract. crim. §. Daris defenſionibus, nu. 15. Clarus quæſt. 32. verſ. Sed hic quæro. Menochius de arbit. lib. 2. q. 81. & 92. & caſu 337. & conſi. 1 to. nu. 197. D. Tib. Decianus conſ. 96. lib. 3. Afflict. deciſ. 4. Grammaticus Voto 25. Farinac. tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. nu. 81. cum ſeq. vbi etiam refert Pontificias Conſtitutiones, quibus in ditione Eccleſiaſtica Iudices dare prohibentur huiuſmodi ſecuritates.

CAPVT LXIII.

Si Iudex conceſſerit ſaluum conductum exbannito ſeu condemnato, cùm de iure non poſſet, an ſeruare fidem teneatur.

COntrouertitur quoq;, an ſi iudex dederit bannito ſeu condemnato ſaluum cōductum, cùm de iure non poſſet, teneatur fidem ſeruare. Aliqui n. affirmant. Aliqui negant. Vide Salyc. ad l. cùm indulgentia, C. de ſent. paſ. Menoc. de arbitr. q. 81. nu. 12. & caſu 336. nu. 27. & nu. 33. Farinac. tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. nu. 95. Ego affirmanti ſententiæ calculum præbeo, quia nemo decipiendus eſt ſub fide publica, vt dixi c. præced. Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt idem, quo nituntur ij, qui negant ſeruādam eſſe fidem hoſtibus & exbannitis, quod rętuli fuſiùs, & confutaui ſuprà cap. 58.

CAPVT LXIV.

An effringens carceres mortis pœnam incurrat?

VLpianus: *De his qui carcere effracto euaſerint, ſumendum ſupplicium, Diui fratres Emilio Taroni reſcripſerunt. Saturnius et probat, eos, qui de carcere eruperunt, ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione, cum cæteris qui in eadem cuſtodia erant, capite puniendos.* l. 1. ff. de effract. l. Milites, §. eius fugam, ff. de re mi it. l. Si quis aliquid, 38. §. miles, ff. de pęnis.

Sed controuerſia eſt, an pœna capitalis intelligatur eſſe mors ac vltimum ſupplicium, vel ciuitatis amiſſio. Nam *appellatio capitalis mortis, vel amiſſionis Ciuitatis intelligenda eſt*, l. licet. 103. de reg. iur.

De morte accipiendam cenſuerunt Marſilius in §. attingam, nu. 36. Boſſius tit. de carcerato, nume. 5. ibi: *Maximè, quia leges loquuntur de capite naturali.* Placa in Epitome Delictorum, c. 10. nu. 26. alios citat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. nu. 3. Duarenus ad tit. de effractoribus. Quibus adſtipulatur verbum, *ſupplicij*, quo Vlpianus vtitur, & criminis admiſſi grauitas.

Cæterùm, illam pœnam capitalem de miriori accipiendam eſſe, puta exilij, ſeu amiſſionis Ciuitatis, auctores ſunt Petrus Duenas reg. 393. in 9. limit. Vrſillus ad Afflictum, deciſ. 404. num. 16. Burſatus conſil. 346. nu. 32. lib. 4. & alij, quos refert & ſequitur Farinacius vbi ſuprà, nu. 4. Quibus addo Ludouicum à Peguera deciſ. 1. Conſilij Cathaloniæ, ad fin.

His adſtipulatur l. interpretatione, ff. de pœnis, & vulgaris doctrina, Gloſ. in l. prima, C. Ne Chriſtianum mancipium. Nec obſtat verbum, *Supplicium*, quia mortem tunc ſignificat, cùm adiicitur, *vltimum*, l. Vltimum, ff. de pœnis, vel *ſummum*. l. capitalium, ff. eodem.

Ego benigniori ſententiæ calculum præberem meum, niſi viderem eos qui carceres effringunt Maieſtatem ipſius Magiſtratus contemnere; & plerunque Cōſtitutionibus caueri hoc crimen mortis pęna multandum.

CAPVT LXV.

Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictum, & tanquam confeſſus ſit damnandus?



CAlliſtratus: *In eos, qui cùm recepti eſſent in carcerem conſpirauerint, vt ruptis vinculis, & effracto carcere euadant; amplius quàm cauſſa, ex qua recepti ſunt, repoſcit, conſtituendum eſt: Et quamuis innocentes ex eo crimine inueniantur, propter quod impacti ſunt in carcerem: tamen puniendi ſunt.* l. 13. ff. de cuſtodia & exhibit. reor.

Gloſſ. in verb. *Puniendi non aperit*, inquit, *qua pœna, ſed videtur referre ſe ad pœnam eius criminis, pro quo erat ibi: vt ſic habeatur pro confeſſo: Ad quod eſt in Authen. de collat. §. Prohibeamus.*

Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bartolus ibidem, & in tract. de carcere. Ange. de Maleficiis, in verbo, Quod fama publica, nu. 82. Marſilius §. attingam, nu. 44. Grammaticus conſ. 57. nu. 3. Menochius de arbitr. caſu 301. nu. 5. & de Præſump. lib. 1. præſumpt. 89. nu. 45. Rolandus à Valle conſi. 7. nu. 8. lib. 1. Maſcard. de probationib. vol. 1. concluſ. 166. nu. 1. & concluſ. 498. nu. 16. eodem lib. & concluſ. 820. num. 1. lib. 2. Franciſcus Becius conſi. 70. nu. 23.

Sed nec text. quem Gloſ. adducit ad rem facit: nec Calliſtrati verba hanc interpretationem admittunt. Primò, quia cùm non aperiat, qua pęna ſint puniendi tales effractores, non licet nobis inferre, eſſe puniendos pęna criminis conſtituta, propter quod in carcerē coniecti ſunt. Secundò, quia pœna eorum, qui carcerem effringunt, & euadunt, capitalis eſt, vt in l. 1. ff. de effractoribus, & alibi, vt in præcedenti capite dixi: non igitur eſt pœna eadem, quæ crimini impoſita eſt. Tertiò, nam Calliſtratus dicit, puniendos eſſe etiam eos, qui ex eo crimine, propter quod in carcerē coniecti fuere, innocentes ſunt: Quomodo autem pro cōfeſſo habere poſſumus innocentem, eumque tāquam nocentem condemnare? Quartò, quia hæc eſt perſpicua Iuriſconſulti ſententia, eos qui effractis carceribus effugiunt, puniendos eſſe amplius, hoc eſt, grauius, quàm cauſſa expoſcit, ob quam in carcerem miſſi fuerunt. Licet enim ob leuem fortè cauſſam carceri eſſent incluſi, tamen effracturæ carceris crimen & fugæ graui pœna coercendum eſſe. Imò & puniendos eſſe, licet fuerint innocentes, ex eo crimine propter quod in carcere detinentur: quia ſcilicet effractionis carceris atque euaſionis crimen ipſum per ſe pęnam meretur.

Contrariam igitur ſententiam habuerunt Albericus in d. l. in eos, Cumanus conſil. 105. Boerius deciſ. 215. nu. 22. Duenas Reg. 392. in prima amplia. Anton. Gomeſ. de Captura reor. num. 11. Burſatus conſ. 346.

nu,30.31.35.lib.4.Bertazolus conſ.14.nu.1. & 35,nu. 15.alios citat Farinacius, eandem & ipſe ſententiam ſecutus :it.de Carceribus & carceratis, q.30.nu.8. & ſeqq.quibus addo Ludouicum de Pegucra deciſio.1. Conſilij Cathaloniæ, & Ioan. Vaudum Quæſt.iuris, lib.2.c.2.vbi malè iudicio meo ſcribit,ex l.1.§.vlt.ff. de effract. *Temerioribus ex hac cauſſa,nō vltra operis publici pœnā honeſtiorib non vltra relegationis irrogandā eſſe*, quia text. in d.§.vlt,non de carcerum effractoribus loquitur, ſed de furibus qui effringunt, vt latrocinentur, vt patet ex verbis præcedentibus. Nam quantum attinet ad carcerum effractores, iam dixerat Iuriſconſultus initio ipſius legis, pœnam eſſe capitalem.

CAPVT LXVI.

Controuerſia circa conciliationem l.1.ff.de effractorib. & l.1.In eos,ff.de cuſtodia & exhib. reor. de fugiente ex carceribus.



Alliſtratus in l.In eos,ff.de custo.& exhibit.reo.hoc tantùm vult,puniendos eſſe eos,qui carceri mancipati conſpirāt, vt ruptis vinculis & effracto carcere aufugiant. Vlpian.autem in l.1.ff.de effractoribus pœnam capitis eſſe reſpondit. Ergo nulla opus eſt conciliatione, quia non diſſentiunt. Alter ait puniendos, alter genus pęnæ declarat, capitis eſſe dicens.

Malè ergò qui vt eas leges conciliarent,dixerunt, Calliſtratum loqui de iis,qui tentarunt fugam ex carceribus,ſed non fugerunt. Vlpianum verò de illis,qui fugam tentarunt ex carceribus,& euaſerunt.

Non placet; licet.n. Calliſtratus expreſsè nō faciat fugæ & euaſionis mentionem;tamen non eſt credendus loqui de ſolo conatu ad euadendum.

Minus probatur eorum ſententia,qui dixerunt,ita conciliari hæc reſponſa,vt cōtra fugientes ruptis carceribus duplex pęna ſtatuatur,nimirum capitis,iuxta Vlpiani reſponſum; & pęna quæ impoſita crimini eſt;cuius cauſſa in carceres miſſi ſunt, qui eis effractis aufugerunt,quia ſcilicet pro confeſſis habentur. Malè:quia vna eſt pęna capitis expreſsè ab Vlpiano commemorata:pœna illa confeſſi nulla eſt, vt dixi c.præcedenti.

Autoreſq́, ſi quis ſcire cupit,ſunt, Alberic.in d.l.In eos & Angelus Boſſius,tit.de Carcer.nu.5. Bertazolus conſ.35.nu.15.Marſil §.Attingam,nu.44.Menoc, caſu 301.nu.5.Maſcard.de Probation.lib.2. Concluſ, 820.nu.9. Farinacius tit. de carceribus & carceratis, q.30.nu.20.& 21.

CAPVT LVXII.

In pœnam in eos conſtitutā, qui fracto carcere euadunt, an incidant ij,qui in palatio aut alio certo loco detenti, oſtio perfracto effugiunt?



Ontrouertitur etiam,an ſi quis nō in carceribus detineatur, ſed in Prætorio vel alio honeſtiori loco,& inde aufugiat foribus perfractis,an eadem pęna plectēdus ſit,qua ij plectūtur,qui effractis carceribus euadunt,iuxta l.1.ff.de effractor.Negat Iaſon poſt alios in Repet.l.Admonendi,nu.174. ff.de iureiur.quia in pęnalibus non fit extenſio : cum odia reſtringenda ſint: & interpretatione mollien dæ ſint pœnæ potius quàm exaſperandæ, ex locis vulgaribus. Lex autem pęnā capitis in eos ſtatuit, qui carceribus effractis euadunt.

Sed profectò hæc extenſio non eſt,ſed iuſta quędā

A interpretatio;nam quid refert, an frangātur carceris fores,vel Prætorij,aut alterius domus, quæ pro carcere aſſignata eſt? Eadem eſt ratio. Ergò idem ius eſſe debet: Domus & Prætorium Iudicis loco carceris habetur.Nec lex impoſita verbis eſt,ſed rebus.

Contrariam igitur ſententiam amplector,quæ cōmunior eſt. Vide Boer. deciſ.215.nu.15. Menoch.de arbit,caſu 301.nu.9.Duenam Reg.392.in 4. ampliat. Farinac.tit. de Carceribus & carceratis, q.30.nu.50. vbi alios citat.

CAPVT LXVIII.

Fideiuſſor de tuto carcere (vt vocant) ſub pęna,an incidat in pœnam, ſi principalis aufugiat,eo in caſu,quo iniuſtè detinebatur?

B 

Ideiuſſorem in propoſita facti ſpecie non incidere in pęnam, tradit Luc. à Penna, in l.Si quis Decurio, nu.6. C.de Decur. lib.10.quem refert & ſequitur Grammatic.conſ.crim.51.nu.7.& alios citans Farinac.tit.de Carcerib.& carcer.q.30,nu.61.

Sed contrarium reſpondit Hyppo. Rimin.in conſ. 135.nu.21.lib.2.qui motus eſt autoritate Boſſij malè intellecti,in tit.de carcerato fideiuſ.committen.n.49. ſicut oſtendit doctus vir ac diligens Farinacius, *loco* ſuperius annotato. Nullum præterea in *legibus* fundamentum habet.

Verùm ſuperior ſententia,quæ fideiuſſorem excuſat, negatq́ue in pęnam incidere, fundamentum habet ſatis firmum. Nō tenetur fideiuſſor,ſi principalis nō tenetur.Nam fideiuſſoris obligatio acceſſoria eſt: & non pōt in duriorem cauſſam obligari,quàm principalis,l.Græcè,§.Illud,ff.de fideiuſſor.Sed principa-

C lis,qui detinetur aufugiendo,nullam pœnam incurrit cùm ſcilicet iniuſtè detinetur,poteſt enim impunè aufugere,argum.l.Vis eius,C.de probation.& ibi *Bartolus*,ac cæteri hoc affirmant: eſtq́; communis omnium ſententia.Ergò nec fideiuſſor in pęnam incurrere debet,ne durior ſit eius quàm principalis cauſſa,& obligatio.argu.l.Fideiuſſor obligari,ff.de fideiuſſo. Et vt exceptio iniuſti carceris,quæ principali prodeſt, etiā fideiuſſori proſit, argum,l.Fideiuſſoris, in fine,ff.de pactis.

CAPVT LXIX.

Quæ ſit pęna eximentis iuſtè detentum in carceribus ex cauſſa criminali.



Vi confeſſum in iure reū, & propter hoc

D in vincula coniectum, emiſerit, reus eſt læſæ Maieſt.l.4.ff.ad leg.Iul.Maieſt.Maleficæ artis reum,qui legum ſeueritati, & debitæ ſubtraxerit quæſtioni, vltimū ſupplicium non euadit,l.vlt.C.de maleſi.& mathem. Raptorem qui eximit, pęna decem librarū auri mulctatur,§.Attipiat,& §.vlt.in Auth.Vt omnes obe. iu. prouinc.Sed quid aliis caſibus?

Communis ſententia eſt eximentem eadem afficiendum pęna,qua is afficiendus erat, qui detinebatur in carcere.Vide Bart.in l.Sed & ſi eximendi, §. Item ſi quis, ff.Ne quis eum qui in ius vocatus eſt vi eximat, Iaſonem ad l.1.§.Quod Prætor,nu.12.ff.eod.Alexandrum conſ.35.nu.5.lib.2. Menochium de arbitrar.caſu 301.nu.16. Maſcardum de probat.vol.1. Concluſ. 266.num.16.

Fundamentum eſt in l.1.C.de his,qui latrones &c. Valentinianus: *Eos qui ſecum alieni criminis reos occultando,eum,eamve ſociauerunt,par ipſos & reos pœna expectet.*

Sed

A Sed hoc in casu pœnam esse arbitrariã post Ioã. Fabrum, quem citat in §. Pœnales, num. 7. Instit. de actio. existimat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. num. 93.

Mouetur hac ratione: quia absurdũ esset, ob leuissimum aliquod crimen in carcerem coniectũ eximentem, non maiori pœna teneri quàm is teneretur, qui exemptus est: cùm turbet Iurisdictionem Iudicis.

Ad l. 1. C. de his qui latrones, respondet eam legem loqui de ijs qui latrones occultant, vel associant, non autem de his qui eos è carceribus eximunt. Et eãdem legem ipse perpendit in secundo responso, dum ait: *Latrones si quis sciens susceperit, & eos offerre Iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispẽdio facultatum, pro qualitate personæ, & iudicis æstimatione plectetur.*

Ego communem sententiam veriorem puto, eamque confirmo ex l. Ad Commentariẽsem, C. de custodia reorum, vbi Imperator Valentinianus de Commentariense verba faciens, cuius culpa reus aufugit B ex carceribus, decernit, eum eadem pœna teneri; *Qua obnoxius decebatur fuisse qui fugerit.*

Ad primum argumentum respondeo, non videri absurdum, quod eximens teneatur eadem pœna, nisi effringat carcerem, vel occasionem det alijs quoque in carcere existẽtibus euadendi. Non debet ex leuissimis caussis Iudex quempiam in carcerem conijcere. Et rarò accidere potest, eũ qui ex talibus caussis coniectus in carcerem fuerit à quopiam eximi, cùm statim liberandus sit.

Ad secundùm fateor, turbari Iurisdictionem Iudicis: veruntamen pœna nõ debet esse grauior delicto. Quanquam fateor, rectè statui posse, vt maiori pœna tales eximentes afficiantur: si ita res exigat, vel quia frequenter ista committantur: vel alias ob caussas iustas. Disputatio nunc est duntaxat de eo, quod iure communi statutum est.

C Ad responsionem datam ad l. 1. C. de his qui latrones, replicari potest, licet illa lex de eximẽte eum qui in carceribus est, non loquatur, tamen eandem esse rationẽ in eximente, quæ in occultante delinquentem: Nam eximens delinquentem ipsum occultat, associatque & iuuat ad euadendum.

Quod attinet ad secũdam partem d. l. 1. illa de receptatoribus loquitur; ac proinde ad rem propositam non rectè adducitur.

CAPVT LXX.

Eximens iniustè captum, vel in carceribus detentum, an puniendus sit?

NEquaquam puniendum eum esse qui captum iniustè, in carceribus detentum exemerit, autores sunt Bossius, tit. de Captura, num. 4. & 5. & ante eum Alexan- D der in l. Sed eximẽdi, Ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat. Iason ad l. 1. §. Quod Prætor, nu. 12. ff. eod. tit. Clarus q. 29. vers. *Sed quid si ille.* Menochius de arbitrar. Casu 301. num. 24. Rolandus consi. 40. num. 13. lib. 4. Farinacius, tit. de Carcerib. & carcerat. q. 30. num. 113.

Fundamentum est primò in l. 1. §. Offilius, ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c. Vlpianus: *Offilius putat locũ huic edicto non esse, si persona quæ in ius vocari non potuit, exempta est; veluti parens, patronus, cæteræq́; personæ, quæ sententia mihi verior videtur. Et sanè si delinquit qui vocat; non delinquit, qui patronum vi eximit.*

Secundò, quia Iudici de facto, id est, iniquè aliquid facienti, & contra ius, permissum videtur resistere, argumen. l. Prohibitum, & l. Defensionis, C. de iure fisci, libro 10. & quasi vim vi repellere, l. Vt vim, ff. de iust. & iure.

A Contrarium docet Alexander, in consil. 35. num. 5. lib. 2. Albericus, in l. 1. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c.

Fundamentum est; quia licet eximens non teneatur ex edicto illo: *Ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat,* quoad interesse partis: tamen quia Magistratus Iurisdictionem contemnit, & vim facit, non videtur impunè id ferre oportere.

Ego autem sic puto distinguendum; Aut quis eximit eũ qui capi, vel in carcerem duci non potuit: quia scilicet Iudex non est competens, vel aliam ob caussam, & tunc nullam pœnam incurret, ita loquitur Vlpianus in d. l. 1. §. Offilius.

Et licet Vlpianus loquatur de ciuili actione ex edicto illo, tamen eadem est ratio quoad criminalem accusationem: quia scilicet talis eximens non *delinquit.* Et quia permissum est, resistere hoc in casu Iudici de B facto vim facienti.

Aut eximit quis captum iniustè, effringendo carceres: & tunc puniendus est. Nã si permissum cuiquam non est, etiam innocenti, ruptis carceribus effugere, l. In eos, ff. de custodia & exhib. reor. multò minus alijs eximere sic frãgẽdo carceres permissum cẽseri debet.

Non obstat quod Farinacius loco annotato scribit, aliud esse, innocentem esse, aliud non iustè & ritè in carcerem coniectum, & ideo innocentiam rei deiẽti non excusare eximentem, sed capturam iniquam contra iuris ordinem, excusare.

Nam respondeo, nullam esse rationem differẽtiæ: immò videtur maiori excusatione dignus is qui innocens est, quàm is qui contra vel præter iuris formã in carcerem cõiectus est, qui fortasse nocens alioqui est. Et magis peccat Iudex innocẽtem detrudendo in carcerem, quàm nocentem ordine iuris non seruato, argum. l. absentem, ff. de pœnis.

C Aut quis eximit in carcere detentum, absque fractione carceris, eum, qui poterat quidem in carcerẽ detrudi, sed per calumniam detrusus est, & non potest in pœnam incidere, quia non est officium eximẽtis, iudicare de iusta vel iniusta detrusione in carcerem, sed Iudicis, qui calumniatorem puniet; Aut si ipse absque accusatore id fecerit ex officio, punietur. Atque huc applicari non incongruè potest, quod Paulus scribit in l. 4. ff. Ne quis eum qui in ius vocat. est, vi eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur, exemerit: constat eum hoc edicto teneri?*

CAPVT LXXI.

Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniustè coniectus in carcerem fuit?

NOn est hic controuersia inter Doctores, sed obscuritas quædam, meritò auferenda, ne D quis impingat. Callistratus scribit, eos esse puniendos, qui cùm in carcerem recepti essent, coniurationem cum alijs fecerunt, vt fracto carcere euaderent, licet innocentes fuerint, l. In eos ff. de custodia & exhibit. reorum. Ergò malè docẽt, qui dicunt iniustè coniectum in carcerem, impunè posse carceres frangere & aufugere. Marsilius, §. Diligenter, numero 50. & §. Attingam, numero 37. Clarus, quæstione 21. versiculo, Tertiò autem modo. Menochius de arbitr. Casu 301. numero 14. de Præsumpt. libro primo, Præsumpt. 89. numero 43. & 49. Grammaticus consilio 51. numero 6. & alij, quos commemorat Farinacius, tit. de carceribus, & carceratis, quæstio. 30. num. 120.

Malè inquam, qui ita simpliciter & absolutè docẽt: nam cõtrarium Callistratus respondit, cũ dixit, etiam innocentes plectendos esse. Constat enim innocentes iniustè in carcerem detrudi.

Rectiùs ergo docuerunt, qui innocentes pœnam

effracti carceris euadere dixerunt, duobus concurrentibus. Primum eſt, ſi non ſeruato iuris ordine fuerint in carcerem coniecti. Alterum ſi mortem probabiliter metuant. Nam ignoſcendũ eſt ei, qui quoquo modo conatur ſanguinem ſuum redimere, l. 1. ff. de bonis eor. qui ſibi mortem conſciuer.

Et iudici de facto procedenti, licet reſiſtere, l. prohibitum, C. de iure fiſci, lib. 10. Ita rectè mouerũt Couar. lib. 1. Variar. reſol. cap 2. nu. 12. Ripa, ad l. Admonendi, nu. 171. ff. de iureiur. Duenas Reg. 393. in 4. limit. Farinacius loco annotato, nu. 131. & ſequenti.

CAPVT LXXII.

Sola fractura carceris abſque conſpiratione, an capitali ſit pœna coercenda.

PEruaſit error in hac materia effracti carceris, non eſſe locũ pœnæ legibus conſtitutæ, niſi conſpirauerit effugiens cũ alijs, qui ſunt in carcere, ex verbis illis Calliſtrati, in l. In eos, ff. de cuſtodia & exhib. reor. *In eos qui cùm recepti eſſent in carcerem, conſpirauerint,* &c. Vide Petrum Duenam reg. 392. in 6. limit. Clarum, quæſt. 21. verſ. *Tertio modo.* Roland. à Valle, conſ. 7. nu. 46. lib. 1. Menoch. de Præſumpt. lib. 1. Præſumpt. 89. num. 45. alios refert & ſequitur Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, quæſt. 30. nu. 166.

Errorem hanc ſententiam continere, manifeſtum eſt ex l. 1. ff. de effractorib. vbi Vlpianus ſcribit: *De his qui carcere effracto euaſerint, ſumẽdum ſupplicium Diui fratres Emilio Teroni reſcripſerunt.* Hic nulla conſpirationis mẽtio fit. Pergit textus. *Saturnius etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione, cum cæteris qui in eadem cuſtodia erant, capite puniendos.*

Vlpianus non requirit conſpirationem, ſed alternatiuè loquitur, *ſiue effractis foribus, ſiue cõſpiratione,* quomodo Baldus etiam rectè loquitur, in conſ. 32. nu. 1. lib. 1. & Marſilius, in §. Attingam, poſt nu. 45.

Nec mouet quod aliqui reſpondent, alternatiuam (*ſiue*) reſolui quandoque in coniunctiuam (*Et*) Datõ enim quod aliquando ita ſit, non tamen efficitur, idẽ eſſe in hac lege, cùm ſuperiora Vlpiani verba clarè euincant, fracturam ſolam carceris puniendam eſſe ſupplicio.

Rectè ergo monet Boerius, deciſ. 215. nu. 22. circa finem, poſt alios quos citat, etiam ſine conſpiratione, eos, qui aufugerunt carcere effracto, puniendos eſſe.

CAPVT LXXIII.

Lictores qui ex mandato Iudicis aliquem iuſtè capiunt, an poſſint reſiſtentem impunè occidere?

ASſentior ijs qui docẽt, Officiales publicos malefactorem reſiſtentem ne capiatur, impunè occidere poſſe, argumento ſumpto ex l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. in illis verbis: *Sed ſi armorum fiduciã reſiſtendi animũ inſania impellente conceperit: abripiendi extrahendiq. eũ domino, quibus id poteſt efficere viribus concedatur. Quod ſi illum etiam confligi in concertatione pugneq. cõtigerit, nulla erit eius noxa,* &c. Ita docent Bartol. Bald. Salycetus, et omnes ibi. Clarus q. 29. in princ. & alij quos ſciens prætereo.

Verùm non aſſentior ijs, qui docent hæc habere locum, licet Officiales modum inculpatæ tutelæ excedant, ita Amadæus tract. Syndicatus, num. 100. Grammaticus deciſ. 41. Boſſius tit. de Captura, nu. 12.

Nullũ enim video huius ſententiæ fundamentum; immò in contrarium pugnat iuris ratio. Si enim vim vi repellere non licet, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ, l. 1. C. Vnde vi, cùm omni iure permiſſum ſit, alioqui aggreſſorẽ interficere, l. Vt vim, ff. de iuſt. & iure, l. 2. C. ad l. Corn. de Sicarijs, conſequẽs eſt, nec licere Officialibus aliquem reſiſtentem occidere, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ.

Atque ita docent Imola in l. Ex conſenſu, §. Eũ qui, ff. de Appellat. Boerius deciſ. 170. in fin. Iodocus Damhauder. in Pract. Crim. c. 15. tit. de Citatione reali, nu. 28. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 41. quos & ego ſequor.

CAPVT LXXIV.

An impunè liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, ſi aliter eum capere non poſſint?

NEc iuri, nec ratione, cõſentanea mihi eorũ ſententia videtur, qui dixerunt, licere vigilibus ſeu lictoribus inſequẽtibus malefactorẽ, vt eũ capiant, fugientem, interficere impunè, aut vulnerare, ita Bald. in l. vlt. nu. 5. C. de exhib. reis. Auguſtinus ad Angelũ de Maleſ. in verbo, *fama publica præcedẽte,* nu. 54. Grãmaticus, deciſ. 41. Boerius deciſ. 170. nu. 7. Antonius Gomeſ. tit. de Delictis, c. 9. num. 6.

Non videtur inquam, iuri conſentanea hæc ſententia, nec rationi, quia fundamentum habet in l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. vbi tex. loquitur de eo q armis ſiue armorũ fiducia reſiſtit. Is verò qui fugit, nõ dicitur armis reſiſtere, vt patet, ſed pedibus, nec pugnat cum lictore: ſed fuga ſibi ſalutem quærit.

Rationi iuris aduerſatur; quia lictores hoc in caſu non ſunt in diſcrimine vitæ conſtituti, ideo ſi fugientem occidant, non videntur ſeruare moderamen inculpatæ tutelæ, quare puniendi ſunt, niſi fugiens talis ſit, qui potuerit impunè offendi, ſicut plerunque banniti poſſunt; vel mandatum habuerint à Iudice & Magiſtratu reum capiendi, & ad carceres ducendi, vel viuum, vel mortuum, tunc enim excuſari debent. Atque ita Farinacio rectè monenti ſubſcribo, tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 43.

CAPVT LXXV.

Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, an incidat in pœnam, quando reus ob aliam cauſam accuſatus eſt, ſed nondum condemnatus?

NOn incidere in pœnam fideiuſſorem de præſentando, vt vocant, cùm reus ob aliam cauſam condemnatus eſt, reſponſum Iureconſulti habemus in l. Sed etſi quis, ff. ſi quis cautio, illis verbis: *Dixerit aliquis, quid ergo hæc exceptio damnato proderit? Sed reſpondebitur, fideiuſſoribus eius eſſe neceſſariam,* &c.

Sed verum idem reſpondendum ſit, ſi reus non damnatus ſed accuſatus ſit? Ad hanc quæſtionem Vlpianus reſpondit in eadẽ lege, §. 1. *Illud* (inquit) *ſciendum eſt, eum qui idcirco non ſtetit, quia capitis reus factus eſt, in ea cauſſa eſſe, vt exceptione vti non poſſit. Damnato enim datur.* Atque ita ibi notant Bartolus, Alexander & Angelus, quibus ego conſentio.

Alij contrarium docent, ſufficere accuſationem, vt fideiuſſor excuſetur à pœna, Marſilius ad rubr. de fideiuſſoribus quæſt. 19. num. 171. Horarius Lucius, inter conſil. Crim. conſil. 163. nume. 15. lib. 1. Tob. Nonius, conſi. 103. nu. 3. D. meus Cephalus, conſ. 187. lib. 1. Farinacius alios citans, atque diſtinguens, tit. de Carceribus & carceratis q. 34. nu. 54.

Fun-

Fundamentum est, quia accusatus de proximo, vt loquuntur, condemnandus, pro condemnato habetur: Item quia promissio fideiussoris intelligi debet rebus sic stantibus: non autem immutatis ex noua causa delicti: Nec enim verisimile est, si de hac causa fuisset cogitatum, fideiussorem promissurum fuisse. Item quia fideiussor non est in mora; nam reum præsentare ac sistere non potest, cum sit de nouo crimine accusatus, ac proinde nolit comparere, ne condemnetur.

Sed quis non videt, hasce rationes nil valere contra textum iuris expressum? Fideiussor non excusatur, quia, reus damnatus non est. Damnato reo capite, vel exilio, exceptionem habet; quia illum sistere nequit. At si non damnatus, sed accusatus est, potest illum sistere: Ergò si non sistat, tenebitur, & pœna committetur.

Non habetur pro damnato, quia se defendere potest. Nec mutatio talis contingit, quæ impediat rei B exhibitionem: Potuissetque fideiussor de hoc casu facilè cogitare, & cùm generaliter reum exhibere promiserit, cogitasse etiam videtur. Nulla est difficultas, quo minus reum exhibere possit. Nam condemnatus non est, sed tantùm accusatus.

Dices, non potest is qui dimissus est ex carceribus cum fideiussore de se præsentando à Iudice vocari, nisi noua indicia superuenerint; illa enim relaxatio innocentiam rei arguit, vt declarat optimè Bossius, titulo de sententijs, num. 61. Ergo frustrà fideiussor iubetur eum præsentare ac exhibere. Respondeo, quæstionem hanc esse accipiendam in terminis habilibus, cùm scilicet Iudex sibi reum exhiberi petit iusta ex causa.

CAPVT LXXVI.

Fideiussor qui promisit reum præsentare sub pœna toties quoties à Iudice fuerit requisitus, an pœnam incurrat, si reus in carcerem coniectus aufugiat?

Fideiussorem in pœnam incidere, si reus aufugiat ex carceribus, si promiserit adiecta pœna toties eum exhibere Iudici, quoties requisitus fuerit; nec requisitus reum ita aufugientem præsentauerit, autores sunt Lucas de Penna, ad l. Si quis decurio, num. 12. C. de Decurio. lib. 10. Angelus, ad l. 2. § Qui exhibendi, num. 6. ff. de custod. reor. Marsilius ad Rub. de fideiussor. quæstione 16. num. 161. Bossius, tit. de carcerato fideiusso. relaxan. num. 35.

Fundamentum est in verbis stipulationis, quia scilicet fideiussor promisit *toties. quoties*, &c. Ergò, licet D semel præsentauerit, non est liberatus. Nec enim sufficit vna præsentatio, vt est communis sententia Doct. Alexand. Castrens. Iasonis & aliorum in l. Duobus, §. 1. ff. de inoffic.

Sed hoc fundamentum verbis stipulationis innixum, non videtur mihi satis firmum: quia non tam verba stipulationis spectanda sunt, quàm totius rei æquitas, & iuris ratio. Si fideiussor requisitus semel Iudici reum præsentauit, & Iudex reum in carcerem coniecit, nonne suæ satisfecit obligationi? Deberetne ipse fideiussor obligatus esse ad custodiendos carceres, ne aufugeret, aut ob negligentiam custodis pœnam luere?

Contrariam igitur sententiam amplector, quam amplexi fuere Afflictus decis. 130. vbi testatur, bis ita fuisse iudicatum in Consilio illo Regio, Cagnolus ad l. Quod te, num. 24. ff. Si certum pet. Tobias Nonius A cons. 103. num. 9. 10. Hieronymus Gabrielius, consi. 181. num. 5. Farinacius accuratus Doctor, tit. de Carceribus, & carceratis, quæst. 34. num. 95.

CAPVT LXXVII.

Fideiussor qui intra certum tempus sub pœna promisit reum præsentare Iudici, an incidat in pœnam, si non præsentauerit, cùm interpellatus non fuit ad præsentandum.

Requirendum esse fideiussorem, vt in pœnam incidat ad exhibendum reum, autores sunt quàmplurimi, quibus còplures alij contradicunt. Vide Antonium Gomez. tit. de captura reorum, num. 9. cap. 9. Paulum Castrens. cõsi. 100. lib. 2. B Roland. à Valle cons. 58. num. 14. lib. 1. Cacheranum, decis. 48. *Cùm pater.* Farinacium, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 34. num. 125. & seqq.

Fundamentum requirentium interpellationem fideiussoris, ad reum præsentandum, vt pœna committatur est, primò, in l. Si penum, ff. quando dies legati cedat, ibi. *Et tunc pecuniam deberi, cùm interpellatus fundum non dederit.* &c.

Secundò, in l. Fideiussor obligari. §. vlt. ff. de fideiussor. ibi *Verisimile est id actum, vt cùm appellatus reus non soluisset; fideiussor teneretur.*

Tertio, in l. vlt. C. vt intra certum tempus criminalis quæstio terminetur, ibi. *Scientibus Iudicibus eorumque officiis, quod si litigatoribus admonentibus ipsis litis introductionem, vel examinationem distulerint: pœna vicenarum librarum auri ferientur.*

Sed profectò non multum valet hoc argumentum, Nam duæ priores leges non loquuntur, vbi certum C tempus & certa pœna stipulationi adiecta est, lex autem tertio loco citata, ideo interpellationem Iudicis requirit, quia Iudex non potest causam expedire intra tempus à lege constitutum, nisi partes instent pro expeditione, & causam instruant. lex punire voluit eo in casu Iudicis negligentiam, cùm videlicet non vult causam expedire. Nulla autem Iudicis est negligentia, cùm partes litigantes non instant, nec illum admonent.

Quare in proposita quæstione nulla opus esse interpellatione, vt pœna committatur, magis est vt credam. Primum ex l. Magnam, C. de contrah. & committen. stip. ibi, vbi Imp. Iustin. *Sancimus vt si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur; vel stipulator voluerit, promiserit, & adiecerit, quod si statuto tempore minimè hæc perfecta fuerint, certã pœnam dabit: sciat minimè se posse debitor ad euitãdam pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra vllam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore* D *fiet obnoxius; cùm ea quæ promisit ipse, in memoria sua seruare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*

Secundò, ex l. Traiectitiæ, ff. de act. & oblig. ibi, *Consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, peti posse pœnam: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset.* &c.

Tertiò, ex l. Sancimus, C. de fideiussor. illis verbis; *Sed competere quidem post tempus elapsum omnino pœnalem actionem, &c.*

Illud non negauerim, moram posse purgari post elapsum tempus, vt ibi dicitur: sed nunc de moræ purgatione quæstio non est, verùm de interpellatione fideiussoris an necessaria sit, & patet ex prædictis necessariam non esse.

CAPVT

CAPVT LXXVIII.

Fideiussor de reo præsentando, toties, quoties fuerit requisitus, an liberetur bina præsentatione facta.



QVi promisit reum præsentare Iudici, toties, quoties fuerit requisitus bina præsentatione facta liberatur, ne res in infinitum procedat, argumento l. Fideicommissa, §. Si quis alicui decē, da leg. 3. ibi. *Non enim onerandus est hæres, vt in infinitum quoties perdiderit, restituere ei tantundem debeat*, &c. Et l. Qui bona, §. vlt. ff. de damno infecto, ibi. *Neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione*, &c.

Atque ita docuerunt Angelus in l. 2. §. Qui exhibendi, nu. 6. ff. de custod. reor. Romanus cons. 15. nu. 5. Marsilius, §. Quoniam, num. 12. Afflictus decis. 46. num. 4. alios citat Farinacius, de Carceribus & carceratis, quæst. 34. num. 163.

Contrarium alij multi docuerunt, In l. Si finita, ff. de damno infecto, Imola, Roman. & Alexand. Iason, in l. Duobus, §. Si ei qui, nu. 19. ff. de iureiur. Bossius, de Carcerato fideiusso. committen. nu. 35. Rolandus, cons. 21. nu. 11. li. 2. cons. 58. nu. a. lib. 1. Hieronymus à Monte, quæst. 28 num. 7. Franciscus Marcus, decis. 797. num. 7. parte 2. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est solidum, quia verba stipulationis hoc important, *toties, quoties*, &c. vt nō semel tantùm vel bis fiat exhibitio rei, sed toties quoties sit opus. Non est igitur recedendum à claris verbis stipulationis, l. Semper in stipulationib. de reg. iur. l. Quicquid astringendæ, de verb. oblig. l. Continuus, §. Cùm ita, eod. tit.

Non obstant leges pro contraria sententia allatæ, quia in his terminis non loquuntur, quibus verba disponentis infinitatem important: sed loquuntur cùm voluntas est obscura: nec tam clarè expressa, vt in quęstione nostra.

CAPVT LXXIX.

Instrumentum si falsum esse probetur in aliqua parte, an in totum præsumatur falsum?



INstrumentum Notarij, quod in aliqua parte falsum esse probatur, in totum pręsumi falsum autores sunt multi apud Gabrielium, li. 7. commun. Cōcl. tit. de Maleficijs, Conclu. 3. apud Menochium, de Præsumptio. libro quinto, Præsumpt. 21.

Fundamentum ponunt primum in l. Si aliquid, 12. C. de susceptoribus, & arcar. lib. 10. ibi: *Nemo eorum semel de interuersione conuictus, id rursus officium gerat, in quo antè decoxit*, &c.

Secundò in reg. Semel malus, semper præsumitur malus, in eodem genere mali.

Sed vt rectè Alciatus monet, reg. 2. Præsumptio. 7. vers. Qnartò intellige, hæc Iuris regula est accipienda respectu temporis futuri. Vt puta, si quis semel est calumniatus in futurum calumniari præsumitur, l. Si cui, §. Iisdem, ff. de accusat. Item si miles malè se gessit in militia, præsumitur & in futurū malè se gesturum, l. Non omnes, §. A barbaris, ff. de re militari.

Cæterùm, respectu temporis, præsentis aliter dicendum est. Nec enim ex eo, quòd Instrumentum in aliqua parte falsum est, idcirco Notarius præsumendus est commisisse in omnibus falsitatem: sic enim omnia ipsius Instrumenta iam facta pręsumerentur essa falsa, quod dictu est absurdum.

Quod autem attinet ad l. Si aliquid, illa non facit ad rem hanc, quia nihil aliud probat, nisi Notarium, qui semel de falso conuictus est, nō posse officium il-

A lud gerere. Sed non inde infertur, omnia quæ gessit & scripsit, falsa esse præsumenda.

Alij dixerunt, si dolo Notarij falsum sit instrumentum in vna parte, in totum vitiari. Bartolus ad l. Si ex falsis, in prima lect. circa finem. C. de transact. quem alij secuti sunt apud Gabriel. & Menochium loco anootato.

Fundamentum est in d. l. Si aliquid, C. de susceptorib. & arcarijs, lib. 10 si enim alia Instrumenta Notarius conficere non potest, & confecta non valerent, multò minus valere debet Instrumētum illud, in quo falsitas commissa fuit.

Sed responderi potest in ea parte, in qua falsitas deprehenditur, nil valet Instrumentum, nec etiam Instrumenta, quæ postea idem Notarius cōficiet, vllam vim obtinere posse, qoia scilicet non potest amplius officium exercere Notariatus; sicut bene probat d. l. **B** Si aliquid, sed in alijs partibus Instrumenti, in quibus falsitas non apparet, sicut & in reliquis iam ab eo confectis Instrumentis non rectè colligitur, ea nil valere.

Nec obstat, quod dicitur, probitatem Notarij esse quid indiuiduum, & ex ea fidem Instrumentorū pendere; Nam fieri potest, vt Notarius in vno committat falsitatem, in altero verò probè & fideliter se gerat. Hoc quidem facit falsitas deprehensa, vt in futurum non sit ei fides adhibenda, quia Semel malus, &c. sed non in præteritum valet hæc præsumptio ne fides Instrumentis iam factis, & in quibus nulla *falsitatis suspicio* est, temerè abrogetur.

Alij igitur voluerunt, Instrumentum in aliqua parte falsum, non tamē falsum in alijs partibus præsumi, Aretinus, in d. l. Si ex falsis. C. de transact. & multi alij allegati à Menochio & Gabrielio.

Istis ego planè assentior, nisi, verbi gratia, talis sit falsitas in vna parte, quæ per se totam fidem Instrumen- **C** tu adimat: vt puta, si scriptum sit, Actum fuisse in vno loco, cùm alio in loco fuerit actum. Sic enim totum falsum apparet.

Mouet me illa ratio, quia non est hoc iure cautum, nec satis iuris rationi consonum, vt quod in vna parte nullum & vitiosum est, in alia parte quoque vitiosum esse præsumatur. Delicta non sunt præsumenda. Dolus non est præsumendus, sed potius error. Et non si in vna parte dolus est, idcirco sequitur, etiam alia in parte adhibitum censeri. Iuuari potest hoc argumentum ex l. Iubemus, C. de testa. illis verbis: *Quòd si non fuerit obseruatum & nomen hæredis, vel hæredum, non fuerit manu testatoris scriptum. vel voce corā testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minimè patimur, vel in totum, si tota hæredum nomina fuerint prætermissa; vel in eius hæredis institutionem, cuius nomen, neque lingua, neque manus testatoris significauit.* Pertinet autem **D** hoc ad rem nostram, quia inferiùs dicit Imperator: *Scituris tabellionibus, & ijs, qui conficienda Instrumenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint pœnam falsitatis non euitabunt, quasi dolosè in tam necessaria caussa versati.*

Sic dicimus testamētum vitiari, quoad hæredis institutionem, cætera firma manere. Authent. Præterea, C. de liberis præteritis. Et generaliter. *Vtile per inutile non vitiari*, l. 1. §. Sed si mihi, ff. de verb. obligat.

CAPVT LXXX.

Vtrum fiscus in integrum restituatur, sicut minores 25. annis.

DE sententijs contra fiscum latis cautum est, vt ex caussa intra triennium retractari possint: Et post triennium, si præuaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur, l. Vn. C. de sententijs contra fiscum latis, lib. 10.

Sed

A Sed an in integrum restituatur in cæteris, sicut minores 25. annis, controuersia est. Affirmat Guido Papæ, ex stylo tamen & consuetudine decis. 302. *Vtrum fiscus.* & Afflictus post Albericum, quem citat decis. 340. nu. 3. Celsus Vgo, cons. 48. nu. 5. Bossius de fisco & priuilegijs eius, nu. 21. Alios citat doctissimus Oddus de restit. in integrum, parte prima, q. 3. nu. 83. quibus adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 6. tit. 2. nu. 10.

Fundamentum est in eo positum, quia fiscus regitur per suos administratores & curatores, quemadmodum Respub. & minores 25. annis. Ergo sicut minores, & Respub. restituuntur, si fuerint læsi ex contractibus curatorum, & administratorum, l. Reipub. C. ex quib. cau. maior. l. 2. 3. & 5. C. si tutor vel curator interuenerit, ita & fiscus restituendus videtur.

Sed contrarium docuerunt Petrus Cyn. Paul. Castrens. & Albericus, in d. l. Respub. C. ex quib. cau. maior. necnon etiam Fulgosius, & alij, quos citat Oddus B loco annotato.

Fundamentum est, quia hoc non reperitur iure cautum, licet enim minoribus id cōcessum sit, & Reipub. non tamen sequitur etiam fisco concessum videri.

Et hæc sententia verior mihi videtur: quia priuilegia non sunt multiplicanda, l. Ius singulare, de legib. l. 1. ff. de constit. Principum. Et quod contra iuris rationem in aliquo casu constitutum est, non debet ad alios casus produci, l. Quod verò, ff. de legibus.

Et sanè, non debemus nos plus fauere fisco, quàm Imperatores ipsi quorum intererat, fauere voluerint. Nusquam legitur fiscum iure minoris vti circa in integrum restitutionem. Potuissent Imperatores id constituere, cùm non constituerint, manifestum est eos noluisse fiscum tot priuilegia habere.

Et aliqua etiam ratio diuersitatis est inter fiscum eiusq; administratores, & minores, vel Rempub. quia in Repub. complures sunt minores & pupilli, meritò C in integrum restituitur: sicut & minores qui per ætatis lubricum sępè decipiuntur, l. 1. ff. de minor. At cùm Princeps maior est, & fiscus habet suos administratores, & curatores ætate maiores & peritos, nulla est ratio cur ad instar Reipub. vel minoris restituendus sit. Certè ætatis fauor cessat, quo præcipuè inductus est Prætor ad concedendum restitutionis auxilium. Nec enim illa est in integrum restitutionis ratio, quod alicuius res ab alijs administrentur. Nam si esset hæc ratio, omnes maiores 25. annis in integrum restituendi essent: quorum res administrantur ab alijs, puta Procuratoribus, Officialibus, Ministris, & negotia gerentibus. Quod nemo dixerit.

CAPVT LXXXI.

An fiscus in pœnalibus restituatur in integrum?

FIscum in integrum restitutionem in pœnalibus posse implorare aduersus sententiam, quæ reum vel absoluit, vel mitiori pœna condemnauit, quàm delicti grauitas postularet, autores sunt multi apud Antonium Gabrielum, lib. 7. Commun. Concl. tit. de Maleficijs, conclus. 13. quibus addi potest Peregrin. de iure fisci, lib. 7. tit. 4. num. 1.

Fundamentum est in l. Vnica, C. de sentent. contra fiscum latis, lib. 10. vbi sancitum est generaliter, sententias contra fiscum latas retractari posse.

Sed contrarium responderunt quàm plurimi alij, apud Sfortiam Oddum, parte 1. de restitut. in integrum, quæst. 3. art. 13. nu. 85. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est in l. Auxilium, ff. de minoribus. Triphonius: *Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est. Ideoque in criminum iudicium semel omissum repeti non potest*, &c.

Si minor 25. annis non restituitur in pœnalibus? Ergò nec fiscus: non enim fiscus maius habet in hac re priuilegium quàm minores. Igitur si à sententia non appellauerit, non potest in integrum restitui, sicut nec minores possunt.

Non obstat l. Vnica, quia illa de sententijs latis contra fiscum retractandis, generaliter loquitur, nos autem specialiter, de sententijs latis in caussis pœnalibus, in quibus cùm paratum auxilium in integrum restitutionis minoribus non sit, multò minus fisco paratum esse debet. Specialis igitur Regula generali præferenda videtur, quia generi per speciem derogatur.

CAPVT LXXXII.

Vtrum solæ inimicitiæ cùm occiso sint sufficiens indicium ad torturam.

B



Olas inimicitias indicium esse sufficiens ad torturam, autores sunt Speculator, tit. de Pręsumpt. §. Species, nu. 5. Romanus, in l. 1. §. Si quis in villa, in 1. not. ff. ad Syllan. Angelus, de Maleficijs, vers. Fama publica præcedente, num. 29. Calcaneus, cons. 63. num. 2. Felynus, in cap. Afferr. num. 12. de Præsumpt. Brunus, de Indicijs & tortura, parte 1. q. 3. num. 29. Gratus consil. 136. num. 24. lib. 1. Io. de Amicis, cons. 51. num. 7. Mantua, cons. 52. & 57. lib. 2.

Fundamentum est, quia ab inimico omne malum expectandum est, c. Repellatur, de accus. l. Si inimicitiæ, ff. de his quib. vt indig. l. 1. §. Cùm quis, ff. de quęst.

Sed hæc suspicio nimis remota est; Indicia verò ad torturam debent esse propinqua, verisimilia, grauia, certaq; & vrgentia, l. Milites, §. Oportet, C. de quæst.

Alij igitur veriùs censuerunt, inimicitias solas non C sufficere, sed alia adminicula requiri Clarus quęst. 21. vers. Inimicitia. Alios quàm plurimos citat Antonius Gabrielius, lib. 7. Commun. Conclus. tit. de Maleficijs, concl. 18. quib. adde Menochium de Præsumpt. lib. 1. Præsumpt. 89. nu. 50. & me quoque socium adiungo.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum frater admittendus sit in testem pro fratris sui defensione in caussis criminalibus.



Rauis quoque, nec silentio inuoluenda controuersia est de fratris testimonio, an idoneum sit pro fratris defensione in caussis criminalibus; multis asserentibus, multosque etiam negantibus. Vide Antonium Gabrielium, lib. 7. Com- D mun. Conclus. tit. de Maleficijs, conclus. 22.

Qui admittendum censuerunt, fundamentum collocarunt in c. Litteras, de Præsumpt. perpendendo in illa facti specie fratris testimonium pro defensione siue excusatione non admitti; quia fuerat sibi contrarius: prius enim aduersus fratrem suū testificatus fuerat, eum hæreticum asserendo. Ergo caussa illa contrarietatis cessante, satis valeret fratris pro defensione testimonium.

Sed quis non videt, quàm infirmum hoc sit argumentum. Fratris testimonium in illa facti specie non admittitur: *Quia vel mendacium prius dixit in fratrem, asserendo illum hæreticum, vel periurium postea commisit in Deum, purgando illum de hæresi: quorum vtrumque reddit illum valde suspectum*, vt Summus Pontifex ibi declarat.

Cessantibus istis suspicionibus, atque adeo extra illam facti speciem, in qua frater prius contra fratrem deposuerat, non dicit S. Pontifex, fratris testimonium esse admittendum, vel idoneum esse, pro defensione fratris:

fratris: vel non esse admittendum: Nihil enim aliud dicit. Ergo id ex alijs legibus est definiendum, quæ sic se habent: *Etiam iure ciuili domestici testimonij fides improbatur.* l. 2. C. de testib. l. pen. ff. eod. Merito sanè. Nam *propinquitatis & consanguinitatis affectio veritatem impedire solet*, vt dicebat Calixtus Papa, in c. Accusatores, 12. dist. 3. quæst. 5. His neganti sententiæ subscribendum esse censui.

CAPVT LXXXIV.

Testis si in Iudicio contraria ex interuallo temporis deposuerit, an sit credendum priori, vel posteriori depositioni?

EST controuersia inter Doctores de teste, qui ex interuallo non corrigendi erroris gratia, contraria deposuerit in iudicio, cui sit depositioni fides adhibendæ, an priori, an posteriori, an neutri? Priori fidem esse habendam communior est sententia. Vide Couarr. Variarum resolut. lib. 2. cap. 13. num. 8. Mynsingerum centur. 2. obseru. 86. Menochium, de arbitr. iud. casu 108. num. 10. Gabriel. lib. 7. Commun. Concl. tit. de Maleficijs, conclus. 29.

Fundamentum est in c. Sicut nobis, de testib. in illis verbis, nō enim testimonium prædictorum *(Cùm periuri sint) est in hoc casu aliquatenus admittendum.* Non vult S. Pontifex admitti testimonium, quod est cōtrarium priori testimonio, quia testis contraria deponēs, periurus est, Ergo priori testimonio standum est.

Contrarium, nempe, nec priori, nec posteriori depositioni fidem esse habendam, docuerunt Antonius Burrius, in cap. Cùm in tua, de testibus. Bald. in l. Gesta. C. de re iudic. & quidam alij, quos refert Mynsingerus d. obser. 86.

Fundamentum est in l. Eos, ff. ad leg. Cornel. de fals. *Eos qui inter se diuersa testimonia præbuerint, quasi falsū fecerint, præscriptio legis Corneliæ teneri pronunciatum est.* & in c. Præterea, de testib. cog. ibi: *Quorum testimonia si quandoque non studiosè, sed in proferendo errauerint, & se incontinenti correxerint, reprobari non debent: secus autem erit, si correctioni suæ interposuerint interuallum.*

Ego video neutram sententiam satis firmo innixam esse fundamento. Nam quod attinet ad prioris sententiæ fundamentum, in cap. Sicut nobis, responderi potest, licet secundùm testimonium priori contrarium in illa facti specie reprobetur, non tamen dicitur, priori adhibendam esse fidem, vel non adhibendam. Caussa enim ibi erat decisa, & lata sententia diuortij, quæ proinde rescindi non potest, nisi de corruptione testium aliter constiterit, quàm per eorum depositionem. Non loquitur ibi S. Pontifex in terminis, quando lata sententia non est, an scilicet Iudex priori depositioni fidem habere debeat, vel non debeat habere. Fieri enim potest, & concedi, posteriorem depositionem admittendam non esse: Sed non inde efficitur priori esse fidem adhibendam.

Quod verò attinet ad posterioris sententiæ fundamentum, responderi potest, testem sic variantem esse quidem tanquam falsarium puniendum: sed non propterea fidem ei prorsus abrogandam esse: quia fieri potest, vt falsum dixerit in posteriori testificatione, & in priori meram veritatem.

Similiter ad c. Præterea, responderi potest, testimonium posterius ex interuallo non esse admittendum; & hoc S. Pontificem velle, non autem priori testimonio fidem abrogare.

Igitur in hac quæstione ego sic statuo & concludo, si proponatur talis facti species, in qua timor subornationis esse possit: quia scilicet publicatæ fuerint attestationes, & nonnihil suspicionis sit, testem sic va-

A riantem fuisse à litigatoribus subornatum, tunc priori depositioni standum esse. Et ita loquitur Guido Papæ decis. 546.

Cessante autem subornationis timore, veluti si testis sit in carcere; nec potuerit verisimiliter loqui cum litigatoribus, existimo hanc rem arbitrio Iudicis esse committendam, an magis primæ vel secundæ depositioni testis fidem habere velit, ex personarum & negotiorum circunstantijs & qualitatibus, & hoc ex regula generali, tex. in l. 3. §. Tu magis, ff. de testibus.

CAPVT LXXXV.

Testis si contrarium testimonium dixerit in Iudicio, ei quod extra iudicium dixerat, cui sit fides habenda?

B SI testis extra iudicium aliquid deposuerit, deinde in iudicio examinatus contrarium fuerit testificatus, controuersia est, an priori depositioni vel posteriori magis credendum sit. Etenim Bartolus in l. Eos, nu. 4. ff. ad l. Corn. de falsis, apertè scribit, testem hunc vti falsarium esse puniendū, ex quo indicat neutri depositioni credendum esse: sequitur Ancharanus in Clement. 2. de testibus, non procul à fine, Capella Tholosana decis. 376. & alij apud Antonium Gabrielium, lib. 7. Commun. Conclus. titulo de Maleficijs, conclus. 31.

Fundamentum ponit in dict. l. Eos, in illis verbis: *De impudentia illius qui diuersa duobus testimonia præbuit, cuius ita anceps fides vacillat, quin crimine falsi teneatur, nec dubitandum est.*

Sed non constat, an Iureconsultus ibi loquatur de testimonijs in iudicio prolatis, vel extra iudiciū.

C Deinde non rectè infertur: testem esse puniendum, vt falsarium, Ergo neutri depositioni esse fidem habendam, quia falsitas potest committi in secunda tantùm depositione; non autem in prima, vel contra. Ita vt Iudex ex rerum & personarum circumstantijs facilè animaduertere possit, alterum ex duobus testimonijs verum, alterum falsum esse. Debet ergo tunc sequi, quod verisimilius est.

Præclarè enim Arcadius: *Sed quod naturæ negotij cōuenit; & quod inimicitia & gratia suspicione caret:* (credendum est) *confirmabit eq, Iudex motum animi sui ex argumentis, & testimonijs, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse comperit.* l. Ob carmen, §. 1. ff. de testibus.

Alij magis communiter dixerunt, posteriori testimonio in iudicio prolato magis credendum esse, licè autores citat Gabrielius loco proximè citato, & post eum Menochius de arbitr. iudic. casu 108. nu-

D mero 22.

Fundamentum est, quia posterius testimonium in iure prolatum, est iuramento firmatum. & maiorem autoritatem ac fidem ei tribuere videtur maiestatis ipsa Prætoris.

Sed certè quantum testis huiusmodi autoritatis acquirit, ex calore iudicij tantùm leuitatis contrahit ex contrario testimonio, extra iudicium prolato; ita vt videatur neutri testimonio fidem esse habendam.

Nam argumentum probat: si credendum sit alterutri testimonio, vel iudiciali, vel extraiudiciali, magis credendum fore iudiciali, quia dignius est, firmius, ac maiori cum deliberatione prolatum: Sed difficultas est, an sit ambobus testimonijs fides subtrahenda propter contrarietatem.

Concludo ego totam hanc rem boni viri, hoc est, Iudicis arbitrio esse dirimendam, argum. l. 3. §. Tu magis, l. Ob carmen, §. 1. ff. de testibus.

CA-

CAPVT LXXXVI.

Vtrum sciens coniurationem cõtra Principem vel Rempub. & non eam reuelans, puniendus sit.

HÆc est celebris illa iuris quęstio, olim inter Bartolum & Baldum controuersa, in qua complures dixerũt, animam Bartoli in inferno cruciari, non satis, vt existimo, considerarè ac prudenter. Docuit Bartolus, scientem & non reuelantem crimen contra Principem committendum, puniri debere, eadem pœna mortis, in l. Vtrum, ff. ad l. Pompeiam de Paricid. & alibi. Baldus autem respondit, tunc puniendum fore qui cõscius est; cùm probare potuit verum esse quod sciebat.

Atque hinc controuersia orta est, ac disputatio inter Bartoli ac Baldi sectatores, an indistinctè puniendus sit is, qui sciuit & nõ reuelauit, an verò cum hac distinctione, si delictũ probare potuit. Autores vtriusque sententiæ recenset latè Antonius Gabrielius, lib. septimo. Communium Conclusionum, titulo de Maleficijs, Conclus. 37. & post eum Iulius Clarus quæst. 87. & nouissimè post hos Menochius, de arbitr. indicum Casu 355.

Pro distinctione adfertur primò tex. in Clem. 2. de hæreticis, in illis verbis: *Quod si taliter ea sciuerint, vt ea probare valeant, si sit opus hac prælatis inquisitorum, commissariorum eorundem, ad quos id pertinebit, nunciare id sollicitè debeant.*

Secundò, adfertur lex Nostris, 8. C. de Calumniator. ibi. *Quòd post hac singuli vniuersique cognoscant, non licere in eo, quod non possit ostendi iudicum animos commoueri.*

Tertiò, adfertur l. 3. C. ad l. Iul. Maiest. vbi: *Si quis alicui maiestatis crimen intenderit, si alijs manifestis indicijs accusationem suam non potuerit probare, cum eo qui huiusmodi temeritatis reus deprehenditur, illum quoque tormentis subdi oportet.* Nemo autem in tale periculum, vt torqueatur, tenetur se subijcere, Ergò nemo tenetur crimen læsæ Maiestatis detegere, si illud probare non potuerit.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ, quæ non admittit hanc distinctionem, positum est in legibus, quibus dicitur conscios puniri, nec id adijcitur, si videlicet probare potuerit, & non solũ in crimine læsæ Maiestatis, sed etiam in alijs criminibus, atrocibus tamen, l. Quisquis, §. Id quod, C. ad l. Iul. Maiesta. l. Si fortè, ff. de pœnis, ibi. *Magisque esse puniendos qui tamdiu conticuerint, quod pro salute Princ pis habere se dicere iactant.* l. 2. l. Vtrum, ff. ad l. Pompeiam de Parricidijs, l. 1. §. Occisorum, ff. ad Syllan. l. Vnica, C. de raptu virginum.

Placet mihi in hac controuersia distinctio communiter recepta ex Alciato ad l. 4. §. Cato, in 4. not. ff. de verbor. oblig. & Cagnolo in l. Culpa caret, nu. 21. de regul. iuris, distinguendum esse inter accusationem, ac simplicem denũciationem. Neminem teneri accusare de crimine lęsæ Maiestatis alium, licet sciat illum reum esse, nisi id probare possit: Et ita accipiendam esse l. [illegible] C. ad l. Iul. Maiest. quæ reuera de accusatore loquitur, quemadmodum etiam loquitur l. Nostris, C. de calũniat. & omnia alia similia iuris loca, si quę adferuntur pro distinctione illa, in his terminis accipienda sunt. Cæterùm, denunciare simpliciter Principi vel Reip. vt caueat: nec se ad probandum adstringere, ad instar accusatoris omnes, qui sciunt teneri, quod sanè probant leges allatæ cõtra distinctionem: & ratio iustitiæ etiam dictat: atque ita sentio.

CAPVT LXXXVII.

Maleficorum bona sint ne confiscanda.

INter viros doctos iurisque peritos controuersum vidi, an Maleficorum bona confiscanda sunt. Mouet, quoniam inter omnes constat, crimen hoc admixtam quandoque hæresim habere, Ergo eisdem, quibus hæresis pœnis coercendum videtur, vt post Grilandum ab eo citatum, dicebat Menochius de arbit. iud. Casu 388 nu. 4. Clarum autem est, hæreticorum bona esse confiscanda, etiam filijs existentibus, ex Auth. Gazaros, C. de hæreticis, & c. Vergentis, de hæreticis, vbi summus Pontifex rationem adfert, dicens: *Cùm enim secundum legitimas sanctiones reis læsæ Maiestatis punitis capite, bona confiscentur eorum filijs suis vita solùmodo ex misericordia conseruata quanto magis qui aberrantes in fide verùm Dei filium Iesum Christum offendunt, à capite nostro, quod est Christus, Ecclesiastica debent districtione præscindi, & omnibus bonis temporalibus spoliari, cum longè sit grauius æternam, quàm temporalem lædere maiestatem?*

Verùm istis nil morantibus, existimo, in hoc crimine, quod Maleficium vocamus, locum non esse bonorum confiscationi, nisi vt infrà dicam, quod & Binsfeldius docuit de Cõfessionibus Maleficorum, in 12. Prælndio. Quod sanè intelligo descendentibus vel ascendentibus extantibus vsque ad tertium gradum, secundum Iustiniani Nouellam 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locum tenentibus, vel secundum veterẽ translationem in auth. Vt nulli iudicum, §. Vlt. Vel etiam fratribus, & collateralibus extãtibus vsque in tertium gradum, vt in Auth. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum, secũdum tamen ea quæ dixi lib. 1. cap. 35. in prima parte Controuers.

Istis extantibus, vt dixi, non puto locum esse confiscationi; in crimine isto quod Maleficium dicimus, & moueor ex dicta Iustiniani Nouella, in qua pœnam confiscationis sustulit, excepto crimine læsæ Maiestatis: *Sancimus*, inquit, *eos qui in criminibus accusantur; in quibus leges mortem aut proscriptionem definiunt: si conuincantur aut condemnentur: eorum substantias non fieri lucrum Iudicibus, aut eorum officijs, sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari: sed si quidẽ habeant descendentes, & ascendentes vsque ad tertium gradum eos habere, &c. In Maiestatis vero crimine condemnatis veteres leges seruari iubemus.*

Ex hac Nouella habemus sublatam esse cõfiscationem in crimine Maleficij, quia solùm crimen Maiestatis excipitur. Olim pœnam confiscationis habuisse locum in Maleficos certum est, quia Malefici pœna mortis afficiebantur, l. 2. 3. 4. 5. 6. & toto ferè tit. C. de Malef. & Mathematicis; conuenienter legi diuinæ: *Maleficos non patieris viuere.* Exodi 22. in consequentiam autem pęnæ mortis bona confiscari solita, docet l. 1. ff. de bonis damnator.

Cùm igitur à Iustiniano sublata sit cõfiscationis pęna in omnibus criminibus, excepto Maiestatis crimine, & consequenter etiam in crimine de quo agitur, si videlicet extent descendentes vel ascendentes, vt dixi; videtur mihi ex hoc loco argumentũ fortissimum oriri; non esse confiscanda bona maleficorum, si liberos vel ascendentes superstites relinquant. Nam nullibi video contrariũ esse constitutũ, vel iure Canonico, vel Ciuili, post Iustinianũ, nec nos munere legislatoris fungi oportet, sed Interpretis atque Doctoris.

Non obstat quod dicitur de hæresi, quandoq; huic crimini admixta, nam concedo admixtam quandoq; esse, & Sortilegia ac Maleficia nonnunquam hæreticalia esse, vt docet c. Accusatus, §. Sanè, de hæreticis, lib. 6.

lib.6. sed nego idem tunc esse statuendum, quod de ipsa hæresi constitutum est. Nego tunc punienda esse Maleficia eodem modo quo hæresis punitur: atque id asseuerātibus nequaquam assentior, donec melius ostenderint.

Nam Malefici comburi solent iuri & rationi conuenienter: vt dixi: Nec si penitētiam agant, ad Deum reuertentes, diabolicis eiuratis commercijs, eis ignoscitur: sed puniuntur, vt notum est, tam ex Caroli V. Constitutionibus, quàm etiam iure communi; Pœnitentia enim post commissum delictum, non excusat à pœna, leg. Qui ea mente, ff. de furtis, tradit Clarus quæst. 16. vers. *Item quæro*, & quæst. 60. vers. *Fui quandoque interrogatus.*

Sed in crimine hæresis aliter est constitutum; Nam si hæreticus peniteat, & velit abiurare suam hæresim, ac reuerti fidem Catholicam, congruamque exhibere satisfactionem, penas iure impositas hæreticis, euitat, cap. Ad abolendam, de hæreticis, & est cōmunis omnium sententia, Claro teste in §. Hæresis, vers. Sed quæro.

Si ergò Malefici puniendi sunt, vt hæretici, consequens est eis pœnam mortis remittendam, post congruam pœnitentiam & satisfactionem, consequenter etiam pœna confiscationis bonorum, sicut hæreticis remittitur. Sed Maleficis constat penam non remitti ēt penitentibus, Ergo non sicut hæretici puniuntur.

Dices, Maleficis penitentibus pœnas non remitti, quia non sunt simpliciter hæretici, sed quandoque homicidia committunt, & multa damna inferunt contra bonum publicum, & pacem; sed quatenus hæretici sunt, remitti eisdem pœnas posse legitimè penitentibus: sicut alijs hæreticis remittuntur. Consequenter si non peniteant, esse puniendos etiam confiscatione bonorum, sicut in hæresi constitutum est.

Respondeo, id verissimum esse; & rectè dici ac concludi posse; Si Maleficium hæresim sapiat manifestā, quo casu hæreticæ prauitatis inquisitores cognoscere posse docet tex. in c. Accusatus, §. Sanè, de hæret. lib. 6. & si Naleficus nō peniteat, sed obstinatus perseueret in eo crimine; sanctissima Ecclesiæ Sacramenta recipere nolit, nec peccata cōfiteri, tunc sicut viuus comburi debet, vt & hæretici comburuntur, vide Binsfeldium de confess. malef. in 7. Concl. Dubio 4. post Couar. lib. 2. Variar. resol. c. 10. nu. 10. ita etiam confiscari potest, atque adeò bona ei possunt auferri, rectè & legitimè etiam filijs extantibus, vel ascendentibus, sicut & hæreticis auferuntur.

Sed cùm Maleficus ad Deum reuertitur & confitetur, ac recipit Ecclesiæ Sacramenta, pœnitetque anteactæ vitæ, nō puto eius bona esse infiscanda, si ascendentes vel descendentes vsq; ad tertium gradum relinquat; sicuti nec hæreticis confiscantur penitentibus, vt dixi.

Obiter autem notandum est, in hoc proposito comburendi Maleficos, Constantinum in l. 6. C. de malef. & Mathematicis illis verbis, *feralis pestis absumat*, hoc supplicij genus intellexisse; quod obseruauit Petrus Faber, vir eruditissimus, lib. 2. Semestrium, c. 7. in fine, adducto Pauli testimonio, lib. 5. Senten. c. 23.

Quibus ita se habentibus, tres Conclusiones ex dictis possunt excipi. Prima, Maleficorum bona confiscanda esse, si nullos ascendentes vel descendentes vsque in tertium gradum relinquant, siue hæresis admixta sit, vel non.

Secunda, non esse confiscanda, si relinquant ascendentes vel descendētes vsque in tertium gradum, vbi Maleficium hæresim admixtam non habet.

Tertia, vbi crimen habet hęresim admixtam, distinguendum esse, vtrum Malefici pœniteant, & abiurata hæresi ad fidem Catholicam reuertantur, congruamque satisfactionem exhibeant, an verò obstinati sint,

A & non peniteant, priore casu penam confiscationis, quæ tanquam hæreticis imponeretur, remittendam esse. Posteriore casu non item licet ascendentes vel descendentes vsque in tertium gradum extent.

CAPVT LXXXVIII.

Testimonium socij criminis an faciat indicium ad inquisitionem, in casibus non exceptis.

CVm vtroque iure constitutum sit, de se confessos ne interrogari quidem de aliorū conscientia posse, l. vlt. C. de accus. cap. 1. de confessis, existimo ego si interrogentur, nullum eos facere indicium, ad inquisitionem, quandoquidē nullum sit hoc testimonium cōtra legis præscripta prolatum, ex reg. l. Non dubium, C. de legib.

B Atque ita docuērunt Fulgosius, consi. 136. & consi. 173. Decius, cons. 189. num. 8. Ruinus, cons. 146. num. 8. 9. & 147. num. 2. lib. 5. Iason, cons. 22. num. 1. lib. 1. Gozadinus, cons. 2. nu. 21. Marsilius, Pract. crim. §. Diligenter, num. 67. Boerius, quæst. 319. num. 1. Grammaticus, cons. 21. num. 1. & cons. 38. num. 20. Menochius, de arbitr. Casu 474. oum. 24.

Sed contrarium responderunt Baldus, in consi. 95. lib. 1. Blancus de indicijs, num. 389. qui eiusdem sententiæ commemorat Hostiens. Ioan. And. Panorm. & Anchar. in c. 1. de confess. Clarus, q. 21. vers. Retenta igitur, Bossius malè pro contraria sententia citari solitus, tit. de indicijs, num. 182. nouissimè Ludouicus à Peguera, decis. Cathaloniæ, 5. post num. 30.

Fundamentum est, quia omnis denunciator, quantumuis infamis ac vilis, indiciū facit ad inquisitionē.

Adfertur etiam Glos. in cap. Interrogatum, 2. q. 5. quæ adducit text. in c. Significasti, de adult.

C Sed & Baldus citauit in hanc rem l. Qui vltimo, ff. de penis, in fine, & non desunt qui pro hac sententia inducunt tex. in d. c. 1. de confessis.

Hæc omnia sic expedio. Nego quemlibet testem infamē ac vilem de iure indicium esse legitimum ad inquirendum. Si de facto ita seruatur, nil ego admoror.

Aio tex. in cap. Significasti, de adult. nihil ad rem facere, nec tex. in l. Qui vltimo, Nam vltima verba quibus Baldus nititur hæc sunt: *Sapè etiam ideo seruari solent post damnationē, vt ex his in alios quæstio habeatur.* Intellige in casibus à iure permissis, vt exponit ibi Gl.

Nego rectè induci ad hanc rem tex. in c. 1. de confessis: quia apertè dicit, de se confessum non posse de alijs interrogari: Et licet postea subijciat, *Si tamen eos infamia huiusmodi laborare cognoueris singulis eis*, &c. *purgationem iniungas*, tā hinc non rectè colligitur, socium criminis iudicium fecisse ad inquisitionem. Po-

D tuit enim fama aliundè oriri, quàm ex socio criminis.

Nam & nos fatemur, si alia indicia adsint, iudicem rectè inquisitionem incepturum.

CAPVT LXXXIX.

Mendacium rei examinati, an sit indicium ad torturam sufficiens.



Endacium rei à Iudice examinati esse indicium ad torturam sufficiens, complures asseruerunt, Bartolus in l. De minore, §. Plurimum. num. 3. & in l. vlt. num. 3. ff. de quæst. Romanus consi. 8. num. 12. Angelus de Maleficijs, in ver. Fama publica, numero 105. Marsilius, §. Diligenter, num. 74. Socinus senior, consi. 54. num. 13. lib. 3. multos alios citat Menochius de Præsumpt. lib. 1. q. 89. num. 67.

Fundamentum est primò in l. De minore, §. Tormenta,

menta,ff.de quæſt.illis verbis; *Nam & ex ſermone,& ex eo qua quis conſtantia qua trepidatione quid diceret, vel cuius æſtimationis quiſque in ciuitate ſua eſt,quedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.* A

Secundò in l.Vnius,§.Teſtes,ff.eo.tit. vbi Iureconſultus: *Teſtes torquendi non ſunt conuincendi mendacii, aut veritatis gratia niſi cum facto interueniſſe dicuntur.*

Tertiò in c.Litteras.de Præſumpt.illis verbis: *Nos verò prædictum G.ſuſpectum de hæreſi vehementer habuimus:tum quia quod antè dixerat, poſtea ſe dixiſſe negauit:tum quia vel mendacium primò dixit in fratrem, aſſerendo illum hæreticum, vel periurium poſtea commiſit in Deum purgando eum de hæreſi,&c.*

Sed contrarium reſponderũt complures alij,Grammaticus,conſi.ciuili.59.nu.8.& Voto 30.nu.16.Ioannes de Amicis,conſi.234.nu.3.alios citat Menochius vbi ſupra.

Fundamentum eſt,quia hoc indiciũm valde remotum eſt,& poteſt eſſe mendaciũ in re leui,& quæ non pertineat ad ſubſtantiam negocij de quo agitur. B Item, quia licet contraria dicere propter ſalutem, arg.l.Nemo,ff.de except.& l.1.ff.de bonis eor. qui ſibi mortem conſci.

Tertia eſt ſententia Blanci in tract.de indicijs,nu. 269. Aut contrarietas rei ex qua mendacium oritur, eſt circa ea quæ pertinent ad ipſius defenſionem, aut circa alia. Poſteriore caſu mendacium eſt inditium ad torturam, Priore non item.

Quarta eſt ſententia Iulij Clari,q.21.verſi.Mendacium, hanc rem arbitrio prudentis iudicis eſſe committendam,quia legibus definita non eſt.

Et huic poſtremæ ſententiæ magis eſt vt aſſentiar. Prudens ergo Iudex conſiderabit omnes facti & perſonarum circumſtantias, & mendacij qualitatem diligenter expendet:& aliquando reum torturæ ſubijciet,aliquando non ſubijciet, prout ei magis videbitur æquum. C

Nil moror quæ pro ſententia priori adferũtur,Nã l.De minore, §.Tormenta, non dicit ob mendacium torquẽdum eſſe reum; Nec id etiam dicit l.Vnius,§. Teſtes,loquitur enim de teſte contraria dicente, qui proculdubio torquendus eſt ad eruẽdam veritatem, de reo principali non loquitur.

Nihil etiam obſtat c.Litteras,de Præſump.quia fateor in ea facti ſpecie reum fuiſſe torturæ ſubijciendum, quia graues erant ſuſpiciones contra eum, ex periurio,& mendacio, & erat mendacium reſpiciens ſubſtãtiam negocij:agebaturque de crimine grauiſſimo. Non ſic eſt ſtatuendum temerè in omnibus caſibus,in quibus reus mendacij conuincitur:ſed totum arbitrio prudentis Iudicis committendum.

Nihil etiam mouet quod pro altera ſentẽtia adfertur,licere cuipiam pro ſalute contraria dicere. Nam l.Nemo,ff.de except.loquitur de reo, cui permiſſum eſt diuerſis vti exceptionibus; non rectè ex hoc infertur licere reo à Iudice examinato mentiri,aut ſi mentiatur, non rectè interdum conijci, mendacem reum delictum commiſiſſe. D Nihil etiam obſtat l.1.ff. de bonis eor.qui mortem ſibi cõſciu.quia non ſequitur, licet cuilibet quacunque ratione ſanguinem ſuum redimere,ergò & mentiri, & ex tali mendacio torqueri reus non poteſt.

CAPVT XC.

Aſſertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam.



AFfirmant indicium eſſe ad torturã ſufficiẽs, vulnerati aſſertionem in mortis articulo, Angelus in l.Si quis in graui,§. ſi quis moriens. ff. ad Syllan. Marſilius Singul. 5.16. Grammaticus conſi.57.nu.13.

Fundamentum eſt,quia nemo præſumitur eſſe immemor ſalutis æternæ, præſertim mortis tempore, l. vlt.C.ad l.Iul.repetund. Conſequenter non præſumitur mentiri,& alicui velle iniuriam facere; quinimò experientia docet plerũque tempore mortis eos,qui malè vixerunt ad Deum conuerti; & mandare vſuras malè extortas reſtitui,& alia facere,quę ad animę ſalutem pertinent.

Negant Alex.conſi.14.nu.5.lib.3.Iaſon,in l.1.num. 10.Comm.de legatis. Petrus Placa. in epitome Delictor.lib.1.c.15.nu.15.Clarus.q.21. verſ. Aſſertio vulnerati,Menochius de Præſumpt.lib.1.q.89.nu.79.

Fundamentum eſt in d.l.Si quis in graui, §.Si quis moriens,ff.ad Syllan.vbi Vlpianus: *Si quis moriens dixiſſet à ſeruo vim mortis ſibi illatam eſſe,dicendum eſt, non eſſe credendum domino,ſi moriens hoc dixit, niſi potuerit & probari.*

Huic poſteriori ſententiæ calculum adijcio lubẽs, quia vſu forenſi recepta eſt,& ſatis probabilis nititur argumento.Si enim talis aſſertio morientis præſtaret argumentum ſufficiens ad torquendum, id Vlpianus non reticuiſſet: nec tam latè & abſolutè non eſſe credendum prouinciaſſet.

Ad argumentum reſpondeo,non eſſe quidem præſumendum morientem velle mentiri: Veruntamen nec quempiam eſſe quæſtionibus ſubijciendum, niſi certis argumentis,& indicijs Iudex ducatur, l.Milites,§.Oportet, C.de Quæſt. Non eſt autem ſatis certum ac probabile hoc indicium ex aſſertione morientis,vt patet ex d. .Si quis moriens.

CAPVT XCI.

Stante ſtatuto quo fur pro tribus furtis ſuſpendi iubetur,an ſi committat vnum tantum furtum,ſed magnum,eadem pœna plectendus ſit?



FVrem laqueo ſuſpẽdi oportere pro trib. furtis ſæpè Conſtitutionib. cauetur prouincialibus: ſed tunc in controuerſiam vocatur, an & furca ſuſpendendus ſit propter vnum maximum furtum?

Affirmant Baldus in Auth.Sed nouo iure.C. de ſeruis fugitiuis.Angelus de Maleficijs,in verſ. *Et veſtem cœleſtem*,nu.13.Panorm.in c.Inter alia,nu.31.de Immun. Eccleſ.& hanc ſententiam in Hiſpania conſuetudine receptã teſtatur Diaz.in Pract.Crim.c.84.& in regno Cathaloniæ Ludouicus a Peguera, dec.27. nu.8.

Fundamentum eſt in l.Si is qui tres, §.vlt.ff.de excuſatio.tutor.vbi dicitur, ſicut tria onera tutelarum excuſant a tutela,ita & vnam tutelam magnam excuſare, quæ ſcilicet magnum & amplum patrimonium continet. Item,quia in atrocioribus permiſſum ſit iura tranſgredi,arg.l.1.C.de precibus Imp.offer. & l.Si quis filio exhæredato,§.Hi autem omnes, ff.de iniuſto rupto & irr.teſtam.

Non placet,nec ſententia,nec fundamentum eius. Nam quis non videt hæc eſſe longè diſſimilia? tres tutelæ excuſant,& vna magna fungitur vice trium tutelarum,quia tutor æquè in illa vna occupatur, atq; in tribus tutelis paruis, aut mediocribus. Sed alia ratio eſt ſtatuti punientis tria furta pœna mortis. Namque illud proculdubio reſpicit ad furandi cõſuetudinem iterationemque delicti:quare in vno licet magno furto talis conſuetudo non apparet,ac delicti iteratio.

Illud verò brocardicum nil moratur, in atrocioribus permiſſum eſſe iura tranſgredi, ſcilicet id verum eſt,concurrentibus ijs facti circumſtantijs, quæ commemorantur in legibus allegatis. Alijs in caſibus ſeruandæ ſunt leges, nec cuiquam permiſſum eſt eas tranſgredi.

A Contrariam igitur sententiam verbis statuti consentaneam & rationi magis probo, quàm probarunt Aretinus, Salycetus, Fulgosius Castrens. in d.Auth. Sed nouo iure, C.de seruis fugitiuis. Antonius Gomes.tit.de furtis,num.7, Rolandus à Valle, consil.51. num.43.lib.1, Farinacius tit.de Delictis & pœnis, qu. 23, num.3.

CAPVT XCII.

Vtrum fures, qui de se confessi sunt, possint interrogari de socijs?



Vres, qui de se confessi sunt, interrogari posse de socijs & receptatoribus, docuit expressè Bartolus, In l.Repeti, §.Is qui, ff.de quæst. quem secutus est Alexander in cons.69.num.8.lib.2.Ludouicus à Pe- B guera, decis.Cathaloniæ 37.

Fundamentum est in l.Diuus, ff.de custodia, & exhib.reor.illis verbis: *Sed & caput mandatorum extat, quod Diuus Pius, cùm Prouincia Asia praeesset, sub edicto proposuit, vt Cirenarcha cum apprehenderint latrones, interrogent eos de socijs & receptatoribus*, &c.

Adfertur in eandem sententiam l.Prouinciarum, C.de ferijs. Sed nõ hoc dicit, Item ratio hęc adfertur, quia cógruit officio Præsidis expurgare Prouinciam malis hominibus, ac proinde íterrogare debet furem de socijs, cùm præsertim talia furta sunt, quæ sine socijs committi non solent, vt scilicet alij quoque puniantur,

Contrarium respondit Marsilius, consil.22.no.17. Rolandus à Valle, consil.51.num.26.lib.1.& ante eos Salycetus, in l.vlt.C.de accusation,

Fundamentum est in l.Repeti, §.1.ff.de quæstio.& in l.vlt.C.de accusatio. quibus legibus apertè cõstitu- C tum est, de se confessos, interrogari nõ posse de alijs; Et idem habetur in cap.1. de confessis, Et licet aliqua excipiantur crimina, tamen crimen furti exceptum non est,

Ego puto opiniones conciliari posse hoc modo, vt prior locum habeat in latronibus: Sic enim apertè loquitur l.Diuus. Posterior autem in furibus, de quibus id cautum non est. Ita Federicus Scotus in consil.1, num.45.lib.3. tomo 2. & Menochius de arbitr. casu 474.nu.20.quæ sentẽtia mihi quoq; placet. Latrones distinguuntur à furibus, in l.Cum duobus, §. Damna, ff.pro socio. Sunt latrones grassatores, raptores, prædones, viarum obsessores. Fures autem qui clam abripiunt, vt notum est. De latronib.scriptum est in l.Diui, §.Latrones, ff.de pęn. Latrones famosos furca suspendi oportere in locis, vbi grassati sunt. De furibus extat Iustiniani Cõstitutio, in hæc verba: *Pro furto autem nolumus quodlibet mẽbrũ abscindi, aut mori, sed aliter eum castigari*. Nouella 134.circa finem, siue ex Iu- D liani translatione in Authen. Vt nulli indicum, §.vlt. Ex quibus apparet, latum esse discrimen inter fures, & latrones. Quare id, quod de latronibus cautum est, non est ad fures producendum. Nec mouet, quod dicitur Præsidis officio congruere, vt malis hominibus prouincia expurgetur; Nam id debet curare & exequi secũdùm modos iure permissos, Iura autem non permittunt eos, qui de confessi sunt, de aliis interrogari, nisi in criminibus exceptis. Inter crimina verò excepta furtũ non continetur, sed latrocinia: ergo maneat hæc distinctio inter fures, & latrones.

CAPVT XCIII.

Homicida ex proposito et animo deliberato, an gaudeat Ecclesiastica immunitate, si confugiat ad Ecclesiam.



Rauis sanè ac difficilis disputatio hęc est de homicidis ex proposito, siue vt vocant animo deliberato, an gaudeant Ecclesiastica immunitate. Variè.n.iuris interpretes hac de re constat & sensisse & docuisse, vt videre licet ex Alex.consi. 145.li.7.Boer.dec.109.Guid.Pap.dec.121. Couar.variar.resol.li.2.c.20.Iulio Claro, q.30.ver.Punctus est, D.Tiberio Deciano in tract.criminali, lib.6.cap.28. nu.15.tomo 2.

Fundamentum eorum, qui putarunt non gaudere, est in Nouella Iustiniani de mandatis Principum, §. Neque, vbi Iustinianus: *Neq; autem homicidis, neq; adulteris, neq; virginum raptoribus, delinquẽtibus terminorũ custodes cautelam, sed etiã inde extrahes, & supplicium eis inferes Non enim talia delinquentibus parcere competit*, &c. *Deinde templorum cautela non nocentibus, sed læsis datur à lege*, &c.

Fundamentum autem eorum, qui putarunt gaudere istos immunitate Ecclesiarum, est in c.Inter alia, de immun.Eccles.vbi S.Pontifex respondit: *Si liber quantumcunque grauia maleficia perpetrauerit, non est violenter ab Ecclesia extrahendus, nisi publicus latro fuerit, vel nocturnus depopulator agrorum*, &c.

Ad Nouellam Constitutionem Iustiniani respondent illam spectandam non esse, sed ius Canonicum, quia immunitas hæc respicit Ecclesiarum fauorem & priuilegia de quibus S. Pontifex liberam habet disponendi facultatem, non autem Imperator.

Et nominatim de homicidis, quod ab Ecclesia non sint extrahendi, probatur in c.vlt.de immun.Eccles. quoniam ibi S.Pontifex respondit, eos qui in ipsis Ecclesijs vel alijs Cœmeterijs homicidia cómittere non verentur sub spe immunitatis Ecclesiarum, non debere gaudere immunitatis priuilegio. Ex hoc enim probatur homicidas alioqui gaudere Ecclesiarũ, immunitate; si enim nunquam gauderent Ecclesiarum immunitate, frustra ij exciperentur, qui talia committunt, sperantes se per Ecclesiam, ad quam confugerint, defendi,

Sed rursus qui priorem tuentur sententiam, quæ negat hos immunitate gaudere, adferunt ex Iure Canonico textum in cap.1. de homicidio, vbi dicitur: *Si quis per industriam occiderit proximum suum, vel per insidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Sic enim textum accipiunt, vt velit eos, qui animo deliberato aliquem interficiunt, non gaudere immunitate Ecclesiarum, hocque indicare illa verba, *per industriam.*

Contra verò alij contrariæ sententiæ propugnatores eundem textum perpendunt; & retorquent, existimantes hoc velle, homicidas extrahendos esse ab Ecclesia, quoties proditio interuenerit, quod significari dixerunt insidiarum nomine: Proditionis autem species multas Felynus commemorat in Commentarijs d.c.1.

Et dato quod proditionis Qualitas necessaria non sit, insidias tamẽ requiri asseuerãt: Quare si quis absque insidijs animo licet pręmeditato, hoc est, dolosè, & ex proposito aliquem occiderit, illis verbis, nequaquam contineri opinantur.

Ego existimo, priorem sententiam, quæ negat istos gaudere immunitate Ecclesiarum, probabiliorem esse.

Primò, quia iuri Ciuili consentanea est, quo certũ est homicidis hanc immunitatem esse à Iustiniano

adem-

ademptam. Licet enim Ius Canonicum ſpectandum ſit, A & Iuri Ciuili præferendum, tamen nullibi quicquam expreſsè cõſtitutum apparet Iure Canonico contra Imperatoris legem, & nota eſt omnis iuris Pontificij ac Cæſarei concordia, niſi cõtra ſit expreſsè cautum, vt in c. 1. & 2. de noui oper. nunciat.

Secundò, quia tex. in cap. 1. de homicidio, immunitatem hanc ei adimit, qui per induſtriam occidit. Occidere autem per induſtriam is videtur, qui ex propoſito, & animo (vt vocant) deliberato ac præmeditato occidit. Nihil eſt enim aliud, per induſtriã aliquid facere, quàm dedita, & ex propoſito.

Tertiò, quia is qui animo deliberato quempiam vult occidere, & occidit, ſine dubio vitæ illius inſidias parat, tempus ſcilicet & locum expectans, vt eum commodè aggredi & occidere valeat.

Quartò, quia hæc eſt ſententia text. in d. cap. 1. de homicidio, euellendum eſſe ab altari eum, qui ex propoſito hominẽ occiderit. Id ita demonſtro. Sumitur ex c. 21. B Exodi, vbi ſic habetur: *Qui percuſſerit hominem volens occidere, morte moriatur. Qui autem non eſt inſidiatus, ſed Deus illum tradidit in manus eius, conſtituam tibi locum, in quem fugere debeat. Si quis per induſtriam occiderit proximum ſuum, & per inſidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Primò loquitur de eo, qui volens, hoc eſt, ex propoſito, vt nunc loquimur, occidit, & iſte debet mori. Secundò de eo, qui non eſt inſidiatus, id eſt, qui non ex propoſito occidit: & iſte gaudet immunitate. Tertiò, quia poterat dubitari, an primus, qui ſcilicet volẽs occidit proximum ſuum, per induſtriam, & inſidias, immunitate gauderet, ibi reſpondetur, non gaudere.

Id clarius confirmari poteſt ex Deut. c. 19. vbi ſic dicitur: *Qui percuſſerit proximum ſuum neſciens: & qui nullum contra eum odium heri aut nudius tertius habuiſſe comprobatur ad vnã trium vrbium confugiat, & viuat.* Poſtea ſic dicitur: *Si quis autem odio habens proximum ſuum, inſidiatus fuerit vitæ eius, ſurgensq́, percuſſerit illum, & mortuus fuerit, & aufugerit ad Ciuitatem perfugij, mittent ſeniores, & eripient eum de loco effugij.* C

Quibus verbis apparet, ignorantiam opponi inſidijs: & quod in Exodo dicitur, qui non eſt inſidiatus, in Deuteronomio dicitur, qui percuſſerit neſciens. Quod in Exodo dicitur: *Qui percuſſerit volens*, in Deuter. dicitur: *Si quis odio habens inſidiatus fuerit.* Ex quo apparet, nihil aliud eſſe inſidias & induſtriam, quam voluntatem deliberatam occidendi.

Quintò, quia ita hanc rem explicarunt magis communiter Doctores, vt teſtatur Couar. loco ſuperius annotato, nu. 7. verſ. *In his profectò caſibus.* licet ipſe contrariam ſententiam fuerit amplexus.

Sextò, quia ſic exponunt locum Exodi Abulenſis, & alij apud Lippomanum in Catena, vbi ſcribit, ſecundum Septuaginta Interpretes, hanc eſſe ſententiam d. cap. 21. Exodi: *Si quis autem proximum ſuum fuerit aggreſſus, vt occidat, & fugiat*, &c. D

His nõ obſtat c. Inter alia, de immun. Eccleſ. etſi enim eo in loco non excipiantur homicidæ ex propoſito, de quibus nunc diſputamus, tamen excipiuntur in d. cap. 1. de homicidio, ſecundùm veriorem & communiorem interpretationem.

Similiter, nec obſtat c. vlt. eod. tit. Etſi enim ex eo textu inferri poſſit, homicidas regulariter immunitate Eccleſiaſtica gaudere; tamen id non expreſsè ibi dicitur: ſed colligi poteſt argumentis tantùm & coniecturis; Argumenta verò & coniecturæ, non valent aduerſus claros textus, & alia manifeſta loca. Quinimò decet obſcuriora loca ex clarioribus lumen accipere, ac interpretationem.

Præterea, concedimus, homicidas gaudere Eccleſiaſtica immunitate, ſi non ex propoſito animoque deliberato crimen admiſerint, & hoc inferri poteſt ex d. c. vlt.

Poſſet etiam probabiliter addi, eum qui homicidium commiſit & ſtatim ad Eccleſiam confugit, videri illud commiſiſſe ſpe fretum immunitatis Eccleſiæ, ac proinde eo priuilegio indignum cenſeri, vt in d. c. vlt. Nam quæ ita eſſe præſumendum in dubio ſcriptum reliquerunt Alciatus de Præſump. reg. 3. Præſump. 33. Menoch. de præſumpt. lib. 5. Præſumpt. 10. in fine.

CAPVT XCIV.

Quid ſit merum Imperium.

VLpianus: *Merum Imperium eſt, habere gladij poteſtatem ad animaduertendum in facinoroſos homines, quod etiam poteſtas appellatur*, l. 3. ff. de iuriſd. om. iud.

Controuerſia eſt, an ſit hæc vera Definitio ſiue Deſcriptiõ meri Imperij, an verò exemplum aliquod ipſius meri Imperij, & quidem antiqui Gloſſatores docuerũt exemplum eſſe, non Definitionem vel Deſcriptionem generalem: Eandem ſententiam ſecutus eſt Bartolus, & reliqui ferè omnes antiquiores. Angelo excepto, quibus videri poteſt aſſentiri Cuiacius, li. 21. Obſer. cap. 30. dum ſcribit, merum Imperium hic per exempla definiri, non autem exactè.

Angelus enim exiſtimauit eſſe Definitionem meri Imperij, & hanc ſententiam ſecutus Longauallius in Commentarijs d. l. 3. necnon Alciatus, lib. 2. Paradoxor. c. 7. Coraſius, lib. 3. Miſcellaneor. cap. 17. Duarenus in Commentarijs eiuſdem legis, Gregorius Tholoſanus in Syntagm. lib. 47. cap. 13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia ſi Definitio eſſet, deberet conſtare ex Genere, & Differentijs, & conuerti cum ſuo Definito, ſed hæc non conuertitur. Nam multa alia ſunt meri Imperij præter gladij poteſtatem, vt puta, damnare aliquem in metallum, deportare, relegare, alijſque pœnis afficere, puta ſecuri, laqueo, vel fuſtibus, l. Aut damnum, ff. de pœnis. Legem condere, creare tabelliones, ſpurios legitimos facere. Mitto enim ridiculum argumentum Cagnoli, de poteſtate puniendi etiam animalia ex c. Mulier, 15. quæſt. 1.

Fundamentum verò poſterioris ſententiæ eſt; Primò, quia Vlpianus vſus eſt verbis denotantibus Definitionem meri Imperij, non autem exemplum aliquod, ſic enim ait: *Merum Imperium eſt*, &c. Secũdò, quia in hac Definitione nil deſiderari poteſt. Deſcribit enim illam, quid ſit merum Imperium, niſi quis ſubtiliter nimis eam ſecũdum Dialecticorum regulas velit examinare, quod ſi fieret, vix vlla eſſet Iuriſconſultorum Definitio, quæ conſiſtere ac defendi poſſet.

Hæc poſterior ſententia mihi quoque placet. Cùm enim Vlpianus dixit, Merum Imperium eſſe gladij poteſtatem, deſignare voluit ſummam partem meri Imperij, quia plerunque hæc ſola eripiendæ vitæ ratio permittitur ei qui habet merum Imperium, l. Aut damnum, §. 1. ff. de pœnis. Alioqui verò omnem aliam grauiorem facinorum coercitionem complectitur, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, l. Solent, ff. de off. Proconſulis, & Iudicij publici exercitationem, lege delegatam, l. 1. ff. de off. eius, cui mand. eſt iuriſd. Eſt enim in ſumma merum Imperium coercendorum facinorum poteſtas, lege data atq; finita. l. 1. C. qui non poſſunt ad libertatem peruenire.

Quæ omnia ſi rectè perpendantur, argumenta illud facilè dilui poterit, quo dicebatur multas alias pœnas vltra gladij pœnam ad merum Imperium pertinere. Hoc ſciebat optimè Vlpianus, ſed à digniori, & maiori parte voluit Definitionem ſumere. Appellatur enim gladij poteſtas, l. Nemo poteſt, de reg. iur. l. Solet, ff. de off. Proconſ. ſed tamen omnem aliam grauiorem

 coerci-

coercitionem continet, vt patet ex d.l.Solet, ibi: Nemo enim potest gladij potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alium transferre.

Multò verò minus obstat illud argumētum, quod veteres attulerunt, legem condere, creare Notarios, &c. ad merum Imperium pertinere; nec gladij potestate contineri. Nam & Alciatus, & Zasius, & alij recentiores rectè summaque ratione negant, hęc pertinere ad merum Imperium. Nec quisquam hactenus id probare aggressus est. Pertinent enim ad Principis iura & regalia, vt vocant, quæ Principi sunt reseruata, non autem ad merum Imperium, quod Magistratibus concessum est. Nec Senatus, & Præfectus Prætorio legis condendæ potestatem habuit, ex eo quod merum Imperium haberet, sed propter summam dignitatem & autoritatem quam habebant; vt egregiè Zasius explicat in d.l.3.nu.16.

CAPVT XCV.

Quid sit mixtum Imperium.



APparabo hic mensam ex alienis ferculis variarum epularum cupidis lectoribus; non sine apophoretis ex ære meo quæsitis. Eorum partes erunt, quod magis placuerit accipere, omniaque boni consulere.

Vlpianus; *Mixtum Imperium est, cui etiam Iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit*, l.3.ff. de iurisdictione.

Veteres hanc rem sic explicarunt communioribus suffragijs; Mixto Imperio inesse Iurisdictionem in specie sumptam, non in genere; Nam in genere sumpta Iurisdictio etiam mero Imperio inest: Eidem mixto Imperio inesse etiam Imperium merum. Imperij naturam participare, quia officio Iudicis nobili exercetur. Iurisdictionis autem, quia ad priuatam vtilitatem exercetur. Et ideo mixtum Imperium nil aliud esse, quàm Iurisdictionem, quę officio Iudicis nobili tractatur, & ad priuatam vtilitatem spectat.

Post hos Alciatus lib.2.Paradox.cap.8. *Distinctionem eam nobilis & mercenarij officij apud veteres non obseruatam fuisse, sed Prætoris officium dici, quod in mixto Imperio versatur, idest, circa coercitionē vel executionem, quæ etiam in bonorum possessione danda necessaria erat, vt Parergon lib.4.ostendi.* (Est cap.3.lib.3. Parergon.)

Io.Cotasius lib.3. Miscellaneor.cap.17. *Definitur mixtum Imperium ab Vlpiano, vt sit illud, cui Iurisdictio inest. Similiterq́ Papinianus hoc mixtum Imperium cohærere Iurisdictionis tradidit, in l.1.§.vlt.ff.de off.eius. Vtriusque autem Iurisconsulti verba ita me autore explicanda sunt. In pecuniarijs caussis, in quibus exercetur Iurisdictio mixtum quoque versatur Imperium, quod non alio spectat, quàm vt priuatorum controuersia finem accipiant, pertinaciamq́ & contumaciam ceruicositas ac proteruia compescatur, coerceaturq́, iure suo cuique conseruato, l.fin.ff.de off.eius. & ita adhærere Iurisdictioni, eidemq́ subministrato mixtum Imperium dicitur. Manifestum quoque hinc fit, Imperium mixtum aliud esse nihil, quàm autoritatem & potestatem quandam decernendi, dandi, dicendi, addicendi, coercendi in pecuniarijs caussis, circa tamen litis controuersia decisionem. Tunc enim esset Iurisdictio, quæ tamen vt effectum habeat, faciliusq́ explicari possit, mixto Imperio ius dicens vtitur, d.d.l. Consistit autem propriè in danda bonorum possessione mixtum Imperium; non item Iurisdictio; Licet enim ciuile sit negotium, quia tamen non inter duos ius redditur, sed vni petenti Prætor decernit, Imperia vtitur non Iurisdictione: quæ tum propriè consideratur, cum inter litigatores ius dicitur. Est tamen præter dationem bonorum possessionis alia multa reperire, in quibus licet propriè mixtum Imperium non consistat, eiusdem tamen Imperij magis quàm Iurisdictionis naturam redolent, l.Iubere, ff. Iurisdict.om.iud. &c.*

A Franciscus Duarenus lib.1. Anniuers. Disput. cap.53. *Notandum est Prætorem Romæ creatum fuisse, vt ius diceret in Vrbe de caussis negotijsq́ priuatis, non vt animaduerteret in facinorosos homines, quod nec Consuli quidem licuisse scribit Pomponius, tit.de orig.iuris, lib.1.Pandect. Populus enim cuius summa potestas erat, quoties animaduersio necessaria videbatur, Quæsitores, siue Quæstores constituebat, qui aduersus facinorosos inquirerent, idq́ extra ordinē; cum nullo Magistratu fungerentur, vt ego plerisque refragantibus censeo, l.2 de orig.iur. Non tamē his finibus vsquequaque circumscripta fuit potestas huius Magistratus, vt nihil aliud quam iud cibus a se datis, ius æquitatem præscriberet, quemadmodum diximus: Nam bonorū possessionem dare poterat secundum tabulas, vel contra tabulas restituere in integrum, modicè coercere & alia quædam exequi, quæ in Imperio magis consistere videntur, quam Iurisdict. l.2. l.Iubere.ff.de Iurisdict.l.2.de in ius vocan.l.Ea quæ, ad Municipalem, vt constat ex Ciceronis orationibus in Verrem.*

B *Et hoc quidem Imperium ideo dicitur mixtum, quia Iurisdictioni admixtum & coniunctum est, pertinetq́ omnino ad officium ius dicentis, adeò, vt quisque habet Iurisdictionem, idem hoc quoque Imperium habeat: & qui hoc Imperio vtitur, ius dicentis officio fungi existimetur, qua ratione transferri dicitur mandata Iurisdictione.*

Iacobus Cuiacius lib.21. Obseruat. cap.30. *Mixtum Imperium est potestas quæ iure proprio Magistratus competit, l.1. de off.eius, vel cui Iurisdictio cohæret, adhæret, inest. Cuius in l.3. duo proponuntur exempla. Vnum quod consistit in danda bonorum possessione honorarijs successoribus, namque ij tantum dare possunt bonorum possessionem secundum tabulas, vel contra tabulas: vel Vnde legitimi, vel quam aliam, qui Imperium mixtum habent. Dare bonorum possessionem est imperij mixti, & Iurisdictionis, igitur vel Harmenopulo autore 1.Epit.tit 4. Alterum consistit in dando iudice, &c.*

C Antonius Faber lib.4. Coniecturarum, ca.4. *Mixtum Imperium id esse scribit Vlpianus, cui etiā Iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione cōsistit, quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magistri existimarūt, Vlpiani sententiam illam esse, vt dare bonorum possessionem mixti sit Imperij, non Iurisdictionis. Alij qui id Iurisdictionem esse vident, neq́ negare possunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti Imperij seu Iurisdictionis esse scripserunt, in quo errant longe grauius, mixtum Imperium cum Iurisdictione confundentes: neque fieri potest, in hoc principio posito quicquam in eo tractatu intelligant: Etsi enim mixtum Imperium est, cui Iurisdictio inest, aliud tamen mixtum Imperium est, aliud Iurisdictio, neque mixti Imperij esse potest, quod Iurisdictionis est, aut contra. Dare igitur bonorum possessionem Iurisdictionis tātum est, non etiam Imperij mixti. Aut si datio bonorum possessionis Iurisdictionis non est,*

D *quid obsecro, Iurisdictionis esse potest? Omne si quidem ius, quod in danda bonorum possessione versatur, ex Prætoris edicto est. Et cum dici soleat Prætoris Iurisdictionem in eo potissimum consistere, vt ius Ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet, l. Ius autem, 7.§.1.de Iust. & iure. certū est, introductam esse à Prætore bonorum possessione iuris veteris, tum corrigendi, tum cōfirmandi gratia, quemadmodum in principio tituli de bonorum possessionibus Iustinianus scribit. Vt non malè dici possit, Prætoriæ Iurisdictionis potissimam ferè partem in danda bonorum possessione consistere. At maximum Imperium Iurisdictio non est, sed modica duntaxat coercitio sine qua iurisdictio nulla esse potest, l.vlt.de officius. Propter quam caussam dicitur à Paulo Iurisdictioni cohærere, in §.vlt.l.1.ff.eo. Eodē planè sensu, quo Vlpianus in d.l. Imperium, scribit, Iurisdictionem mixto Imperio inesse. Nec audiendi sunt, qui Imperium mixtum, cui Iurisdictio inest, separant ab Imperio mixto, quod Iurisdictioni cohæret, seu quod inest Iurisdictioni. Vtrunq́ enim omnino idem est, si ut Imperium mixtum nullum est, quod non Iurisdictioni cohæreat, ob idq́ mixtū appellatur, ita Imperium mixtum*

tum

tum nullum est, cui Iurisdictio non insit. Idq; apertè Vlpianus docet in d.l. Imperium; cùm mixti Imperij veram & propriam definitionem illam tradit: Mixtum Imperium est, cui Iurisdictio inest, ad differentiam meri Imperij, quod non tuenda Iurisdictionis gratia exercetur, ac per se stat, & in delictis vindicādis totum consistit. Sed istos idē error duxit qui cæteros. Cùm n. ex d.l. vl. ff. de off. eius. viderent Imperium non merum, seu mixtum aliud non esse quàm modicam coercitionē, sine qua Iurisdictio nulla est, nec coercitionem vllam cernerent in datione bonorum possessionis, in qua tamen Imperium mixtum ab Vlpiano constitui putabant, nō aliter se ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis Imperii mixti distinctione. Neque sanè vnquam quis se euoluere possit, qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit. Nam mixtum Imperium in danda bonorum possessione consistere Vlpianus apertè scribit. Optio nobis relinquitur, an à recepta lectione, an potius a certissimis principiis iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo. B *Nec tamen subtilissimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult sic scripsisse, aut scribere debuisse. Quod in danda bonorum possessione consistit, Iurisdictio est: Iurisdictio est etiam iudicis dandi licētia. Ferò enim ineptus est ille loquendi modus, neque sic explicari potest, vt quod Imperium in danda bonorum possessione consistit, Iurisdictio sit, cùm vel fateute illo in danda bonorum possessione Imperium nullum cōsistat: & si Imperium aliquod esset; iam mixtum Imperium diceretur, non Iurisdictio. Probabilius ergò est, in illis verbis, Quod in danda bonorum possessione consistit, erratum esse, & legendum, qua pro quod nato errore ex vtriusq; syllabæ, & notarum similitudine, & affinitate. Atq; ita Vlpiani sententia eadē erit quæ secundum Goueani emēdationē scilicet dationē bonorum possessionis Imperij mixti non esse sed Iurisdictionis &c.*

Accipe nūc lector quæ pollicitus sum apophoreta. Prima conclusio. Mixtum Imperium non constituitur ex mero Imperio & Iurisdictione, sed ex Imperio & C Iurisdictione, nihil est enim aliud mixtū Imperium, quàm Imperium cum Iurisdictione coniunctū: quod propterea dicitur mixtum; quia scilicet ei Iurisdictio admixta est; non autem simplex est, purum, merum, quale est ius gladij, & potestas animaduertendi in facinorosos homines: illud enim nullam aliam habet mixtam Iurisdictionem, sed in sola maleficiorum cognitione & punitione consistit.

Secunda Conclusio. Mixtum Imperium non est Iurisdictio; sed iurisdictio ei inest: quomodo enim idem potest esse cū Iurisdictione, si Iurisconsultus ait, ei Iurisdictionē inesse? Nunquid sibi ipsi aliquid inesse potest? Qđ inest alteri certè differt ab eo, nam accedit ei.

Tertia Conclusio. Mixtum Imperium non est sine Iurisdictione. Nam Vlpianus dicit ei Iurisdictionem inesse. Nec Iurisdictio est sine mixto Imperio, vt constat ex l. 1. §. vlt. & l. vlt. ff. de off. eius, cui mand. Itaque licet aliquis considerare possit modicam coercitionē D per se, & abstrahere illam ab ipsa Iurisdictione, tamen nunquam est mixtum Imperiū, nisi simul adiunctam habeat Iurisdictionem. Si quis abstraxerit coercendi potestatem, à Iurisdictione, ille conficiet merum Imperium, nō mixtum, quia merum Imperium nihil est aliud quàm potestas coercendi, &c. Mixtum autem habet adiunctam Iurisdictionem.

Quarta Conclusio. Mixtum Imperium, cui Iurisdictio inest, licet consistat in multis alijs, tamen potissimùm dicitur consistere in danda bonorum possessione, quia iubere cauere, & in possessionem mittere, Imperij magis est, quàm Iurisdictionis, l. Iubere, ff. de Iurisd. Est enim bonorum possessio executionis cuiusdā species, cum sit ius persequendi retinendiq; patrimonij, l. 3. ff. de bono. posses. Quapropter, alibi sic scriptū est, vt possessio bonorū detur, vel si cui damni infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur, l. pen. §. 1. ff. de A officio eius cui mand. Itaque imperiū hac in re opus est, quia executionem continet.

Quinta Conclusio. Nec propterea negamus in possessionem mittere Iurisdictionis esse. Nam constat id Prætorem ex sua Iurisdictione facere, sed quia executionem habet adiunctam, & Imperio eget, ideo Imperij magis quàm Iurisdictionis esse dicitur, d.l. Iubere; Imperij hoc est mixti, cui scilicet Iurisdictio inest; qđ miror eruditissimum Fabrum non satis expendisse.

Dices, nonne is qui merum habet Imperium, Iurisdictionem habere dicitur, cùm ius & ipse reddat, & dicat de criminibus & pœnis? Respondeo latissimè accipiendo Iurisdictionem, id rectè dici, arg. l. 1. ff. de off. eius, ibi. *Iurisdictionem suam mandant*, vt dixi supra libro 7. cap. 69. Sed hic Iurisdictio sumitur strictè & ꝓpriè, prout est separata à mero Imperio; quod in sola gladij potestate consistit. Ita, inquam Vlpianus accipit in d.l. 3. ff. de iurisd. Quid autem sit iurisdictio, B sic accepta, in sequenti capite dicetur.

Ex his patet, nec textum Vlpiani esse corrigēdum, & quæ sit Vlpiani sententia, cùm dixit mixtum Imperium esse, cui iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit.

CAPVT XCVI.

Quid sit Iurisdictio.



VLpianus in d.l. 3. ff. de Iurisd. om. iud. sic ait: *Iurisdictio etiam est Iudicis dandi licentia.*

Veteres ita hunc locum exponunt, vt constituant iurisdictionem simplicem separatam à mero & mixto Imperio, nō quia possit esse sine modica coercitione, quod est mixtum imperium, sed quia sit tertia species à C mero & mixto imperio realiter distincta. Rectè meo quidem iudicio.

Præclarè Duarenus in hunc tit. *Nam non hic principaliter definit* Vlpianus, *quid sit Iurisdictio, sed eam cui mixtum Imperium adhæret, quasi dicat, qui Iurisdictionem habet, potest ea quæ sunt mixti Imperij, sed etiam dare Iudicem potest*, quod confirmare poterat ex l. 1. ff. de iurisdictione omn. iudic.

Et alibi in Commentarium ad tit. de pactis, l. Iuris gentium, & lib. 1. Anniuer. cap. 53. optimè declarat, Prætorē solitum non fuisse priuatas caussas iudicare, sed iudicem dare, qui accepta formula, & præscripto quodam iuris, de facto tātum cognosceret, licet quandoque iudicaret, & cognosceret ipse Magistratus certarum personarum & caussarum fauore, l. 1. ff. de extraord. cog. l. 1. ff. de rei vind. & alibi. Eiusdem sententiæ mihi fuisse videtur eruditissimus Brissonius, in Lexico Iuris, verbo, Iurisdictio, dum scribit: *Iurisdictio-* D *nis autē exemplum definit Vlpianus esse, quod in danda bonorum possessione consistit; item Iudicis dandi licentiam.*

Sed Alciatus contra lib. 2. Paradoxorum, c. 8. Iurisconsultum in d.l. 3. *Solùm de mero mixtoq; Imperio loqui, mixtumq; illud definire, cui etiam Iurisdictio inest, vt in bonorum possessione, & in Iudicis dandi licentia: nam ea quoque sicut in bonorum possessione Iurisdictio est: quocirca mixti Imperij existimatur. Dictio itaque (licentia) in eo contextu, sextum casum respicit, licet præpositio in adiecta non proponatur*, &c. Sic Alciatus.

Alciatum sequitur Bellonus, tanquam præceptorem suum, lib. 3. Supputationum, cap. 4.

Eiusdem sniæ fuit Cuiacius, lib. 21. Obseru. c. 30. *In l. tertia de Iurisdict.* inquit duo proponuntur, *Imperij genera, merum & mixtum. Duo sunt in ea termini tantùm, merum Imperium & mixtum Imperium, non tres, vt plerique opinantur, merum & mixtum Imperium & Iurisdictio simplex, quia nulla est Iurisdictio simplex vel*

nuda ſine Imperio, cuius vi ad effectum perducatur, quod ex hac etiam ſocietate atq; iunctura, quæ iuriſdictioni cõnexum eſt mixtũ appellatur. Quamobrem mixtum Imperium & iuriſdictio res vna & eadem eſt: nec quicquã vendicatur Imperio mixto, quod non poſſit & debeat etiã vindicari iuriſdictione, & contra, quæ enim commixta ſunt, & ſimul commeant ſemper.

Mihi magis placet ſententia & expoſitio veterum, ac Duareni tres terminos in dicta l. tertia ab Vlpiano declarari. Merum Imperium, Mixtum, & Iuriſdictionem.

Primò, quia hæc ſententia verbis legis conſentanea eſt, & nullam continet abſurditatem.

Secundò, quia Vlpianus dicit: *Iuriſdictio eſt etiam Iudicis dandi licentia*, quę autem expoſitio hęc eſt, verbum, licentia, eſſe in ſexto caſu in ablatiuo? quaſi dixerit Iuriſdictio eſt in licentia dandi Iudicem: nonne veriſſimum eſt eum qui iuriſdictionem habet, Iudicem dare poſſe?

Tertiò, nam Vlpianus non dicit, mixtum Imperiũ eſſe licentiam dandi iudicem, ſed ait, Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia. Cur ergo volumus detorquere verba, & ſic inuertere, vt quod de iuriſdictione ſcriptum eſt, ad mixtum imperium trahatur?

Fateor mixtum imperium adiunctam habere iuriſdictionem, fateor & nullam eſſe iuriſdictionem ſine imperio, hoc eſt, modica coercitionẽ, quæ ad imperiũ pertinet. Sed nego quod hic infertur, Ergò iuriſdictio & imperium vnum & idem eſt. Nunquam ego didici id, quod alicui ineſt, quod ſimul cum altero iunctum & connexum eſt, idem eſſe realiter cum eo. Anima & corpus in viuente ſimul ſunt coniuncta, nec animal eſſe poteſt, niſi manente illa coniunctione, quia ſeparatio mortem inducit. Nemo tamen dixerit animam & corpus idem eſſe, vel animal eſſe idem quod corpus, vel idem quod anima, eſt enim compoſitum ex anima & corpore. Sic & mixtum imperium compoſitum eſt ex imperio & iuriſdictione. Non igitur eſt idem quod iuriſdictio, nec iuriſdictio eſt idẽ quod imperium.

Sed hoc oſtendam ex iure ipſo. Ait lex: *Ius dicentis officium latiſſimum eſt. Nam & bonorum poſſeſſionẽ dare poteſt, & in poſſeſſionem mittere, pupillis non habentibus tutores conſtituere, Iudices litigantibus dare.* l. 1. ff. de iuriſd. omn. iud.

Hic ſunt duo, iuriſdictio & imperium. Iuriſdictio eſt in iure reddendo, in iudicibus dandis, &c. Imperium verſatur in executione ipſa. Niſi enim is, qui iuriſdictionem exercet, imperium habeat, & coercitionem, qua exequi poſſit ſuam iuriſdictionem, nulla eſt iuriſdictio, & inanis. Quamobrem, in l. 2. ff. eodem, dicit Iabolenus. Cui iuriſdictio conceſſa eſt, ea quoque videri conceſſa, ſine quibus iuriſdictio explicari non poteſt.

Non eſt igitur idem imperium quod iuriſdictio, ſed illi ineſt, & illam iuuat, vt iuriſdictio rectè expediatur. Rurſus nec iuriſdictio idem eſt quod imperium, quia illa conſiſtit in cognoſcendo & iudicando, imperium autem in iis, quę pertinent ad executionem & expeditionem ipſius iuriſdictionis. *Si* enim nullum Magiſtratus imperium haberet, inanis eſſet iuriſdictio. Et hoc erat diſcrimen inter iudicem olim & Magiſtratum, quod iudex datus erat priuatus, nullam iuriſdictionem habens, ſed notionem tantùm ſine imperio, l. quinta, ff. de re iudica. Iccirco iubentur Magiſtratus exequi ſententias iudicum à ſe datorum, l. A Diuo Pio, ff. de re iudic. ita ſentio, ſi malè, viri docti me admonebunt, vt ſpero.

A

CAPVT XCVII.

Quæ ſit ſententia l. 1. ff. de officio eius, cui mandata eſt iuriſd.

PApinianus: *Quæcunque ſpecialiter Lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principũ tribuuntur mandata, ad iuriſdictionem non transferuntur. Quæ verò iure Magiſtratus competunt, mandari poſſunt: Et ideo videntur errare Magiſtratus, qui cum publici iudicii habeant exercitationem, Lege, vel Senatuſconſulto delegatam (veluti lege Iulia de adulteriis, & ſi quæ ſunt ſimiles) Iuriſdictionem ſuam mandant*, &c. l. 1. ff. de offic. eius, cui manda. eſt iuriſd.

Bartolus quem alij frequentioribus ſuffragiis ſecuti ſunt in explicatione huius legis, ſic ait: *Cauſæ meri & mixti imperii conceduntur maioribus iudicibus ſpecialiter, & expreſsè & in priuilegium, & ideo non poſſunt delegari niſi in caſu abſentiæ. Cauſæ verò Iuriſdictionis infimæ committuntur, & competunt cuilibet Magiſtratui, & delegari poſſunt.*

B

Sed huic expoſitioni obſtat, *Primò*, quòd Papinianus non loquitur de cauſis meri & mixti imperij, ſed generaliter loquitur de omnibus his, quæ ſpecialiter Lege vel Senatuſconſulto, &c. cõmittuntur. *Secundò*, quia non eſt verum quod aſſeritur, mixti imperij cauſas delegari non poſſe: vt in cap. ſequenti oſtendam. *Tertiò*, quia nullum verbũ facit de maioribus Magiſtratibus, nec de priuilegio eorum. *Quartò*, quia nullam etiam mentionem facit cauſarum, quæ ſunt iuriſdictionis infimæ, ſed de his quę iure Magiſtratus competũt, id eſt, de his quæ eo ipſo quod magiſtratus eſt, more maiorum expedire poteſt; quæ nõ ſunt tantum minimæ ſeu infimæ Iuriſdictionis: *Poſtremò*, quoniã ex verbis ipſis manifeſtum eſt, Papinianum diſcrimen conſtituere inter ea quæ ſpecialiter cõmittuntur, & quæ iure Magiſtratus competunt. Quæ ſpecialiter cõceduntur non poſſunt delegari, quæ iure Magiſtratus competunt, delegari poſſunt: & hanc eſſe veram ac germanam ſententiam Papiniani.

C

Exemplum eſt præter cauſas meri imperij, dè quibus mentionem facit Papinianus, primò in l. 2. ff. eod. tit. Vlpian. *Mandata iuriſdictione à Præſide non poteſt conſilium exercere is cui mandatur.* Cur ita, quia ſpecialiter hoc cõſuli in Vrbe & Præſidibus Prouinciarum, extra Vrbem Lege Aelia Sentia mãdatum erat, vt ſcilicet conſilium præberet minori 25. annis manumittere volenti, l. 1. ff. de off. Conſul. §. eadem lege, Inſtitut. quibus manumittere non licet, Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, ti. 1. vbi Vlpian. ait: *In conſilium autem adhibetur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani, in Prouincia viginti Recuperatores Ciues Romani.*

D

Alterum exemplum ſuppeditat, eadem l. 2. illis verbis: *Si tutores vel curatores velint prædia vendere: cauſa cognita id Prætor vel Præſes permittat: quod mandauerit iuriſdictionem, nequaquam poterit mandata iuriſdictione eam quæſtionem transferre.* Cur ita, quia ſpecialiter hæc cognitio lege tributa fuit Prætori Romæ, ac Prę ſidi in prouinciis, l. 1. ff. de rebus eor. ibi: *Tunc Prætor Vrbanus vir clariſſimus adeatur, qui pro ſua religione æſtimet quæ poſſint alienari.*

Tertium exẽplum eſt ex l. cùm hi, ff. de tranſac. vbi Senatuſconſultũ continetur, quo cauetur tranſactionem de alimentis teſtamento relictis non aliter valere, quã ſi Prætore autore facta ſit. Prætor ergo & prouinciæ Præſes, mandare ex hac cauſa iuriſdictionem non poteſt, d. l. cùm hi, §. Sed nec mandare.

Quartum exemplum eſt ex l. 8. ff. de tutor. & curator. datis ab his. Vlpianus: *Nec mandante Præſide alium*

A *liumtutorem dare potest*, quia Præsidi nominatim id à lege commissum erat, §. 1. Instit. de Atiliano tutore.

Excipitur cognitio de remouendis suspectis tutoribus, quæ specialiter data est Romæ Prætori, & in Prouincijs Præsidibus earum, & Legato Proconsulis, vt in Instit. de suspectis tutoribus. veruntamen mandari potest propter vtilitatem pupillorum, l. Cognitio, 4. ff. de off. eius cui mand. est Iurisd.

Ita hanc legem rectè explicarunt Alciatus lib. 2. Paradoxorum, cap. 1. Vaconius à Vacuna, lib. 6. Declarationum Iuris, c. 75. Io. Longouallius ad l. Imperium, ff. de iurisd. omn. iud. in §. *Venio ad tertium articulum.* Iacobus Cuiacius in operibus postumis ad Papinianum; nec dubito quin alij recentiores eruditi viri idem scripserint, licet ego non alios legerim. Isti alia adferunt exempla, sed mihi iam ad finem properanti digitum ad fontes intendisse sat est.

CAPVT XCVIII.

An mixtum Imperium delegari possit?



Ixtum Imperium delegari posse, tam perspicuè iuris proceres responderunt, vt mirandum profectò sit, tot Interpretes repertos, qui contrariam sententiam sunserint.

Paulus notat, Imperium quod Iurisdictioni cohæret, mandata Iurisdictione transire, quod verum est. Ita rndit Papinianus, in l. 1. §. vlt. ff. de off. eius cui mand. est iurisd. Imperium autem quod Iurisdictioni cohæret, mixtum est, teste Vlpiano, l. 3. ff. de iurisd. omn. iudic.

Idem Paulus in l. vlt. ff. eod. tit. sic scribit: *Mandata Iurisdictione, priuato etiam Imperium, quod non est merum, videtur mandari.* Quid est Imperium quod non est merum, nisi mixtum?

Sed præter hæc duo iuris testimonia, aliud extat magis luculentum, in l. 4. ff. eod. tit. vbi Macer; *Vt possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is cui legatum est, legatorum seruandorum causa in possessionem mittatur, mandari potest.*

Si mixtum Imperium in danda bonorum possessione consistit Vlpiani testimonio, in l. 3. ff. de Iurisdict. omn. iud. Et mandari potest causa bonorum possessionis, vt Macer respondit, quid vlterius deliberandum est, an causæ mixti Imperij demandari possint?

Nec valet illa respōsio, delegari posse cognitionem causæ, bonorum possessionis; non ipsam missionem & executionem: Nanquis hoc dicit? Quid est mandari posse, *vt possidere iubeatur, vt in possessionem mittatur*, nisi ipsam cognitionem, & actualem immissionem? Atque ita rectè docuerūt Alciatus lib. 2. Parad. cap. 1. Longouallius ad l. Imperium, de iurisd. om. iud. Fulgosius & multi alij: Bartolus & alij magis communiter contra, sed ijs condonandus est error iste, & gratiæ sunt propter alia quam plurima habendæ, quæ scriptis reliquerunt; præclara, & iuri, & æquitati, & moribus nostris consentanea? Duo sunt præcipua eorum argumenta. Nam leuiora missa facio.

Primum est in l. 2. ff. de off. eius. Existimarunt enim hoc ibi velle Papinianum, causas meri & mixti Imperij delegari nō posse, propterea quòd maioribus Magistratibus in priuilegium & expressè sint concessæ.

Et vt dixi in cap. præcedente, non hoc vult ibi Papinianus: sed causas quæ specialiter Legibus, vel Senatusconsultis, vel Constitutionibus Principum tribuuntur, delegari non posse, quæ verò iure Magistratus competunt, delegari posse. Hæc interpretatio verbis consentanea est ipsius Papiniani, & alijs Iurisconsultorum Responsis, vt latiùs exposui.

Alterum argumentum est, quia omnia quæcunque plenam causæ cognitionem requirunt, delegari non possunt, l. Nec quicquam, §. Vbi decretum, ff. de off. Proconsulis & Leg. l. Omnia quæcunque, de reg. iuris. Sed causæ mixti Imperij requirunt plenam cognitionem. Ergo delegari non possunt.

Respondeo, hic est alius error, pace antiquorum de Iurisprudentiæ studio optimè meritorum. Nam sententia dictarum legum est, vbi decretum necessarium est, quia solebant partes per supplices libellos petere, vt illud interponeretur, & Magistratus libello subscriberet, dicit lex non id posse fieri, quia *vbi decretum necessarium est per libellum id Proconsul expedire nō potest.* Exemplum est in l. 6. C. de prædijs & alijs reb. minor. vbi Imppp. Carus, Carinus, & Numerianus. *Minorum possessionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem, vel Præsidem Prouinciæ, libello fieri non potest: Cum ea res rectè confici aliter non possit, nisi apud acta*
B *causis probatis, quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solenniter interponatur.*

CAPVT XCIX.

An merum Imperium Iure Canonico delegari possit?



Vm Iure Ciuili apertè constitutum sit, neminem posse gladij potestatem, quam ipse habet, alij demandare, l. solet, ff. de off. Proconsl. l. Nemo potest gladij de reg. iur. l. 1. ff. de off. eius. nec contrarium palam Iure Canonico statutum sit, nō video cur existimare debeamus, Iure Canonico merum Imperium posse delegari: Sed argumenta contrariæ sententiæ diluenda sunt.

Primum est ex cap. In Archiepiscopatu, de raptoribus, ibi. *Cum autem excessus huiusmodi Rex Siciliæ tibi & alijs Episcopis commiserit puniendos.*

C Respondeo, Regem ibi delegare, nō Magistratum, & cui dubium quin Rex delegare possit gladij potestatem? Deberetne ipse tot negotijs & curis implicitus, causas meri Imperij huiusmodi definire?

Secundum est ex cap. Aqua, de Consecratione Eccles. vel Altaris. Respondeo, nihil ibi dici de mero Imperio.

Tertium est in c. vlt. Ne Clerici, vel Monachi, lib. 6. vbi clarè dicitur, Episcopos delegare posse causas sanguinis, quæ proculdubio ad merum Imperium pertinent.

Respondeo, rationem hanc esse, quia Episcopis eas agitare non licet, vt ibi dicitur. Et inter omnes constat, Magistratum quoque secularem eiusmodi causas delegare posse, cùm ipse impedimento aliquo absentiæ, puta, vel infirmitatis eas expedire non potest, l. 1. ff. de off. eius.

D Quartum est ex Clem. 1. §. 1. de hæreticis. Respondeo, doctrinæ hæresis ita ibi constitutum esse, ac non facilè trahendum ad alias causas, nec dicitur etiam absolutè ac generaliter tales causas delegari posse, sed loquitur textus de delegato Episcopi Sede vacante.

Quintum est ex c. licet, de officio Vicarij, lib. 6. & c. Si Episcopus, de off. ordin. eod. lib. vbi patet Episcopum delegare posse causas criminales.

Sed hoc ius locum obtinet in Vicarijs Episcoporum, qui & Ordinarij vocantur. Neque enim Episcopi possent eiusmodi causas expedire. Datur illis Iure Canonico facultas Vicarium constituendi, & Locumtenentem; non tamen licet ex hoc inferre, Iure Canonico permissum esse generaliter meri Imperij causas delegare.

Sextum argumentum est ex cap. vlt. de off. Iudicis ordin. illis verbis: *His quibus ex officio in certis casibus competit illos absoluere, qui pro violenta manuum iniectione incidunt in Canonis sententiam promulgatam, licet alius huiusmodi absolutionem committere, cum viderit expedire.*

dire. Et hoc argumentum eo fortius est, quoniam hæc potestas specialiter quandoque Episcopis tributa est, cap. Mulieres, c. De Monialibus, c. Petueniat, c. Quod de his, c. vlt. de sent. excommunic.

Responderi potest, id ex caussa iusta permissum esse, propter fauorem animæ: quod verba illa indicant, *Cum viderint expedire*. Nostra disputatio & quæstio est, an liceat absque caussa vlla, caussas meri Imperij delegare secundùm Ius Canonicum; quod certè meritò negari potest.

CAPVT C.

Quæ sit pœna abacti partus.



Vm quæritur, quæ pœna sit abacti partus, in promptu est distinctio veterum; Aut partus animatus, aut inanimatus est. Priore casu pœna est capitalis, Posteriore non item. Accurs. Bartolus, & alij, ad l. Dinus, ff. de extraord. cog. Gomes. Variar. resolu. lib. 3. cap. 3. nu. 32. Placa in Epitome delictorum, lib. 1. c. 20. nu. 5. Ofascus decis. 60. Clarus q. 68. post principium. Cuiacius nouissimè, lib. 19. cap. 9. Obseruat.

Contrariam sententiam nimirum indistinctè pœnam extraordinariam arbitrio Iudicis imponendam, docuit Menochius de arbitr. Casu 357. & nouissimè Anton. Thessaurus, decis. Pedemont. 12.

Distinctionis fundamentum est in c. Moyses, 32. q. 2. & in c. Sicut ex litterarum, de homicid.

Mitinris autem sententiæ firmamentum est in l. Cicero, ff. de pœnis, & in l. Diuus, ff. de extraord. crim. & in l. Si mulierem, ff. ad l. Corn. de Sicar. quibus legibus pœnam exilij constitutam esse constat, nisi mulier corrupta pecunia ab hæredibus secūdis, partum sibi medicamentis abegerit, tunc enim pœna capitalis est, vt habetur in d. l. Cicero.

Et ratio est, quia *partus nondum editus, homo non rectè fuisse dicitur*, l. 9. ff. ad l. Falcid.

Et sanè, hæc posterior sententia iuri Cæsareo valde consentanea videtur. Prior iure Canonico defendi potest, quo iure is, qui partum abijcit, homicida dicitur, c. Consuluisti, 2. q. 5. & tradit Tertullianus in Apologetico: *Homicidij festinatio est*, inquit, *prohibere nasci: nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentium disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis iam in semine est.*

Notandum autem est, sanctum Augustinum in d. c. Moyses, 32. quæst. 2. qui illam distinctionem inuexit, ex c. 21. Exodi, secutum fuisse septuaginta Interpretum translationem, quæ satis fauet supradictæ distinctioni, quod & Cuiacius annotauit loco proximè citato. Quare laborant gratis D. Menochius & Thessaurus, vt ostendant, in Exodo eam distinctionem non haberi. Verum est secundùm alias translationes, non secundùm septuaginta interpretum versionem.

CAPVT CI.

Quæ sit pœna stupri violenti.



On assentior Claro, §. Stuprum, vers. Sed quæro, asserenti pœnam mortis esse constitutam in stuprum uioleter cōmissum. Nec Bossio idem dicēti tit. de coitu damnato, num. 19. nec alijs, si qui sunt. Nam secundùm ius nostrum commune (scio enim Caroli V. Constitutione sancitam esse pœnam capitis) non est pœna capitalis. Pœna stupri violenti est legis Iuliæ de vi publica, l. 5. ff. ad legem Iuliam, de vi publ. Pœna legis Iuliæ de vi publica est aquæ & ignis interdictio, l. Qui dolo, §. vltimo, ff. eodem. In cuius locum

A deportatio successit, l. 3. ff. ad l. Iul. pecul. Nostris moribus pœna arbitraria est, vt tradit Menoch. de arbitr. Casu 394.

Fundamentum sententiæ, quam censeo repudiandam, est in §. Item lex Iulia, in Instit. de publ. iud. ibi: *Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cùm quis sine vi vel virginem, vel viduam.*

Non licet argumentari, ergo si cum vi, pœna mortis est, nisi raptus interuenerit, vt eodem tit. §. Si autem per vim, & in l. Vnica, C. de raptu virgin.

Non etiam iuuat dictam sententiam l. 1. ff. de extraord. crim. quia accipiēda est de stupro commisso cum raptu. Est enim raptus, siue quis inuitam mulierem abduxerit, siue eam artibus malis solicitauerit & corruperit, vt docet Imperator in l. Vnica, C. de raptu virg. ibi: *Siue volentibus, siue nolentibus, &c.* Et rursus ibi: *Nisi etenim eam solicitauerit, &c.* De his malis artibus loquitur d. l. 2. ff. de extraord. crim. ibi, *aut mulie-* B *rem puellamve interpellauerit, &c.*

CAPVT CII.

Sitne vis publica cùm quis alium armatus aggreditur.



Xistimo lege Iuliæ de vi publica eum teneri, qui armatus in loco publico aliquē aggreditur. Authoribus vtor Thoma Grammat. cons. 43. & 55. Claro quest. 83. vers. *Vim publ. cam.* & argumento l. 3. ff. ad l. Iul. de vi publ. *Eadem lege tenetur* (ait textus) *qui pubes cum telo in publico fuerit.*

Ratio est, quia omni armorum metu offenditur ac perturbatur publica securitas.

Aliam videtur sententiam habuisse Bartolus in l. Si C criminis, C. eod. tit. dum scribit: *Iniuriam factam personæ, ita demum cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi, si fiat coadunatis hominibus.*

Eandem sententiam defendit latè Anton. Thessaurus decis. 35. Morus ex l. 3. in fine. & l. Qui cœtu, ff. ad l. Iul. de vi publ. & l. qui dolo, ff. eod.

Præterea, argumentatur ab etymologia. Vocatur enim publicum, quasi populicum, ergo, vt is dicatur publica, coadunatis hominibus est opus.

Præsertim verò cùm hodie, inquit, non ita telorum portatio prohibita sit, imò ad solos seruos Imperator Leo & Anthemius eam prohibitionem restrinxerint, l. vlt. C. ad legem Iul. de vi publ.

Sed ista nihil mouent. Nam quod attinet ad *l. Si criminis*, illa loquitur de eo, qui conuocatis hominib. vim facit, quo quis verberetur, & pulsetur, vt patet ex illis verbis: *Sed quoniam à Fascinulo etiam te verbe-* D *ribus affectum asseueras, si hominibus coactis hoc fecerit, si legis Iuliæ de vi priuata reum deferendum putaueris, apud Præsidem age, &c.*

Is autem, qui talia facit, incidit tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata. Nam in l. Qui dolo, ff. ad l. Iul. De vi pub. sic ait Vlpianus: *Hac lege tenetur & qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulsetur.*

Incidit & in legem Iuliam de vi priuata, sicut patet ex l. 2. ff. ad l. Iul. de vi priuata, vbi eadem verba repetuntur à Scæuola, dicente, *ea lege* (Iulia de vi priuata) *tenetur, qui conuocatis hominibus, &c.*

Malè igitur Bartolus ex eo textu colligit, ad vim publicam coadunationem hominum requiri, quia etsi coadunati sunt homines, vt quis pulsetur & verberetur, tamen locus est legi Iuliæ tam de vi publica, quàm priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur ob vim ita coadunatis hominib. illatam. De priuata, quia à persona priuata & non publica vis facta est.

Non

Non obstant aliæ leges quæ coadunationem exigunt, A quia non negant vim publicam committi sine hominum coactione, & coadunatione.

Argum. ab etymologia nil est, quia spectatur hic turbatio publicæ pacis, quæ sequitur ex armorum motu, etiam non coadunatis hominibus.

Non est restricta armorū prohibitio ad solos seruos, nec hoc vult l. vit. immò priuatis hominibus prohibitū esse armorum vsum, constat ex l. Vn. C. Vt armor. vsus, lib. 11. lateq; respondit Rolan. cons. 3. lib. 2.

Illud notato dignum est, si vtrinsq; legis crimina obiecta sint, mitiorem legem, hoc est, priuatorū esse sequendam. l. si præses, 32. ff. de pen.

Amplius, hæc ita esse iuri consona arbitror cum exceptione, nisi absurdum illud sequeretur, cuius meminit Grammat. cons. 43 Puta si maiori pœna is afficeretur ex lege Iulia, de vi publica, qui armatus vulnerasset, quàm qui vulnerasset, ex lege municipali vel consuetudine loci, Nam ex hoc tacitè colligi posset, aggressionem cum armis, ad leg. Iuliam de vi publica, nequaquam pertinere voluisse eos qui ciuitati præsunt, & in qua talis consuetudo vel statutum viget.

CAPVT CIII.

De methodo seruanda in iure Ciuili perdiscendo; de Interpretum & Doctorum delectu, & de alijs quæ in eo studio vtilia sunt & necessaria.



Coronidis loco cōtrouersiam hic tractabo, nec ab instituto meo alienam, & vt spero, vtilem, & gratam omnibus futuram, qui Iurisprudentiæ studio nauant operam, de studendi methodo; de Interpretibus legēdis, deq; ijs omnibus, quæ ad hæc studia promouenda, & adiuuanda pertinent, maximeq; conducunt.

Vt autem in hac disputatione de methodo, cōuenienter & ipse methodum adhibeam, tractabo tria capita. Primum continebit, quid ipse de tota hac disputatione sentiam. Secundum occurret omnibus argumentis, & obiectionibus, quæ contra sententiam meā adferri possunt. Tertium complectetur peculiaria quædam præcepta, quibus, & quæ vitia præcauenda sint, facile cognosci poterit, & quæ maximè obseruanda & sequēda sint.

Existimo ego, quod attinet ad primum caput, Si quis veram ac solidam iuris cognitionem assequi velit, post benè percepta iuris elementa, quæ præclara illa Iustiniani Oeconomia in Institutionibus traduntur, eum & iuris textum diligenter, & vtriusq; factionis & classis Interpretes, & Doctores legere, tractare oportere, nocturnaq; versare manu, versare diurna. In altera factione & classe constituo Accursium, Bartolum, Baldum, Salycetum, Paulum Castrensem, Angelum, Fulgosium, Alexandrum, Iasonem, Decium, Ruinum, Ripam, Frācisc. D Aretinum, Socinos, Corneum, & si qui sint alij. Non tamen omnes (quia id vix fieri potest) legi volo, sed præcipuos saltem. Nec enim ignoro eruditissimi Alciati iudicium hac de re lib. 2. Parergon, cap. 42.

In iure primas comparatus cæteris
Partes babebit Bartolus.
Decisiones ob frequentes Actio
Baldum forensis sustinet.
Non negligenda maximè est tyronibus
Castrensis explanatio.
Opinionum tutius symplegadas,
Superabis Alexandro duce.
Ordinis Iason, atq; lucis nomine
Videndus est properantibus.
His si quis alios addiderit interpretes,
Onerat, quàm bonorat verius.

In altera classe pono Budæum, Alciatum, Duarenum, Cuiacium, Corasium, Connanum, & si qui sunt eiusdem farinæ alij.

Hanc meam sententiam testimonio Illustriss. & Reuerendiss. Card. Bolognetti, qui in vtroq; Interpretum genere proculdubio versatus fuit, & summa cū laude iurisprudentiā docuit, & illustrauit, in primis cōfirmo, Sic. n. ille in disputationibus de lege, iure, & æquitate, cap. 1. *Quapropter ego semper hac in re quoddam quasi temperamentum adhibendum esse duxi, vt qui ad veram & solidā eruditionis gloriam contendat, neq; (quod aiunt) in vllius verba sibi iurandum existimet, vllius ve autoritati tātum tribuat, quin ab eius erratis liberè recedat: neq; contra vsque adeò quemquam contemnat, ex his præsertim qui aliquo in bonore habentur, vt eo fructu seipsum fraudet, qui sæpe etiam ex librorum non optimorum lectione referri solet. Cùm. n. nō omnia omnibus data sint, sed alia in re aliū* B *præstare liquidò videamus, perfectius id esse necesse est, quod quis non duorum tantùm aut trium, sed multorum imitatione consecutus fuerit. Multi multorum libri sententia mea sunt euoluendi, sed in bis, vt non dānanda omnia, sic non omnia imitanda. Damnantur eo nomine Accursiani, qui persepe ob bonarū literarum ignorationem ijs in rebus bæsitent, ac diutissimè persistant, quæ nō modò infructuosæ sunt, sed planè pueriles atq; irridendæ. Esto, sint bæc inique (vt verè sunt) maximè reprebendendi. At eruntne propterea cætera omnia, quæ ab ipsis traduntur, aspernanda, atq; omittendæ quæstiones omnes copiosissimè ab bis disputatæ, quarum pleræq; eiusmodi sunt, vt singularum explicatio integros ipsos titulos facilè illustrare possit?*

Et paulò antè: *Non is certè ego sum, qui contendere velim, Bartolum et eiusdem farinæ alios, quib. passim iudices* C *tantum tribuunt, vt vix ab eorum sententijs audeant recedere; perfectos homines fuisse, aut eū, quam penè suo iure sibi vindicare videntur veræ eruditionis laudē promeruisse. Neq; enim inficiari possum, inscitè illos multa tractasse, ac permultis in locis (quanquam non tam ingenij culpa, quàm ob sæculi illius imperitiam) errore lapsos esse. Verùm tamen illud semper affirmauero, iniquorem iudicem esse, qui eos nulla in re prorsus laudandos existimat. Videntur. n. mihi cum alijs de caussis, tum eo nomine præsertim meritò non damnari debere, qui in legibus explicandis non simplici ac nuda verborū interpretatione contenti, respōnso illi quodcunque sibi proponitur expediendum, totam plerumq; materiam accōmodant, variè dispersa in hac Institutionum qua si farragine colligunt in vnum, atq; ordine semper al quo, quicunque tandem is sit, in certa capita distribuunt. Huc accedit, quod si qua offendunt, obscuriora, ea proposititis ab* D *vtraq; parte argumentis fusius prosequuntur, & quantum in ipsis est, moribus nostris accommodant. Quæ res iudicio meo ad fori disceptationes momenti plurimum babet, ad quas proculdubio multò is instructior accedet, qui assiduis disputationibus assuetus, ex ijs antea didicerit, quo pacto tenebris obducta eruatur veritas, & ab aduersariorum calumnijs defendatur.*

Et paulò pòst: *Ab bac verò laude longè abesse video, oēs ferè alterius (vt ita dixerim) factionis interpretes: nā vel si politius leges explanent, ac plerumq; etiā (vt negari non pōt) multò & solidius & eruditius, quippe qui in bonarū artium studijs magis versati, ad banc legum disciplinam solent instructiores accedere; tamē adeo ieiunè id faciūt, vt qui oēs illorum omnium, ad certam aliquam legem percurrerint interpretationes, præter solum illius legis sensum nibil aliud videntur assequuti. Cùm. n. alienis forsan libris, plus quàm deberent, operæ ponant, non cum quem necesse*

esse

esset in legum interpretatione laborem suscipiunt. Itaque materias anguste atq; exiliter tractant, Quæstiones verò omnes planè contemnunt, non eas modò quæ verè inanes ac futiles sunt (nam eiusmodi multas esse fateor) sed insigniores etiom illas, quæ rebus obscurissimis splendorem maximum afferre possunt, publicisq; ferè in omnibus gymnasiis, ac quotidianis disputantium cœtibus non immeritò celebrantur.

Sed præter Illustrissimi & Reuerendissimi huius Cardinalis & Alciati testimonia alia sanè non desunt idonea, omnique exceptione maiora. Etenim eandem in hoc iuris studio rationem iniuisse constat complures alios, qui doctissimis scriptis editis, maximam sibi laudem quæsierunt. Inrer alios Didacum Couarruuiam, Martinum Nauarrum, Andream Tiraquellum, Iacobum Nenochium adoumerare placet. Hi & veterum, quos Accursianos vocant, & recentiorum reconditæ literaturæ commentaria & scripta visitarunt, tam sedulò, tamque seriò, vt eorum succum non deglutisse modò, verùm etiam in carnem & sanguinem couuertisse videantur.

Sed quid testibus vtor singularibus, cum in promptu sint totins ferè Europæ præindicia ac testimonia. Academiarum dico totius Italiæ, Hispaniæ, Germaniæ? in quibus Accursianos Doctores primum sibi locum vindicasse omnibus constat? Quid Academiarum? immò & omnium Supremorum iudiciorum Tribunalia idem sentiunt, atque ipsius Imperialis iudicij, & Pontificis Maximi auditorium? Cuius rei fidem faciūt Rotæ Romanæ decisiones, & Imperialis Cameræ obseruationes, Andreæ Geyll. & Myosinger. si vt Philosophi & Rhetores docent, id probabile existimandum est, quod videtur plerisque viris sapientibus ac prudentibus: nostra hæc sententia, quam tot sapientissimi viri ac Principes sequuntur, probabilis proculdubio existimari debet.

Si consuetudinis vsusq; longæui non vilis est autoritas, si inueterata coosuetudo pro lege custoditur, si minimè sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, vt non semel Iurisconsulti nostri responderunt, non video cur alia sit nunc ingrediendum via, vt ad Iurisprudentiæ cognitionem perueniamus, quàm ea, in qua tot præstantissimorum virorum, tamdiu impressa vestigia conspiciuntur.

Sed age non semper autoritatibus certemus, rationē quoque in consilium aducemus. Quis leges ptima fronte contrarias conciliare; Priores ex posterioribus interpretari. Rationes cuiusq; intelligere. Eas ad vsum, ad mores nostros accommndare, quæstiones difficiles explicare, doctrinam vberrimam ac solidissimā consequi sine istis interpretibus, tam breui, tam facilè poterit?

Hinc decisiones ex iis conflatæ. Hinc consilia edita. Hinc communes opiniones. Hinc tractatus multi emanarunt, quibus nunc Iurisprudentia maximè floret, ratioq; facillima reperta est iustum ab iniusto segregandi, & ius suum vnicuique tribuendi.

Quamobrem si iis accesserint alterius classis interpretes docti, eruditiq;, & verborum iuris, & historiarum, & antiquitatis periti, nihil certè amplius desiderari poterit. Non sunt isti tanti æstimandi, propter verborum elegantiam & eruditionem, vt cæteros vetustiores abijciamus. Nec rursus tanti sunt antiquiores faciendi, vt istos negligamus, in vtroq; extremo (in quo sanè multos peccare video) vitium est, periculum est. Medio tutissimus ibis.

Sed iam secundum caput aggredior, argumenta soluturus, quæ aduersus hanc sententiam adferri possunt.

Primū sumi potest ex tribus maximis vitiis, quæ Franciscus Duarenus obiecit; Accursianis Doctoribus. Primum est, Latini sermonis ignorantia & barbaries: Alterum, quòd nullam artem, nullamq; methodum docēdi

A obseruent. Tertium, q disputationibus suis Sophisticen perpetuò admisceant.

Quod attinet ad primum, negari certè nō potest, eos barbarè plerunq; & minus congruè locutos esse, verun tamen illud vitium erat seculi illius, & oon tam spectandum est, quàm benè quis loquatur, quàm virum benè sentiat Magis enim amare decet indisertam prudentiā, quàm imperitam loquacitatem.

Carpit Pompoonis noster Celium Antipatrum, quòd plus eloquentiæ, quàm iuris scientiæ operam dedisset: Quo nomine reprehensus etiā fuit à Scæuola Sulpitius cùm ei dixit: *Turpe esse viro nobili ac patritio, ius in quo versaretur ignorare.*

Huicq; etiam proditum est, Trebatium in iure Casellio fuisse peritiorem, Casellium contra Trebatio eloquētiorem: Cæterum Casellij scripta non reperiri. Trebatij autem plura, quòd scilicet digniora sint responsa illa, quæ profundam redolent iuris peritiam, quàm quæ fu- B catum quendam verborum ornatum continent.

Quod verò dicitur, eos nulla arte, nulla methodo in docendo vti, vereor ne oon ita sit. Sunt quidem aliqua quandoque ab eis loco minus congruo tractara & explicata: sed quis est ex omni parte perfectus?

Terrium quod obiicitur planè insulsum est, & in veteres illos interpretes minimè conuenit, sed fortassis in aliquos recentiores ambitiosos nimis, qui summam ingenij laudem esse iudicant, omnium sententias petulanter euertere, quod certè Bart. & reliqui eiusdem farinæ Doctores non fecerunt.

Secundum argumentum sumi potest ex his, quæ tradit Bartholomæus Faius, in præfatione ad Connanum, cùm dixit, confusaneum, ineruditum, ac redundans cùm scribendi, tum profitendi iuris genus, scilicet antiquorum, à recentioribus Iurecoosultis repudiari, neque iniuria, cum in eo assequendo laborantes, haud multum ab his differre videantur, qui metalla vesti- C gant, quibus immensos montes perforare, ingentem terræ vim eruere magnis impensis ac laboribus necesse est, priusquàm vel ad plumbum veniant, qui argentum quærunt, ac plerumque spe delusi, impensas atque operam se perdidisse, per quàm grauiter ferunt, indignanturque.

Respondeo, hæc gratis obiici, eandemq; faciliratem qua affirmantur, negari meritò posse. Non sic alij viri docti & eruditi censuerunt. Nun ita iudicat orbis. Non ita est verè, sed si quis in istorum scriptis, qui sunt alterius classis, ætatem suam consumpserit, ille nec aurum inueniet, nec argentum, quia cum quæstiones omittant, ad vsum accommodatas, raro in litibus agendis ac diiudicandis eis vti poterit, & vt quidam lepide dixit. Non lucrabitur vnum obolum: quanquam sanctissima est iuris scientia, quæ precio numario æstimari non debet.

D Tertium arg. est nonnullorum, qui ad pauca respiciētes aiunt, Doctores istos veteres non text. explicare, sed glossas, ac proinde abiiciendos esse.

Respondeo, rem non ita se habere. Accursius, & veteres glossographi, textum diligenter explicarunt, leges contrarias opposuerunt, easque conciliare conati sunt. Rationes attulerunt. Quæstiones proposueruot. Multa annotarunt & tractarunt, sicut ex glossis ipsis constat, præsertim Accursij, quem Iacobus Cuiacius omnibus tam Græcis, quàm Latinis Interpretibus anteponit, lib. 3. cap. 11.

Bartolus autem, Castrensis, Alexander, Iason, Salyce. & reliqui, qui commentaria scripserunt, expeditis iis, quæ pertinent ad textus explicationem, statim aggrediuntur Glossas: & disputant accuratè de his quæ Glossæ adduxerunt, & tractarunt, modò approbantes, modò reprobantes sententiam earum, modò aliqua addentes, & de nouo quærentes, & disputantes, quæ ad legis materiam spectant.

Quod

Quod cùm ita sit, non video cur repudiandi sint. Tractant enim ea quæ ad textum pertinent, examinantque Glossarum sententias & placita. Non mihi credas, sed ipse legas, & videas, easque vt dicitur in rem præsentem.

Vis vt addam doctissimi Cisneri testimoniũ in præfatione ad Duarenum. Audi, Appingam verba eius: *Primus igitur Accursius admirabili diligentia, incredibili labore, excellenti ingenio, quæ superiores ad diuersa loca, quibus interpretatione opus esse putabant, Glossemata passim, & seorsim composuerunt, collegit, usq; sua addidit, & cùm ad vniuersum ius congessit, tum ad singulas ferè leges applicuit. Nec ipsas modo leges, & quæ inter se, vel similia, vel pugnantia sibi esse viderentur anno auit: sed & dissentientes priorum interpretum opiniones suis locis retulit, & collatione earundem facta, suã quoq; subiecit; Ac cùm ne sic quidem satisfieret iuris studiosis, qui eũ insecuti sunt, velut ducem & autorem inuenientes, non tã ipsas leges sibi explicandas, quàm scholia separatim ab illis edita, tum ab Accursio in vnum quasi corpus cõ racta perpendenda proposuerunt. Itaq; luculẽtiores expositiones & enarrationes ediderunt, in quibus mediam viam inter eos, qui ætate maiores, quiq; minores erant, sunt secuti, cũ & Glossarum modum excederent, & sibi à Commentariorum magnitudine temperarent*, &c.

Sed iam præcepta sunt notanda, quæ mihi hoc saxum viginti iam annis voluenti in mentem veniunt, longoque vsu & experientia didici.

Primum omnium vitanda est barbaries antiquorũ. Neque enim in tanto isti honore haberi debent, sicut olim suos Reges habuisse Aethiopes feruntur (quod & Illustrissimus Cardinalis Bolognetus monuit) apud quos vsu id seruatum fuit, vt si fortè Rex vel crure, vel oculo, vel quo alio membro caperetur, tunc statim domestici omnes eandem sibi partem certatim frangerent, atque præciderent, turpè scilicet existimantes, quo vitio Regem deformatum ac mancum viderent, eo se carere. Nam cùm felix hoc nostrum sæculum, excussa veterum barbariæ, linguarum peritia mirificè excultum sit, danda est opera, vt nostra hæc iurisprudentia pristino (quod fieri potest) nitori restituatur.

Secundò, fugiendum est nimium philologiæ studium, & aliarum scientiarum, quo plerique recentiores maximè flagrarunt, quibus iuris studium veluti quoddam parergõ est. Licet enim variæ lectionis studium damnandum non sit, quoniam sicut campi vario florum herbarumque genere vestiti, pulchrius arrident, ita & ingenia varijs exculta disciplinis, pulchriores fructus, & suauiores edere solent, modus tamen in ea re seruandus est, quod opportunè significauit mirificus ille artifex, qui in opere suo moneri se à sutore de crepida passus est, cæterùm eundem etiam de crure disputare volentem, suprà crepidam ascendere prohibuit.

Indicauit etiam hoc Plato, dum conductores cuiusdam arcis, qui secum de forma & modo ipsius construendæ sermonem habere volebant, ad Euclidem geometram ire iussit. Propius autem ad rem nostram Scæuola: nam quoties de iure prædiatorio consulebatur, ad Furium & Casellium, qui huic scientiæ dediti erant, consultores reijcere solitus erat, ab iis negocium aptius explicari posse fatendo, qui quotidiano eius vsu callebant.

Tertiò, labore opus est non paruo. Namque pulchra difficilia sunt. Imò vt ait Satyricus: *Nil sine magno vita labore mortalibus dedit* Et Poetæ. Ne Herculi quidem Ioue nato, nisi maximis exantlatis laboribus cœlum dederunt. Magni nominis inter Iurisconsultos Bartolus periculum subijt honoris & vitæ amittẽdæ, dum negligenter causæ cuiusdam rei dans operam, eum capite plecti iubet. Nemo ignorat qualis & quã-

A tus inter medicos fuerit Galenus, ille verò de seipso sic scribit: *Felicitatem meã, quam beneficio paterno habueram, quamuis ego maiorem adhuc redderem, quod citius meliusq; reliquis omnibus quæcunque docebar ediscerem, nisi tamen per vniuersam adeò vitam in medicina philosophiaq; theorematibus me diligenter exercuissem, nihil præclarum consecuturus eram*. Tanta verò animi paulatim acquirenda cognitione sese pascentes delectatione perfruũtur vt iucundi labores omnes, suauissimæque sint vigiliæ. Malè cum ijs studiosis agitur, qui rebus alijs animi intentione occupata, ad scholas tamen accedunt. Ausim dicere, eos oleum & operam amittere, grauissimi authoris Senecæ testimonio: *Magna*, inquit, *pars vitæ elabitur malè agentibus, Maxima nihil agentib. Tota aliud agentibus*. Qui enim auribus solis præsentes, mentem aliò intendunt, ij aliud agere Latinis dicuntur.

B Quartò, assiduitate opus est. Ars enim longa, vita breuis, vt sapientissimus dicebat Hippocrates. Quanquam, vt dicebat Cicero, satis temporis ad comparãdas artes natura nobis suppeditauit, sed breue nos ipsi facimus, in delitiis, ineptiis, voluptatibus, sodalitatib. bonam eius partem absumentes. Solebant veteres fortunã ita effingere, vt mulier esset, quæ pilæ insisteret. Mercurium autem studiosorum numen cùm designabant, basem quadratam seu vndique quatuor angulis nitentem tesseram efficiebant; hoc modo studiorum firmitatem significantes. Et extat Hesiodi carmen, quo iubet in summo vasis, itemque in imo, quantumlibet potare, dum in medio simus parci, quo interpretes indicari allegoricè putarunt, temporis in pueritia & senectute rationem reddendam non esse quo ad studia, sed mediæ ætatis, quæ studiis aptissima est, nos debere esse parcissimos.

Quintò, necessaria est exercitatio. Omne artificium C inquit Marcellus, exercitatione recipit incrementũ, & Arcadius dixit, Herenniũ Modestinum notando, & disputãdo multa optima ratione decreuisse. Hesiodus autor grauissimus & antiquissimus, duas scribit esse Eridas; hoc est, contentiones. Alteram hominib. noxiam, alteram verò vtilem. In priore contentione, inquit, is qui victor est discedit ex certamine peior, in altera verò is qui victor est, discedit gloriosior, victus verò melior: Illa, vt dicebat Alciatus, ad studiosorum rixas & tumultus pertinet, hæc ad literarias contentiones, disputationesque.

Sextò, necessaria est perseuerantia. Nec enim si quid difficillimum inueniatur statim abijciendus est liber, sed perseuerandum.

Gutta cauat lapidem non vi, sed sæpe cadendo.

Scribit Galenus lib. 3. Methodi, cap. 2. cum sibi persuasisset Hippocratem nihil absque magna ratione dicere, & tamẽ Aphorismum illum (*Dolores oculorum vel* D *potio, vel balneum, vel fomentum, vel phlebotomia, vel purgatio tollit*) nõ intelligeret, indefessa ac planè obstinata cogitatione se tandem veritatem ac mentẽ Hippocratis assecutum esse.

Summus labor, pertinaxque studium ac industria Demosthenis nota est. Is cum sibi actionem deesse videret, domunculam ædificasse dicitur subterraneam, in qua lucubraret. Huc se quotidie contulisse ad formandam actionem, & effingendam vocem, sæpeque menses ipsos ibi mansisse, & capitis alteram partem rasisse, ne licet maximè vellet, prodire posset verecundiæ causa. Illudque etiam memoriæ proditum est, eũdem Thucididis libros octies descripsisse, vt eius phrasim memoriæ mãdaret. Scribit Fabius Quintilianus, Heraclidem Sophistam Licium, hebeti ingenio, & ad politiorem cultum ineptissimo, fuisse, pertinaci tamẽ studio id demum assecutum fuisse, vt à magnis autoribus elegantissimus appellaretur, atque eloquentissimus. Is postea re ipsa edoctus, nihil esse quod perti-

nax ſtudium non vincat encomium laboris ſcripſit.

Septimò, illud meminiſſe oportet quod Alciatus monet lib. 6. Parergon, cap. 8. ſtudiis plus conſerre oculos, quàm aures. Proponit Homericum griphum, cuius carmina ex 19. Odiſſeæ Vigilius lib. 6. Aeneid, ſic Latinè reddidit.

Sunt geminæ ſomni portæ quarum altera fertur,
Cornea, qua veris facilis datur exitus vmbris.
Altera candenti perfecta nitens Elephanto;
Hac falſa ad terras mittunt inſomnia manes.

Ait Alciatus ebore dentes repræſentari, cornu verò oculos. Quæ proprijs luminibus à nobis conſpiciuntur, ea & certiſſima eſſe, & memoria faciliùs teneri. Quæ verò audita duntaxat de ore aliorum percipimus, incerta eſſe, & quaſi per nebulam nobis inſpecta celeriùs euaneſcere. Studiis igitur & diſciplinis plus corneam pupillam conferre, quàm eburneos dentes.

Poſtremò & illud obſeruandum eſt, quod idem Alciatus alibi monet, in hac arte addiſcēda, præceptore ac duce, vt & in aliis omnibus, opus eſſe. Damnat S. Hieronymus arrogantiæ eos, qui ſine magiſtro ſe didiciſſe gloriantur. Nam ſi ſatis eſſet ex ſolo commen- A tario ſapere, haud quaquam opus fuiſſet tot Philoſophis, vt per exteras nationes peregrinentur, eos audituri, quorum libros iam in cubiculo legiſſent. Viua vox magis afficit, plenius quaſi paſcit & alit, altiuſque deſcendunt in animum, in eoque tenaciùs hærent, quæ pronunciatio, vultus, habitus, geſtus docentis affixerit. Non ſe liber explicat, vt præceptores facere cõſueuerunt, qui multis exemplis, ſententiis, argumentis vtuntur, eaque omnia quæ docent vocis moderatione illuſtrant.

Sed iam receptui canendum eſt. Tibi Deus fons & largitor oĩum ſcientiarum, per quem Reges regnant, B & legum conditores iuſta decernũt, gratias ago, quod me hoc opus ad finem perducere volueris. Quęcunq; ſcripſi, ſanctæ Catholicæ & Apoſtolicæ Romanæ Eccleſiæ, eiuſque Sanctiſſimi & ſummi Sacerdotis Domini noſtri Ieſu Chriſti Vicarij, Pontificis Maximi cenſuræ ſubiicio.

Tu verò, benignè lector, omnia æquo animo accipe, ſi quid rectè monui, Deo acceptum referas, ſi qua in re erraui, memor ſis Iuſtiniani ſententiæ: *Omnium meminiſſe, & in nullo penitus errare, diuinitatis eſt potius quàm mortalitatis.*



ANDREÆ

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER DECIMVS.



CAPVT PRIMVM.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem quadraginta annorum.



N controuersia positum est, vtrum Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus præscriptionem quadraginta annorum possit. Et multis placuit non posse, quos refert & sequitur Soc.sen. in cons. 266. num.23. lib.a.

Fundamentum est, quia nullus est in iure Canonico locus, quo probetur huiusmodi restitutionem competere. Contra verò, plurima sunt testimonia, quibus disertè cautum est quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere. cap. De quarta. cap. Vigilanti. cap. quia indicante. de præscript.

Huc accedit quod si daretur restitutio, nunquam Ecclesiæ noceret præscriptio: nam semper in integrum restitueretur, quod non accidit in minoribus; quia illi fiunt maiores, & post quadriennium excluduntur. l. vlt. C. de temp in integrum restit.

Sed contraria sententia & communior est & probabilior, ex traditis per Oddum, de restit. in integr. par.2. quæst. 90. artic.3.

Fundamentum est hoc, solidum vt mihi videtur. Ecclesia vtitur iure minoris, c.1. de restit. in integrum. Sed minor restituitur aduersus præscriptionem quadraginta annorum. Ergo, & Ecclesia. Minor probatur. Nam minor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis. l. Vnic. C. si aduersus vsucap. Iustinianus autem statuit eam non currere contra minorem, l. vlt. C. in quibus causis in integrum restitu. non est necessaria: Ergo aduersus pręscriptionem longissimi temporis 40. scilicet annorum hodie restituendus est. Hęc enim præscriptio currit contra minorem, l. Sicut. C. de præscrip. 30. vel 40. annorum. Ergo minori danda est restitutio, eadem ratione, qua olim dabatur aduersus pręscrip. longi temporis, ne scilicet minor propter suam negligentiam, vel imprudentiam damno afficiatur.

Confirmatur hæc sententia ex regula generali, quæ A ponitur in Clem. 1. de in integr. restit. vbi summus Pontifex dicit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest.* Intra quadriennium tamen: vt ibi dicitur, & in c.1. eod. tit. lib.6. Ex quo tollitur argumentum, quo dicebatur, nunquam Ecclesiæ nocituram esse præscriptionem, si ei restitutio concedatur; Nocebit enim post quadriennium, vt patet.

Alterum verò argumentum facilius diluitur, quia satis videtur expressum iure Canonico, Ecclesiam esse restituendam aduersus istam præscriptionem, & iuris ratio satis id suadere videtur, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

B *Vtrum minor vigintiquinque annis aduersus contumaciam iudicialem restitutus, expensas aduersario restituere teneatur?*

MInor etiamsi quasi cōtumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l.9. ff. de minor. Sed an sumptus aduersario reddere teneatur, iuxta l. Sancimus. C. de iudi. non est eadem omnium sententia.

Nam Bart. in l. Si finita, §. Si forte, ff. de dam. infec. videtur velle sumptus restituendos esse; quem refert & sequitur Ias. in d. l. Sancimus, nu.7. Idem docet Hostiensis C in Summa, de in integr. restit. §. vlt. ad finem, & ita decidit Capella Tholosana, decis. 329. & seruari hanc opinionem in Parlamento, testatur Boerius decis. 63. nu.6.

Contrarium docet Alex. in l. Si finita, §. Iulianus, nu. 84. de dam. inf. Natta cōs. 17. nu. 6. Odd. de rest. in integr. par.2. q.67. art.2. nu.330. Anton. Thesaur. decis.9. num.6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia contumax in dolo esse videtur. l. Non videtur dolo carere. de reg. iur. Minori autem non succurritur in delictis. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de minoribus.

Sed responderi potest, esse dolum præsumptum, quo in casu minoribus succurritur. l.1. §. vlt. ff. de eden. & in d. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. de minoribus.

nax ſtudium non vincat encomium laboris ſcripſit.

A Septimò, illud meminiſſe oportet quod Alciatus monet lib.6.Parergon,cap.8. ſtudiis plus conferre oculos,quàm aures. Proponit Homericum griphum, cuius carmina ex 19. Odiſſeæ Vigilius lib. 6. Aeneid, ſic Latinè reddidit.

Sunt geminæ ſomni portæ quarum altera fertur,
Cornea qua veris facilis datur exitus vmbris.
Altera candenti perfecta nitens Elephanto;
Hac falſa ad terras mittunt inſomnia manes;

Ait Alciatus ebore dentes repræſentari, cornu verò oculos. Quæ proprijs luminibus à nobis conſpiciuntur, ea & certiſſima eſſe, & memoria faciliùs teneri. Quæ verò auditu duntaxat de ore aliorum percipimus, incerta eſſe, & quaſi per nebulam nobis inſpecta celeriùs euaneſcere. Studiis igitur & diſciplinis plus corneam pupillam conferre, quàm eburneos dentes.

B Poſtremò & illud obſeruandum eſt, quod idem Alciatus alibi monet, in hac arte addiſcẽda, præceptore ac duce, vt & in aliis omnibus, opus eſſe. Damnat S. Hieronymus arrogantiæ eos, qui ſine magiſtro ſe didiciſſe gloriantur. Nam ſi ſatis eſſet ex ſolo commentario ſapere, haud quaquam opus fuiſſet tot Philoſophis, vt per exteras nationes peregrinentur, eos audituri, quorum libros iam in cubiculo legiſſent. Viua vox magis afficit, plenius quaſi paſcit & alit, altiuſque deſcendunt in animum, in eoque tenaciùs hærent, quæ pronunciatio, vultus, habitus, geſtus docentis affixerit. Non ſe liber explicat, vt præceptores facere cõſueuerunt, qui multis exemplis, ſententiis, argumentis vtuntur, eaque omnia quæ docent vocis moderatione illuſtrant.

Sed iam receptui canendum eſt. Tibi Deus fons & largitor om̃ium ſcientiarum, per quem Reges regnant, & legum conditores iuſta decernũt, gratias ago, quod me hoc opus ad finem perducere volueris. Quęcunq; ſcripſi, ſanctæ Catholicæ & Apoſtolicæ Romanæ Eccleſiæ, eiuſque Sanctiſſimi & ſummi Sacerdotis Domini noſtri Ieſu Chriſti Vicarij, Pontificis Maximi cenſuræ ſubiicio.

Tu verò, benignè lector, omnia æquo animo accipe, ſi quid rectè monui, Deo acceptum referas, ſi qua in re errraui, memor ſis Iuſtiniani ſententiæ: *Omnium meminiſſe, & in nullo penitus errare, diuinitatis eſt potius quàm mortalitatis.*



ANDREÆ

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER DECIMVS.



CAPVT PRIMVM.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem quadraginta annorum.



IN controuersia positum est, vtrum Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus præscriptionem quadraginta annorum possit. Et multis placuit non posse, quos refert & sequitur Soc.sen. in conf. 266. num,23. lib.2.

Fundamentum est, quia nullus est in iure Canonico locus, quo probetur huiusmodi restitutionem competere. Contra verò, plurima sunt testimonia, quibus disertè cautum est quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere. cap. De quarta. cap. Vigilanti. cap. quia indicante. B de præscript.

Huc accedit quod si daretur restitutio, nunquam Ecclesiæ noceret præscriptio: nam semper in integrum restitueretur, quod non accidit in minoribus; quia illi fiunt maiores, & post quadriennium excluduntur. l. vlt. C. de temp in integrum restit.

Sed contraria sententia & communior est & probabilior, ex traditis per Oddum, de restit. in integr. par.2. quæst. 90. artic.3.

Fundamentum est hoc, solidum vt mihi videtur. Ecclesia vtitur iure minoris, c.1. de restit. in integrum. Sed minor restituitur aduersus præscriptionem quadraginta annorum. Ergo, & Ecclesia. Minor probatur. Nam mi- C nor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis. l. Vnic. C. si aduersus vsucap. Iustinianus autem statuit eam non currere contra minorem, l. vlt. C. in quibus causis in integrum restitu. non est necessaria: Ergo aduersus pręscriptionem longissimi temporis 40. scilicet annorum hodie restituendus est. Hęc enim præscriptio currit contra minorem, l. Sicut. C. de præscrip. 30. vel 40. annorum. Ergo minori danda est restitutio, eadem ratione, qua olim dabatur aduersus pręscrip. longi temporis, ne scilicet minor propter suam negligentiam, vel imprudentiam damno afficiatur.

Confirmatur hæc sententia ex regula generali, quæ A ponitur In Clem. 1. de in integr. restit. vbi summus Pontifex dicit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest*. Intra quadriennium tamen: vt ibi dicitur, & in c. 1. eod. tit. lib. 6. Ex quo tollitur argumentum, quo dicebatur, nunquam Ecclesiæ nocituram esse præscriptionem, si ei restitutio concedatur; Nocebit enim post quadriennium, vt patet.

Alterum verò argumentum facilius diluitur, quia satis videtur expressum iure Canonico, Ecclesiam esse restituendam aduersus istam præscriptionem, & iuris ratio satis id suadere videtur, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

B *Vtrum minor vigintiquinque annis aduersus contumaciam iudicialem restitutus, expensas aduersario restituere teneatur?*

MInor etiamsi quasi cōtumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l. 9. ff. de minor. Sed an sumptus aduersario reddere teneatur, iuxta l. Sancimus. C. de iudi. non est eadem omnium sententia.

Nam Bart. in l. Si finita, §. Si forte. ff. de dam. infec. videtur velle sumptus restituendos esse; quem refert & sequitur Ias. in d. l. Sancimus, nu. 7. Idem docet Hostiensis C in Summa, de in integr. restit. §. vlt. ad finem, & ita decidit Capella Tholosana, decis. 329. & seruari hanc opinionem in Parlamento, restatur Boerius decis. 63. nu. 6.

Contrarium docet Alex. in l. Si finita, §. Iulianus, nu. 84. de dam. inf. Natta cōs. 17. nu. 6. Odd. de rest. in integr. par. 2. q. 67. art. 2. nu. 330. Anton. Thesaur. decis. 9. num. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia contumax in dolo esse videtur. l. Non videtur dolo carere. de reg. iur. Minori autem non succurritur in delictis. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de minoribus.

Sed responderi potest, esse dolum præsumptum, quo in casu minoribus succurritur. l. 1. §. vlt. ff. de eden. & in d. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. de minoribus.

Secundò, quia restitutio minoris non debet alteri frau A di esse. l. Nec auus. C. de emancipatione liberorum. l. 1. C. de his qui ven. ætat. imperr. Esset autem fraudi si minor expensas litis non refunderet.

Tertiò Nam in l. Intra vtile, §. vlt. ff. de minor. & in c. 1. de in integr. rest. probatur, sumptus in rem factos, restituendos esse à minore in integrum restituto.

Sed respondeti potest hæc esse dissimilia, quia sumptus iudiciales non sunt in rem facti, & sic in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles, vel necessarij, quibus res minoris preciosior, & melior efficitur.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia restitutio, est in pristinum statum repositio, l. Quod si minor, §. Restitutio. ff. de minor.

Si minor sumptus refundat, non videtur esse in pristino statu.

Sed respondeti potest, satis esse, si sit in pristino statu quantum ad rem principalem, hoc est, vt audiatur, con- B tumacia non obstante; & aduersus sententiam restituatur; alioquin hoc argumentum militaret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet sumptus restituere, nihil plus haberet, quàm quiuis alius maior qui auditur refectis expensis, d. l. Sancimus, C. de iud.

Respondet Hostiensis, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primum decretum restituatur, etiam post annum: quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideo hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsulti venia, multum est hoc: Facit enim in integrum restituto, vt minore post annum elapsum in integrum restituto ad secundum decretum perueniri non possit. Et consequenter in hoc aliquid specialiter tribuitur minori, quod maioribus non datur.

Tertiò, quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis, C l. Terminato, C. de fruct. & lit. expens. Ergo si minor restituitur quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus quoad expensas.

Sed certè quod attinet ad l. Terminato, nihil facit, Hoc enim dicit, *Terminato per sententiam principali negotio, non posse suscitari quoad expensas, sed statim eodem de partibus præsentibus Iudex condemnet in expensis.*

Et in terminis nostris aliam esse naturam causæ principalis, aliam expensarum patet: quia contumax auditur quoad rem principalem, sed refectis expensis, d. l. Sancimus.

Quartò. Nam secundùm Nattam si minor teneretur sumptus restituere, esset in damno, & sæpius desisteret à petitione in integrum restitutionis. Responderi potest, non videri hoc probabile; quia causa principalis plerunque est maioris momenti, quàm ipsa quantitas expensarum. Et licet damnum sentiat minor, id D tamen æquius est, quàm vt aduersarius ferat, qui fuit diligens.

Atque hæc sententia quæ minorem hoc in casu condemnat ad impensarum refectionem, mihi videtur probabilior. Videtur enim absurdum, vt qui minorem in iudicio rectè conuenit, ex contumacia ipsius iacturam patiatur expensarum. Daretur etiam minoribus occasio iudicia eludendi, & abutendi hoc beneficio in integrum restitutionis.

Mouet me præterea illud argumentum. Beneficium vni concessum, non debet alteri nocere, l. 2. §. Meritò, ff. ne quid in loco publico. Hic autem noceret, quia alter iacturam faceret impensarum. Respondet Natta, aliquando id contingere vt minor restituatur cum alterius iactura, ex trad. per Abb. in cap. primo, de in integ. rest. Si quis fecerit impensam in rem minoris, non eam recuperat nisi quatenus res est effecta preciosior, licet plus impenderit.

Respondeo, id regulare esse in omnibus, ex l. In fundo, de rei vend. & ideo non esse speciale fauore minoris.

Concludo igitur, minorem refundere debere impensas si vult in integrum restitui, nec hanc ob causam lædi, quia iure communi vtitur, l. vlt. C. de in integr. restit.

CAPVT III.

Ius accrescendi, an transeat in emptorem hæreditatis.



INsignis hæc controuersia est. Titius hæres est à Caio institutus ex semisse. Vendidit suam portionem hæreditatis. Post factam venditionem portio cohæredis defecit. Quæritur vtrum ei accrescat, an emptori?

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. *Vna* docet emptori accrescere, Altera venditori. Priores authores sunt Bart. in l. Re coniuncti. de legat. 3. Curt. iun. in l. Vnica, C. quando non peten. part. Duaren. de iure accrescen. lib. 2. cap. 6.

Posterioris Iason, Ripa, & Crot. in d. l. Re coniuncti. Salicet. in d. l. Vnica. Vasq. tit. de tacitis subtlit. seu de iure accrescen. libro tertio, §. 21. num. 65. versic. Illud autem dubium est. Anton. Gomez. Variarum resolution. tit. De iure accrescen. cap. decimo, numero *quadragesimo*quatto, nouissimè Cuiacius libro duodecimo *Obseruationum*. cap. 13.

Prioris hæc sunt argumenta. In *emptorem* hæreditatis transeunt omnia iura vtilia, & *habetur* per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis. ff. de hæred. vel act. vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem emptori obtinere.*

Secundò, quia ad emptorem hæreditatis omnia spectant, quæ ad hæredem peruenerint, vel quandocúque peruentura sunt, d. l. 2. ibi: *vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset.* & in §. Non tantum, ead. l. illis verbis: *Et non solum quod iam peruenit, sed etiam quod quandocunque peruenerit, restituendum est.*

Tertium argumentum sumitur ex l. Papinianus. ff. ad Trebellian. vbi portio deficiens accrescit fideicommissario, quia in eum transeunt omnia iura hæreditaria.

Quartum, sumitur ex l. Si totam, ff. de acquir. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem, aut partem ex qua quis hæres institutus est, tacitè rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, quia non videtur habere.* Sic in casu isto non debet accrescere venditori, quia rem non videtur habere, ergo accrescit emptori.

Quintum argumentum est, quia ius accrescendi sequitur rem seu portionem, non autem personam, l. Si Titio. ff. de vsufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni; vsusfructus personæ accederet.* Ergo accrescet emptori apud quem est portio, non autem venditori, qui nihil habet.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia venditor hæreditatis retinet iura directa: licet enim vendiderit, tamen videtur eam possidere, l. 4. §. vlt. ff. si quis omissa causa, ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, possidere videtur:* Ergo ei competit ius accrescendi; quia hoc ius ad hæredem spectat, non autem ad extraneum. Secundò, quia inter succedentes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi, l. sed cum patrono. ff. de bonorum possess. Sed hic succeditur diuerso iure; Hæres enim ex testamento succedit, Emptor autem ex contractu. Igitur inter eos cessat ius accrescendi. Tertiò, ex eo quod habetur in l. Ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulg. vbi ad eum, cui portio hæreditatis aufertur, & fisco applicatur, pertinet portio deficiens; non autem ad fiscum, qui aliam portionem habet. Sed nihil est, quia ibi fuit substitutio expressa cohæredis, non autem fisci: & cohæres satis fuit in eo punitus, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi I.C.

nimirum,

nimirum,vt suam portionem amitteret, propter fidem A accommodaram,de restituendo incapaci.

Quartò, quia vendita hæreditate habenda est ratio quãtitatis bonorum, quæ fuit tempore venditionis.l.2. §.1.de hæred. vel act.vend.Sed portio deficiẽs post venditionem non est in hæreditate tempore factæ venditionis,Ergo non pertinet ad emptorem.

Hæc posterior sententia magis placet.Ad primum,& secundum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, omnia iura transire ad emptorem portionis ei venditæ; & si quid postea peruenit, scilicet ad eam portionem, quę vẽdita est,pertinens. Sed istud ius respectu alterius portionis est, quæ non fuit vendita: ergo non pertinet ad emptorem: Pertinet autem ad venditorem quia ipse venditor est hæres iure directo; & portio deficiens accrescit hæredi,non autem ei qui hæres non est,qualis est emptor.

Ad legẽ Papinianus placet responsio Cuiacij lib.12. obseru.cap.12.& 13. loqui de hærede, qui coactus adi- B nit,ac proinde priuatus fuit suo iure. Amittit enim Falcidiæ beneficium, & præceptiones, & substitutionem factam sub conditione,si patri hæres esset,& mortis causa capionem,& alia: leg. Ita tamen.§. qui suspectam,& §.si pręceptis. leg. Si patroni. §.Adeo. ff. ad Trebellian. l.Is cui, de cond.indeb.

Ad id quod dicitur portionem accrescere portioni,respondeo sic esse accipiendum, vt is qui nullam portionem habet, nihil consequi possit ex iure accrescendi: Quomodo enim is qui sua portione indignus est, alterius portionem vellet lucrari? ita loquuntur leges allegatæ,ideoque nostram conclusionem non offendunt.

CAPVT IV.

Quæ sit pœna abacti partus?

C

CVm quæritur quæ pœna sit abacti partus, in promptu est distinctio veterum Doctorum. Aut partus animatus est,aut inanimatus. Priore casu pœna est capitalis: posteriore non item. Glo. Bartolus, & alij in l. Diuus. ff. de extraord. crim.Gomez.resolut.libro tertio,cap.3.num.32. Placca in epito.delict.libro primo,cap.20.num.5. Osasc.decis. 60.Clarus quæst.68.Cuiacius nouissimè obser. libro 19. cap.9.

Sed indistinctè pœnam extraordinariam imponendum arbitratus est,Menochius de arbitr.casu 35.& post eum Thesaurus decisione 12.Veritas igitur ex ipsis fontibus est haurienda.

Distinctionis fundamentum inter factum animatum & inanimatum est in cap.21.Exodi, vbi sic apertè distinguitur,secundum interpretationem Sãcti Augustini relatam,in cap.Moyses 32.quæstione secunda,quæ fuit interpretatio septuaginta interpretum,vt declarat Cuiac. D loco annotato,Nam secundum vulgarem interpretationem illa distinctio non habetur sicut perpendunt Menochius,& Thesaurus locis annotatis. His accedit cap. sicut ex literis,de homic.vbi S.Pontifex distinguitur inter fętum viuificatum,& non viuificatum, iubens clericos ab altari abstinere, si viuificatum abiecerint, secus autem si non viuificatum.

Adde homicidam appellari eum qui partum abiecit, cap.consuluisti,secunda quæstione quinta,& Tertullianus in Apologetico.*Homicidij festinatio*, inquit,*est prohibere nasci,nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis iam in semine est.*

Contrariæ autem sententiæ fundamentum est in lege Cicero.in secundo casu.ff.de pœnis,in lege Diuus,de extraordin.& in lege, si mulierem,ad legẽ Corn.de Sicar. quibus in locis pęna exilij constituta est,excepto eo casu, quo mulier pecunia accepta ab hæredibus [illegible] partum sibi medicamentis abegit, vt in dicta l.Cicero. in principio.

His accedit l.9.ff.ad l.falcid.ibi.*Partus nondum editus homo fuisse non rectè dicitur*, quod maxime spectandum videtur in pœnalibus.l.interpretatione,de pœnis.

Dicebam ergo aliter hãc rem iure Canonico, aliter iure Ciuili accipiendam.Licet enim non sit inducenda discordia inter hæc iura,cap.primo, & secundo, de oper. nou.nunc. Tamen id vnum est in dubio. At hoc apertè videmus iure Ciuili pœnam esse extraordinariam,excepto illo casu,quo pecunia interuenit, nec fieri distinctionem inter fętum animatum,& inanimatum.

Iure autem Canonico consideratur hæc distinctio, & clarè adhibetur: vt patet ex textibus iam citatis.

Et ratio adferri potest, quia cum fętus animatus est, impeditur baptismus: & sic impeditur anima illa à regno Dei, quare iste homicida subiacebit meritò pœnis iuris Canonici,non autem iuris Ciuilis, quia istud non considerat dictam rationem,& loquitur de homine occiso, consequenter de iam in lucem edito, non de eo, qui est in vtero,quia ille nondum natus est,nondum homo est.Sic igitur sentio salua meliori deliberatione.

CAPVT V.

Sitne vis publica cum quis armatus alium aggreditur?

EXistimo vim publicam committi, quoties quis alium armatus in loco publico inuadit, vti respondit Thomas Gramm. consi.43. & 55. Clarus q.83.vers.Vim publicam,& alij quos ibi commemorant.

C Moueor authuritate tex.in l.3.ad l.Iul.de vi pub.*Eadem lege tenetur*(ait tex.)*qui pubes cum telo in publico fuerit.* Est enim vis publica cum armis, vis priuata sine armis.§.Item lex Iulia,inst.de pub.iud. Ratio est quia omni armorum metu offenditur,ac perturbatur publica securitas.

Aliam diuersam sententiam Bart. videtur habuisse in l.si criminis.C.eod.tit.dum scribit.*Iniuriam factam persona, ita demum cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi.si fiat coadunatis hominibus*, idq; deducit ex illa lege.

Eandem sentẽtiam late defendit Thesaurus decis.35. Motus ex l.3.in fi. & l.qui cætu.ff.ad l.Iul.de vi pub.vbi dicitur quis facere vim publicam,qui hominibus armatis,qui cętu,concursu,turba &c.inuadit, & ex l.qui dolo.ff.eod.vbi ait tex.*Hac lege tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit.*

Deinde argumentum sumit ab etymologia. Dicitur enim publicum,quasi populicum. Ideo vt vis sit publica,requiritur,vt sit populica,quod fit armatis, & coadu- D natis hominibus.

Præsertim cum hodie inquit, non ita telorum portatio prohibita sit,imò ad solos seruos Imperator Leo, & Anthemius prohibitionem restrinxit, in l.vlt.C. ad legẽ Iul.de vi pub.& hodie est arbitraria.lege si præses. ff.de pœnis.

Verùm ista nihil mouent. Nam quod attinet ad dictam legem,si criminis.C.ad legem Iul.de vi pub.illa loquitur de eo qui conuocatis hominibus vim facit, quò quis verberetur & pulsetur,vt patet ex illis verbis.*Sed quoniã à Fiscinulo etiam te verberibus affectum asseueras,si hominibus coactis hoc fecerit,si legis Iuliæ de vi priuata,&c.*

Hoc enim casu incidit quis tam in legem Iuliam de vi publica,quã de vi priuata,vt patet ex lege, qui dolo. ff. ad legem Iul.de vi pub.& lege secunda.ff.ad legẽ Iul.de vi priua.cuius rei causam attulit Cuiacius ad senten.Pauli tit.26. quem secutus est Menochius, de arbitr. casu 394.num.8.

Malè igitur Bartolus colligit ex illo textu,ad vim pu A
blicam requiri coadunationem hominum, quia etiam coadunatis hominibus locus eſt legi Iuliæ tam de vi publica,quàm de vi priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur coadunatis hominibus. De priuata, quia vis facta eſt à perſona priuata.

Non obſtant aliæ leges quæ coadunationē hominum exigere videntur,quia fateor tunc quoque eſſe vim publicam: ſed non negant dictæ leges etiam aliter, quàm coadunatis hominibus poſſe committi vim publicam, nam poſſe committi probatur,in l.3.ff.eod.tit.

Argumentum ab etymologia nihil eſt, quia iam clarum eſt poſſe committi aliter, quā coadunatis hominibus,& in hoc caſu etiam locum habet etymologia,quia publica pax turbatur ex armorum metu,vt ſupra dixi.

Illud improbo, quod armorū prohibitio reſtricta ſit ad ſeruos, quoniā priuatis hominibus prohibitum eſſe armorum vſum patet ex l.Vni.C.vt armor.vſus, lib.11. B
Rolan.à Valle conſi.3.lib.2.

Illud probo,ſi vtriuſq; legis crimina obiecta ſint,mitiorem legem, hoc eſt priuatorum, eſſe ſequendam.l.ſi præſes,de Pœnis.

Puto etiam ceſſare pœnam legis Iuliæ, de vi publica, quæ deportationis eſt.Lege, Qui dolo,in fine.ff.eo. cum armorum vſus eſt alicui conceſſus: quia tunc ceſſat ratio,quam adduxi.

Ceſſat etiam dicta pœna quoties illud abſurdum oritur,de quo per Grammaticum conſi.43.

CAPVT VI.

Quæ ſit pœna ſtupri violenti.



On aſſentior Claro in §.ſtuprum, vet. Sed quæro: aſſerenti pœnam mortis eſſe, neq; C
Boſſio idem docēti tit. de coitu damnato, & punibili,num.19. etenim fundamentum nullum eſt quod conſtituunt,in §.Item lex Iulia,inſtit.de pub.iud.illis verbis *Sed eadem lege etiam ſtupri flagitium punitur,cum quis ſine vi vel virginem, vel viduam* &c. *Pœnam autem lex irrogat ſtupratoribus, ſi honeſti ſunt, publicationem mediæ partis bonorum*,&c.

Non licet argumentari, ergo ſi cum vi pœna mortis eſt; niſi raptus interuenerit, vt inſtit.cod.tit.§.ſi autem per vim.

Nec etiam iuuat hanc ſententiam.l.1.de extraord.cri. Illa enim eſt accipienda de ſtupro commiſſo raptu interueniente. Eſt enim raptus, ſiue quis inuitam mulierem abduxerit, ſiue eam malis artibus ſollicitauerit, & corruperit,atque ei perſuaſerit,vt conſentiat. l.Vni. C. de raptu virg.

Pœna ſtupri violenti eſt legis Iuliæ,de vi publica,l.3. ad l.Iul.de vi pub.vbi ſunt verba expreſſa.

Pœna legis Iuliæ,de vi publica eſt aquæ et ignis inter D
dictio.l.qui dolo,§.vlt.in fi.ff.eod.

In locum eius ſucceſſit deportatio.l. 3.ff.ad legem Iul.pecula.

Quandoque tamen etiam mortis pœna eſt impoſita, vt ſi cædes interuenerit,l.6.C.ad l.Iul. de vi pub. Vel ſi ſeruus violentiam fecerit l.ſeruos.C.eod.vel ſi raptus interuenerit,l.qui cœtu.§.1.ff.eod.

Ergo pœna deportationis regulariter erit conſtituenda in ſtupratorem virginis violentum cuius loco ſucceſſit, ex communi vſu pœna arbitraria.

CAPVT VII.

Vtrum vidua poſſit petere vſuras dotis mora commiſſas, ab hæredibus viri?



Xiſtimo viduam rectè petere vſuras dotis ab hæredibus viri ſui moram committentibus in reſtituenda dote.

Primò, quia in bonæ fidei iudicijs vſuræ poſt motam veniūt,lege.Mora.§. In bonæ fidei,de vſur.Actio autem de dote,eſt bonæ fidei.l.Vni. §.ſed & ſi.de rei vxo.act.

Secundò ex dicta lege Vnica.§.exactio.ibi.*Sin autem ſuperſederit res mobiles,&c.reſtituere, etiā vſuras æſtimationis omnium rerum*, &c.*maritus præſtet*. Eadem ratio eſt in hærede mariti.

Tertiò,quia dos datur,vt interueniat oneribus matrimonij Lege:Pro oneribus.C.de iur.dot.ergo hæc tacita conditio ineſſe videtur obligationi dotis, vt ex ea ſuſtineri poſſint onera matrimonij. Quare ſicut vſuræ debentur marito ſi dos non ei detur.c.ſalubriter,de vſur. ita & mulieri ſi nō ei reſtituatur, quod eſt argumentum Nauarri,in cap.ſi fœnerauerit,14.q.13.nu.67.

Quartò, quia pleriſque in locis vel ſtatuto vel conſuetudine cautum eſt,vt vſuræ præſtentur mulieri viduæ,ſi dos ei non reddatur.

Quintò, quia pleriſque in locis non deſunt lucrandi occaſiones ijs qui pecuniam habent in promptu,vel em ptione rerum immobilium, vel annuorum redituum, vel aliter. Quare videtur peti poſſe vſuras quaſi lucri ceſſantis nomine,& vice.

Arq; ita docuerūt Cyn.& Dyn.in *d.§.exactio*.Grammat.deciſ.103.nu.93. Iaſon conſi.92.lib.1. Panor.conſi. 39.lib.2.Nauarrus, vbi ſupra.Anton Theſaur. deciſ.42. alios citat Lupus,in l.Curabit, Commen.1.§.4.num.48. quibus & ipſe aſſentior.

Contrarium docuerūt Bart. in l.At qui natura,§.Nō tantum, de neg.geſt.in l.in inſulam, §.vſuras,ſolu.matr. Alexan.in l.Diuortio,num.23.eod.tit.& conſi.27.lib.4. Affl.dec.284.Cagnol.in l.Curabit,nu.15.C.de act.emp. Crauetta conſi.89.nu.3.& 189.num.7. Couar.lib.3.variar.cap.1.verſ.Sextò hinc.Lupus loco proximè annotato.Menoch.conſi.703.nu.15.lib.8.

Primum argumentum eſt, quia vſuræ iure canonico ſunt prohibitæ, etiam pro redemptione captiuorum,c. ſuper eo,de vſur.

Reſpondeo iſtud eſſe intelligendum,de *vſuris lucratiuis*; noſtra quæſtio eſt de vſuris compenſatiuis. Nam cū dos detur vt ſuſtineātur onera matrimonij,hæc tacita cōditio ineſt doti;& ſic mulier debet vſuras conſequi in cōpēſatione fructuū ex quibus ali & ſuſtētari poſſet.

Secūdum.In vidua ceſſat ratio c.ſalubriter,de vſuris, quia non ſuſtinet onera matrimonij, ſicut maritus,ergo non debentur ei vſuræ dotis.

Reſpondeo eandem rationem in vidua militare, vt poſſit ſe ex dote ſua alere; & ſuſtentare. Et cum vir & vxor ſint correlatiua, diſpoſitum in vno videtur porrigendum ad alterum, vt dicebat in propoſito Nauarrus. L.1.C.de Cupreſſis,lib.11.

Tertium argum. In poteſtate eſt viduæ dotem ſuam conſequi;ergo vſuræ ei non debentur.l.1.ff.de vſur.ibi. *Cum in poteſtate ſit actoris iudicatum exigere*, quæ ſunt verba Papiniani.

Reſpondeo rationem illam Papiniani à Paulo reprehenſam fuiſſe,vt ex ſequētibus verbis apparet, ſic enim ait text. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officium iudicis, poſt condemnationem futuri temporis tractus?*

Præterea argumentū procedit cum debitum offertur creditori;tunc ſi non accipiat,non poteſt vſuras petere: ſed aliter dicendum cum debitor interpellatus non ſoluit; tunc enim vſuræ debentur in recompenſationem damni,vel lucri ceſſantis.

Denique

Denique non potest debitor, qui fuit in mora, debitori culpam adscribere cur non petierit. l. pen. ff. de vi & vi arm.

Et certè si valeret hæc ratio, nec maritus nec vllus alius posset vsuras petere post moram; quia semper culpa ei imputaretur, cur nō coegisset debitorem iudicialiter ad soluendum: quod cum minimè dicendum sit, sequitur, nec istud posse viduis objici dum hæredes sunt, in mora dotis restituendæ.

CAPVT VIII.

An vsura donationis propter nuptias vidua post moram debeantur?

Non deberi ter decisum fuit in consilio Neapolitano teste Afflicto decis. 291. Sed contrarium suo tempore decisum fuisse in eodem consilio testatur Grammaticus decis. 103. num. 96. Et hanc sententiam posteriorem Senatus Pedemontanus secutus est apud Thesaurū decis. 45. quæ mihi etiam placet.

Probatur in §. Si autem. in Auth. de non elig. secun. nub. ibi. *Sit autem omnis forte constituta in pecuniis, aut aliis mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiam vsurarum partem percipientem matrem cum cautione iam definita, nō exigere à filiis aurum, nisi forte idonea sit viri substantia, &c.*

Idem probatur in l. hac edictali, §. His illud, C. de secund. nupt.

Fundamentum contrariæ sententiæ est, quia donatio propter nuptias dicitur lucrū, quod facit mulier ex dote, l. Assiduis, C. qui potio. in pig. habean. Consequenter mulier habet vsuras ex lucro, & sic vsuras vsurarum, quod iure prohibitum est, l. Improbum, C. ex quib. cau. infam. irrog.

Responderi potest nō hic agi de vsuris vsurarum, sed de vsuris percipiendis ex sorte, hoc est, ex quātitate debita donationis propter nuptias. Licet enim ea lucro cedere vxoris dicatur, nō cedit tamen lucro tanquam vsura, sed tanquam fors debita ex parte vel statuto.

CAPVT IX.

An vsura dotis longo tempore non exacta præsumantur remissa?

Tres sunt doctorum sentētiæ hac de re. Vna, remissas videri, ita Dionysius Perusinus inter consilia Baldi consi. 474. lib. 3. Alexander consi. 74. num. 8. lib. 5. Corneus consi. 206. lib. 2. Alciatus de Præsump. reg. 1. Præsumpt. 32. num. 4. Tiraquell. de Præscript. §. 1. Glos. 4. vers. Octauò istis. Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12.

Fundamentum est in l. Cum quidam. §. Diuus. ff. de vsuris. *Diuus Pius rescripsit, parum iustè præteriti vsuras peti, quas omisisse te, longi temporis interuallum indicet, &c.*

Et in l. Vir vsuras, ff. de donat. inter vir. & vxor. Papinianus. *Vir vsuras promissa dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat; Cum per omne tempus matrimonij sumptibus suis vxorē & eius familiam vir exhiberet dote prælegata, sed & donationibus verbis fideicommissi confirmatis, legata quidem dotis vsuras non constitit videbatur, sed titulo donationis remissa.*

Altera est sententia remissas non videri. Ita Roman. consi. 519. nu. 14. Iason in l. Quæ dotis, num. 19. sol. matr. Alex. consi. 56. nu. 6. & 63. nu. 16. lib. 4. & 208. nu. 10. lib. 7. Corneus consi. vlt. lib. 2. & consi. 164. lib. 3. & 55. num. 3. lib. 4. Dec. consi. 571. num 4. Balb. de Præscript. in 2. parte 3. partis princ. q. 10. nu. 4. Grammat. decis. 70.

Fundamentum est in l. Libertis. §. 1. ff. de alim. & cibis leg. vbi alimēta præteriti temporis peti possunt, licet longo tempore petita non fuerint.

Et quia actio non tollitur minori spatio 30. annorum l. Sicut. C. de præscript. longiss. temp.

Tertia est sententia Osaschi decis. Pedem. 132. distinguentis vtrum maritus adhuc viuat, & vsuras petat temporis præteriti, & tunc non videri remissas; an vero sit mortuus & nunquam petierit, & tunc remissas videri.

Mihi prior sententia magis arridet, eum nitatur textu satis euidenti in d. §. Diuus: reliquæ verò sententiæ nullum firmum fundamentum.

Nam quod attinet ad d. l. Libertis. §. 1. nō loquitur de vsuris, sed de alimentis, quæ sunt longè fauorabiliora.

Regula verò d. l. Sicut, ad rem non facit: quia ibi non est præscriptio temporis, sed coniectura quædam remissionis factæ ex longi temporis interuallo, quo quis vsuras non petijt. Fateor esse hanc coniecturam fortiorem si maritus nulla petitione vsurarum facta decesserit; sed tamen etsi non decesserit, non puto.

CAPVT X.

Excussio principalis debitoris, an requiratur cum quis agit hypothecaria contra possessorem rei specialiter obligatæ.

Constat ex Nouella 4. de fideius. hypothecariam exerceri non posse cōtra possessores, nisi prius excusso principali debitore. Sed objicitur qd Iustinianus scribit Nouella 112. de litigiosis, in hac versia. *Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus, & in his hanc distinctionem tenere, vt siquidem speciales res mobiles, vel immobiles aut se mouentes, nominatim fuerint hypothecæ suppositæ, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere, sic tamen vt ex pretio earum vsque ad debiti quantitatem sufficiat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, tandem rem vendicare, donec ei satis pro debito fiat.*

His verbis Imperator videtur dare potestatem creditori rectè vendicandi res specialiter hypothecæ suppositas: ergo, nulla requiritur excussio principalis debitoris. Atque ita sentit Accurs. d. Nouell. 4. de fideiuss. §. Sed neque. & hanc sententiam latè defendit Antoni. Thesaur. decis. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis est constitutio illa quæ requirit excussionem principalis debitoris, & consequenter omnem hypothecam complectitur siue generalem siue specialem.

Secundò, quia eadem est ratio in speciali quæ in generali hypotheca.

Tertio, quia si hoc erat discrimē adhibendū inter specialem & gnalem hypothecā, equum erat id exprimere.

Quarto, quia nō ille est sensus dictæ Nouellæ 112. tit. de litigiosis, sed hæc est huius Imperatoris; si creditor contenerit debitorem, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, nō incidere in pœnā alienantis res litigiosas, imò licere ei eas vendere, ita tamē, vt ex precio earum creditori suo satisfaciat: Nisi ex dicto precio creditori suo satisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vendicandi.

In hāc rem, & rectè, explicauit Cuiac. in expositione Nouellæ 4. de fideiuss. cum dixit nō aduersus Nouellam 112. quia in specie d. Nouellæ, creditor egit prius personali, lite aūt pendente pignus à debitore venditum fuisse, quare ei licere cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius, cur dicta Nouella 112. adsequatur de hac facti specie, quādo scilicet creditor prius egit cum debitore, & lis lite pendente rem vendidit; sed tamen id verissimum est. Nam Imperator ibi dicit hypothecas separare à vitio litigiosi; quod nil est

 aliud,

aliud, quam rem litigiosam non esse, quæ hypothecæ supposita est, licet lis super ea pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitor etiam lite pendẽte potest alienare rem speciali hypothecæ suppositam. Ratio est quia lis debet esse de dominio rei, non autem de hypotheca, vt res dicatur litigiosa & alienatio prohibita, quare debitori licet alienare, sed vult Iustinianus vt ex precio redacto eo, ipsa re alienata creditori satisfaciat, alioquin creditori dat facultatem eam vendicandi: Et hoc est quod Imperator ait, *damus licentiam creditori qui rem venditam suppositam habet, eam vendicare* scilicet in casu isto speciali: vt patet ex verbis præcedentibus. Ex quo non rectè infertur ad generalem conclusionem, quod possessor rei specialiter obligatæ possit hypothecaria conueniri, non facta excussione debitoris principalis.

CAPVT XI.

Ad l. Cum quis, C. de iuris & facti ignorantia.



Iocletianus; *Cum quis ius ignorãs indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio*. l. 10. C. de iuris, & fa. ignor.

Mouet dubitationem quod Papinianus scribit in l. 7. ff. eod. tit. iuris ignorantiam, non nocere suum petẽribus: & rursus in l. 8. eod. iuris errorem in damno amissionis rei suæ, non nocere. Nam si non nocet iuris ignorantia ijs, qui de damno euitando certant, videtur dicendũ ei, qui indebitum soluerit iuris ignorantia, repetitionem competere: ne damnum incurrat amissionis rei suæ, hoc est pecuniæ indebitè solutæ.

Veteres omnes post Accurs. explosa Vltramontanorum sententia, ita rem hanc explicant, vt concludunt, hanc constitutionem non esse accipiendam de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de eo quod ciuiliter indebitum est, verum debitũ naturaliter: exemplum est in l. pen. ff. de iur. & fa. ignor. & in l. 1. & l. error. C. ad l. falcid. Cæterum si aliquod sit indebitum, tam ciuiliter, quam naturaliter repeti posse, ne quis sentiat damnum pecuniæ suæ.

Hæc sententia mihi non placet. Existimo enim repeti non posse quod iuris ignorantia solutum est indebitũ; licet ciuiliter & naturaliter sit indebitum; excepta muliere, cui datur repetitio. l. Quamuis. C. ad Vell.

Moueor. Primò quia d. constitutio. l. Cum quis non distinguit vtrum ciuiliter tantum sit indebitum vel etiam naturaliter, nec vlla est alia lex quæ hanc distinctionem adhibeat.

Secundò. Cum quis per facti ignorantiam soluit indebitum ciuiliter, sed naturaliter debitum, non habet repetitionem. l. Naturaliter. de cond. indeb. Ergo nullum esset discrimen inter ignorantiam iuris & facti; quod apertè repugnat d. l. Cum quis, vbi fit distinctio inter ignorantiam facti, & iuris.

Tertiò moueor ex l. Cum pater. §. Meuio, de leg. 2. vbi nullo iure debitũ fuit quod ex causa donationis ibi fuit solutum, & tamen repeti non potest, & ibi Glos. & Doct. dicunt ob stultitiam debitoris donatarium lucrari: id est, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus si soluat ex iuris ignorantia, non repetit. l. si fideiussor. §. Non male. ff. mand. & vbi inutilis est obligatio, fieri potest, vt nec naturalis oriatur obligatio.

Quintò moueor ex l. 2. de confessis, vbi dicitur non esse confessum eum qui errauit, nisi ius ignorauit. Ergo confessio per errorem iuris facta nocet confitenti, quare si quis per errorem iuris confiteatur se debitorem, pro iudicato habetur l. 1. ff. eod.

Sextò ex l. 1. ff. Vt in possess. leg. ibi *benignè satisdationem conditi posse*. Hæres enim ibi nec ciuiliter nec naturaliter obligatus erat ad satisdandum & satisdedit ex iuris ignorantia? Dicit tex. condictionem dari ex benignitate, in illo casu speciali. Sed si vera esset distinctio Doctorum ipso iure non autem ex benignitate competeret illa condictio.

Septimò quia quod scriptum est in l. 7. & 8. de iuris & fa. ign. non pertinet ad solutionem indebiti, sed ad amissionem rei propriæ. Exemplum est in l. Qui fideicommissum, 81. de leg. 1.

Quod attinet ad l. 1. l. error. C. ad l. falcid. ratio est, quia hæres agnouit defuncti voluntatem. l. Non dubiũ. C. de testa. l. 2. C. de fideicomm. l. si fideicommissum, de cond. indeb.

Nec solus sum in hac sententia. Socios habeo Duarenum cap. 3. in tit. de cond. indeb. & Cuiac. lib. 19. ad Papinianum in explicatione l. 7. de iur. & fa. ignor.

CAPVT XII.

Iuris ignorantia an sit lata culpa.



Vris ignorãtiam latam culpam esse docuit Bartolus in lege. Quod Nerua, nu. 19. ff. depo. & idem docuerunt antiqui Doct. vt videre licet ex Menochio de Præsumptio. lib. 6. Præsumpt. 23. nu. 11.

Primũ ex l. Regula. §. pen. ff. de iu. & fa. ign. ibi: *Sed ignorantiam facti, non iuris, prodesse; nec stultis solere succurri, sed errantibus*.

Secundum argum. ex l. liberorum. §. Notatur. ff. de his qui not. infa. ibi. *Ignorantia enim excusat, non iuris, sed facti*.

Tertium quia leges debẽt ab omnibus sciri l. Leges sacratissimæ. C. de legib. Nec permissum est eas ignorare. l. constitutiones. C. de iu. & fa. ignor.

Quartũ quia lata culpa est, non intelligere quod omnes intelligunt. l. latæ, de ver. signi. sed leges ab omnibus sciuntur, aut sciri debent: ergo earum ignorantia latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius lib. 4. Miscellaneor. c. 1. Primò quia lata culpa dolum repræsentat. l. 1. §. Non autem. ff. si is qui testa. lib. esse iuss. fuer.

Sed hoc est falsum in iuris ignorantia, quia nemini nocet in amissione rei suæ. l. 8. ff. de iu. & fa. igno. ergo nõ est lata culpa, quia tunc noceret, sicuti constat dolum nocere.

Secundò, quia paucissimi leges intelligunt; ergo earũ ignorantia non est lata culpa, quia illa est, *non intelligere*, quod omnes intelligunt, l. latæ, de verb. sign.

Tertiò lata culpa requirit summam negligentiam. l. cedere diem. §. vltimo, de verborum significatione. vbi appellatur nimia intelligẽtia. l. Si fideiussor. ff. mand. Ergo non video, inquit Corasius, quo pacto clericus, mercator, artifex, & aliud genus homines, qui non ciuilibus studijs operam dederunt, sed honestam aliam artem secuti sunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.

Excipiẽdos autem putat Doctores, & Assessores quia isti tenentur scire iura, Lege secunda, ff. quod quisque. in lege vltima. ff. de varijs, & extraord. cog. quibus meritò obijci potest quod Seruio Sulpicio fuit obiectum. l. 2. §. Seruius, de ori. iu.

Non obstat, quod dicitur leges ab omnibus sciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto vel non naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendamque hominum insolentium vitam pertinent. Sic ferè Corasius.

Tertia est sententia Zasij libro primo, sing. resp. cap. 2. numero 19. iuris naturalis, & diuinorum præceptorum ignorantiam, esse latam culpam. lege Venia. C. de in ius vocando.

Præterea in culpa est, qui ignorat legibus prohibita & illicita. l. extat. ff. quod met. cau.

Rursus

Rursus si quis doctorem se profiteatur,& ius ignoret A in culpa est,l.2. §.Seruius, de ori.iu.

Nec excusari qui negocia habet iudicialia si ius ignorauerint,l.ficut,C.de præscript.30.annor.

Extra dictos casus negat Zasius iuris ignorantiam esse latam culpam, quia si lata culpa est ignorare quod omnes intelligunt, econtrario non erit lata culpa, ignorare quod pauci intelligunt. Sed iura pauci intelligunt. ergo.

Ego verò constituo sex conclusiones. Prima. Non est lata culpa iuris ignorantia ad hunc effectum, vt qui iura nesciant reprehensione digni sint, aut vllam pœnam notamve infamiæ incurrant, quia vt dicebat Zasius, maxima pars mortalium hoc morbo laboraret, cū pauci sint iuris periti.

Secunda conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa ad effectum, vt amittat quis rem suam Pulchrum exemplum in l.qui fideicommissum,8 r. de legat.2.

Tertia conclusio. Iudices, Doctores, & Assessores sunt B in lata culpa si ius ignorent, l.2. §.Seruius, de ori.iu.l.2. quod quisque iu.l.vlt. de varijs & extraord.cog.

Quarta conclusio. Iuris ignorantia culpæ non adscribitur minoribus 25. annis, nec mulieribus in certis casibus,nec militibus,l.Regula in pari.ff.de iu. & fa.ign.l.r. C.eod.l.vlt. C.eodem.

Quinta. Iuris ignorantia culpæ adscribitur cum quis facit rem iure prohibitam. l. Liberorum, §.Notantur.ff. de his qui not.inf.l.Venia. C.de in ius voc Et sic loquitur l.leges sacratiss. C.de legibus.l.Constitutiones. C.de iu.& fa.ign.l.1.de legibus ibi. *Delictorum quæ sponte vel ignorantia, &c.*

Sexta. Iuris ignorantia est culpa ad effectum, vt commodum auferatur ei qui potuit consulere peritiores. l. Regula.ff.de iu.& fa.ig.l.in bonorum. ff.de bon.possess. l. 2. §.vlt. ff.quis ordo in bono. possess.ser.

CAPVT XIII.

Ad l.Petens, C. de Pactis.

MVlta de pactis iā diximus libris superioribus, sed nunquā explicauimus l.Petens.C.de Pactis circa quā ingēs semper fuit cōtrouersia.

Verba legis hæc sunt. *Petens ex stipulatione qua placiti seruandi causa secuta est, seu antecessit pactum, seu post secutum statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat.*

Prima interpretatio. Pacto conuenisti mecum, vt aliquid dares, vel faceres. Huius pacti seruandi gratia stipulatio subiecta est, sicut olim moris erat, l. Titia. §.vlt. de verbor.oblig.deciditur, pert posse ex stipulatione quod continetur in pacto, & petentem rectè secundum se sententiam ferri postulare. Atque idem iuris esse siue antecessit pactum, siue post secutum est.

Non placuit Accursio neque Bartolo, Alexandro, Iacobino, Aretino, Corneo nec alijs antiquioribus. propter verbum *statim* positum in textu. Nam ex stipulatione, quæ D placiti seruandi causa interposita est, agi potest; licet pactum non statim secutum sit, sed longo interuallo post l. Si ita fuero stipulatus, §.r.cum l.seq.ff.de noua.l.quidam cum filium, §.vlt.de verb.obl.l.qui pecuniā. ff.si cer.per.

Secunda interpretatio est legem loqui de stipulatione interposita gratia declarandi id quod in pacto continetur, quod stipulationem præcessit, vel statim subsecutum est.

Reijcitur, quia lex aperte loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem declarandi.

Tertia interpretatio est Bart.& aliorum communiter, loqui de pacto incontinenti adiecto, vt aliquid detur, vel fiat stipulatori, verbi gratia: Tecum conueni vt fundum meum cum tuo permutarem, & vtrinque stipulati sumus. Posteà pactus sum incontinenti, vt tibi domū a dificem; ait lex, posse ex stipulatione agi, vt fiat id, quod continetur in pacto: Hoc in casu necesse est, vt pactum statim sequatur post stipulationem, alioqui actionem ex stipulatu non informaret.

Si dicatur legem loqui de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, hæc autem interpretatio vult, eam loqui de pacto longè diuerso à stipulatione.

Respondetur interpositam fuisse stipulationem placiti seruandi gratia, hoc est, illius primi pacti, de re permutanda. Sufficit enim stipulationem adiectam fuisse alicuius pacti seruandi causa.

Adde quod cum incontinenti pactum secutum est, stipulatio videtur interposita placiti seruandi gratia: quia de tali pacto cogitatum fuisse videtur tempore stipulationis.

Non placuit Vltramontanis, & meritò: Nimis enim dura est. Nam ex sequitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem alicuius placiti.

Quartam interpretationem ipsi attulerunt, pactum præcessisse, & stipulationem interpositam fuisse, placiti seruandi gratia hoc modo: Conuenimus de permutando meum Codicem cum tuo, pacto adiecto, vt tuum mihi cum pactum traderes; & stipulatio hincinde fuit interposita placiti seruandi gratia. Dicit lex agi posse ad id quod in pacto continetur: quod pactum debet esse incontinenti adiectum.

Hæc sententia cæteris displicuit, quia in proposita specie agi potest, etiamsi pactum non statim secutum esset, sicut supra dictum est, circa primam interpretationem.

Quinta expositio est Salic. hanc legem loqui de stipulatione incipiente à præcedenti conditione hoc modo. Si Stichum non dedero, promitto tibi decem nomine pœnæ: & incontinenti nudo pacto promisi tibi eundem Stichum. Dicit lex agi posse ex hac stipulatione.

Refellunt hanc sententiam Alex. Fulgos. Iacop. & alij, C quia nulla in tex. fit mentio pœnalis stipulationis, & siue incontinenti, siue ex interuallo pactum fit adiectum pœnalis stipulatio committitur, l. Si pacto quo pœnam. C. de Pactis.

Sextam interpretationem attulit Angelus, hāc legem loqui de stipulatione idem cōtinente quod pactum continet, sic habens ad stipulationem per modum causæ, v.g. Promittis mihi stipulanti decem quia eadem mihi promisisti nudo pacto? Dubitandi ratio est, quia in stipulatione sine causa obstat exceptio doli, l. 2. §.circa. ff. de doli mali excep. Contrarium deciditur, quia duo vincula magis ligant: Interuenit enim pactum, & stipulatio.

Reijcitur, quia agi potest, sine incontinenti, siue ex interuallo pactum sequatur. Nam si nudo pacto mihi aliquid promittis; deinde nudo pacto idem promittis, Oritur actio de constituta pecunia, l. 1. §. Debitum, de const. pecu. Multò igitur magis si stipulatio interponatur.

Nouissimè Alciatus lib. 5. Paradox. c. 2. & in commentarijs huius legis & Cuiacius lib. 10. Obser. cap. 24. priorem interpretationem superius à nobis allatam approbarunt, quos ego sequor. Nam cōuenit verbis legis & nullam habet difficultatem, præterquam in verbo *statim* quod videtur esse superfluum, vt supra dictum fuit.

Sed respondetur non esse superfluum, quia vbi ex interuallo pactum sequitur, nullā parit actionem. l. Iurisg. §. Vt puta, de pact. In continenti autem adiectum parit actionem, l. In bonæ fidei. C. eod. Vbi ergo pactum ex interuallo sequitur, nulla est ratio dubitandi quin agi possit ex stipulatione: non enim ex pacto poterit agi. At vbi pactum incontinenti adiectum est, ratio dubitandi esse potest, quia pactum incontinenti adiectum parit actionem: ergo ex ipso agendum videbatur, non ex stipulatione.

Contrarium deciditur, quia stipulatio adijcitur pro maiori firmitate ac robore pacti: cōsequenter actio. iem producit, §. 1. In. tit. de verbor. oblig.

CAPVT

CAPVT XIV.

Ad l. Si superstite. C. de dolo.

Non parui momenti controuersia est, an in l. Si superstite. C. de dolo. patris dolus cum filia transigentis interuenerit. Affirmant Glo. Alex. Alberic. & Salicet. quia si nullus patris dolus interuenisset, male rescripsissent Impp. filiæ tribuendam esse actionem in factum, loco actionis de dolo; quæ alioqui tribuenda fuerat, nisi paterna reuerentia obstitisset.

Nec potest dici dolum resultare ex immodica læsione, quia non ex quantitate læsionis colligitur, sed ex qualitate facti, l. Dolus. C. de rescind. vend.

Contrarium voluerunt Fulgos. ibi Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vend. parte 1. cap. 4. nu. 23. quia text. dicit transactionem bona fide factam fuisse.

Et quòd attinet ad actionem in factum propter paternam reuerentiam loco actionis de dolo, istud est ob immodicam læsionem, vt patet ibi. *Sanè si immodicè læsa es.* Nihil enim refert an dolus ex proposito interueniat, vel reipsa, l. si quis cum aliter. de verb. oblig.

Ad l. Dolus. C. de rescin. vend. respondent, locum habere in emptione ac venditione in qua licitum est contrahentibus se inuicem decipere circa precium, l. In causæ, §. Idem Pomponius. ff. de minor. Ideo non potest argui dolus ex lesione circa precium.

Secus in cæteris contractibus. Nam dolus ex læsione probatur l. Maioribus. C. comm. vtriusque iud.

Ego puto patris dolum ex proposito nó interuenisse, quia nulla fit mentio doli patris in tex. imò dicit transactionem bona fide interpositam.

Et quia tex. facit vim in immodica læsione. Sed cur dicit actionem in factum competere propter paternam reuerentiam, non de dolo? Quia immodica læsione detecta, ipsius filiæ pater dolo facere videbatur non restituendo filiæ quod erat iustũ. l. 2. §. si quis sine causa. & §. Item quæritur. vers. *Nam etsi inter initia.* ff. de doli mali excep. l. si quis mancipijs. §. vlt. ff. de instit. act. l. si quis cum aliter. de verb. oblig.

CAPVT XV.

Testamentum metu factum, an ipso iure valeat?

Communis & vera sententia est testamẽtum metu factum ipso iure valere. Vide Menochium de arbitr. casu 395. num. 7. Peregrinum de iure fisci, tit. 6 nu. 4. Duaren. ad l. 1. de testam. Fundamentum est, quoniam ea quæ metu fiunt, valent, licet rescindantur. Nam voluntas coacta, voluntas est, l. si mulier. §. penult. ff. quod met. cau. l. si patre cogente, de ritu nupt.

Contrarium docuit Imola in l. 1. de testa. Iason in l. 1. C. si quis aliquem testa. prohib.

Primum argumentum est ex d. l. 1. de testam. vbi testamentum est iusta sententia. Non enim videtur iusta sententia testamentum metu factum.

Respondeo iustam sententiam accipi pro solenni & perfecta; quod potest conuenire etiam testamento metu facto; sed rescindi debet.

Secundum argumentum. Promissio facta de instituendo aliquem hæredem non valet, lege, stipulatio hoc modo, de verborum oblig. ergo multò minus valet hæredis institutio metu facta.

Respondeo, negando consequentiam: quia hæreditas pactis non datur, l. Hæreditas. C. de Pactis conuen. sed testamentum metu factum non est pactum, nec fit per modum pacti.

Tertium: Hæredis institutio non debet ex alieno arbi-

A trio pendere, l. Illa institutio, de hæred. instit. Sed institutio metu facta pendet ex alieno arbitrio, igitur nõ valet.

Respondeo, non pendere absolutè ex arbitrio alieno, quia voluntas coacta, est voluntas, vt dixi.

Quartum. Testes in testamento debent esse rogati, l. Hæredes palam, §. In testamentis, de testam. Si inuiti detineantur, non valet testamentum, l. qui in testamento. §. vlt. ff. eod. ergo multò minus valebit, quando testator inuitus facit testamentum.

Respondeo, hæc esse dissimilia; quia testium rogatus est de solennibus testamenti. Voluntas autem testatoris est de substantia, quæ etiam coacta voluntas dicitur.

Vltimum si valeret testamentum, auferretur hæreditas hæredi tanquam indigno, & fisco applicaretur. arg. l. 1. C. si quis aliq. testa. prohib. vel cog. Ergo fieret præiudicium legitimis hæredibus, quod videtur iniquum.

Respondeo, fisco applicari, d. l. 1. dum ait, *Cauli deceptationis crimen adaugetur.* Sed clarius in l. 1. 2. 3. ff. eod.

B Nec istud est absurdum, quia legitimi hæredes actionem habent ad interesse, aduersus eum qui vim intulit, argum. l. Lucius. §. Sempronia, de leg. 2. l. Si quis affirmauerit, §. 1. de dolo. l. pen. C. eodem tit.

CAPVT XVI.

Ad l. 2. C. de his quæ vi metusve causa fiunt.

Alexander Imperator Alexãdro. *Cum te non solum cauisse verum etiam soluisse pecuniam confitearis: qua ratione, vt vim passus restitui quod illa vis est pollicitus, perspici non potest: quando verisimile non sit ad solutionem te properasse omissa querela de chirographo, utpote per vim extorto; nisi & in soluendo vim te passum dicas.* l. 2. C. de his quæ vi metusve cau. fiunt.

C Obstare videtur l. 7. ff. de cond. ob turp. cau. vbi Pomponius. *Ex ea stipulatione quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.*

Dicebat olim Irnerius hoc Alexandrum velle; non esse verisimile chirographum obligationis per vim extortum fuisse; quando debitor postea sponte, & nulla querela proposita soluit; si tamen probari posset vi extortum fuisse chirographum, pecuniam repeti posse.

Non placet, quia etiam si constaret chirographum vi extortum fuisse, si tamen sponte & nulla querela proposita pecunia fuisset soluta, negat Imperator pecuniã posse repeti; sic enim ait, *qua ratione vt vim passus restitui quod illa vim est pollicitus, perspici non potest.* Respondere enim posset, facile id perspici posse, probata scilicet vi & metu in extorquendo chirographo.

Veteres communiter sumunt rationem huius legis ex l. 8. de cond. ob turp. cau. vbi probatur quoties turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, tunc si soluatur ab eo qui promisit, nulla exceptione opposita, repeti non potest.

D Sed in d. l. 2. turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, qui chirographum per vim extorsit & debitor soluit nulla querela proposita: ergo repeti non potest: & hæc est ratio rescripti.

Non placet; quia l. 8. loquitur quando turpitudo est ex parte dantis & recipientis. Cum enim est ex parte recipientis tantùm, datur repetitio l. 2. ff. de condit. ob turp. cau. l. pen. & vlt. C. eod.

Secus vbi est ex parte vtriusq;: quia repetitio non datur l. 3. ff. eod. & ita est in casu d. l. 8. vt patet ex illis verbis. *Porrò autem si & dantis & recipientis turpis causa sit, possessionem potiorem esse, & ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.*

Sublata enim causa proxima stipulationis, pristina causa superesset, hoc est, turpitudo ex vtraque parte, vt tex. indicat verbis sequentibus.

Cõfirmatur; quia si in illa specie de qua loquitur d. l. 8.

esset

esset turpitudo ex parte recipiẽtis tantùm, sicut est in ca A su d.l.2. nulla causa adferri posset, cur cessaret repetitio. Nam pecunia esset apud eum cui soluta fuit, sine causa: *Perpetuò autem Sabinus existimauit veram opinionem exi stimantium, id quod ex iniusta causa apud al quem sit, posse condici.* l.6. de cond.ob turp.cau.

Sic puto dicendum in l.2. non competere repetitionẽ ex edicto quod metus causa, quia pecunia fuit sponte so luta, nulla proposita querela, vt ait tex. Poterat enim cõ dici liberatio stipulationis. l.9. §. sed etsi per vim. ff. quod met. cau.

Volo autem hic verba illa expendi. *Qua ratione vt vim passus, rest. tui quod illarum est postules.* Indicat enim tex. non dari repetitionẽ ex illo edicto quod metus cau sa, quia scilicet sponte soluit, non condixit liberationẽ, nec vllam querelam proposuit.

Verum isti competere potest repetitio pecuniẽ solutę alio remedio, videlicet cõditione ob turpem causam; B quia turpitudo est ex parte recipientis tantùm, hoc est, illius qui extorsit per vim chirographum; Et hæc est sen tentia l.7. de cond. ob turp. cau. quæ ita conciliari potest cum d.l.2. Quod paucis verbis indicat Cuiacius in l.9. §. sed quod Prætor, ff. quod met. cau. sic dicens: *Competit quidem condictio ob iniustam causam. l. ex ea. (quæ est l.7.) de cond. ob turp. cau. non tamen actio quod metus causa, l.2. C. de his quæ vi vel met. cau. gesta sunt.*

CAPVT XVII.

De testamento, facto ad alterius interrogationem.



Cripsi de hac quæstione aliàs; sed iuuat repe tete quoniam posteriores cogitationes sunt meliores, quicquid ergo alibi dixerim, istis quæ nũc dicam stari volo.

Inter omnes constat testatorem debere no C minare hæredem ore proprio. l. Hæredes palam, de test. l. Iubemus, C. eod. Sed tamen recepta est sententia Glos. ibi valere testamentum factum ad alterius interrogatio nem.

Sed controuersia est, an istud indistinctè procedat, an verò cum quadam distinctione, si videlicet constiterit, & probatum fuerit, contenta in testamento facto ad al terius interrogationem, scripta fuisse de voluntate testa toris, eo scilicet dictante & exponente suam voluntatẽ notario, vel alteri qui eum postea interrogauit.

Et quidem absque distinctione ista procedere senten tiam Glos. & locum habere, etiamsi non constiterit vo luisse testari, quoniam in potestate eius erat recusare vel approbare hæredis nominationem, respondit Alex. cõs. 33. nu. 11. li. 3. vbi dicit opinionem eorum qui aliter sen tiunt carere ratione & æquitate, D. Menoch alios citans, de Præsump. lib.4. Præsump 8. nu.16. & seq.

Sed contrariam sententiam & communiorem & ve riorem esse iudico. Nam quod sit illa distinctio adhiben D da, vt sententia Glos. in d.l. Iubemus, locum habeat, quã do constat de voluntate testatoris, quod voluerit ita te stari, & suam illam voluntatem prius exposuerit seu di ctauerit notario antequã interrogatus fuerit, docentur Castr. in l. Hac consultissima, §. At cum humana, num.2. C. de testam. & in conf. 155. nu.2. lib.1. vers. Tunc ergo. Corn. in d.l. Iubemus, nu.31. & io conf. 232. nu.4. lib.1. & 319. nu.2. vers. Et glos. illa eodem lib. Ias. in d.l. Iube mus, in fi. Crauet. conf. 117. nu.1. & 143. nu.13. & 670. nu me.7. Soc. iunior conf. 183. nu.31. lib.2. Ioan. Crot. in l. te. §. si quis ita, nu.21. de verb. obl. Anto. Gabr. tit. de testa. conclus.2. nu.10.

D. Tiberius Decia o. conf. 65. nu.13. lib.2, vbi citat Io. Aud. Rom. Corne. Butr. & Marsil. sing. 449. nu.2. Addo ego Ruin. conf. 58. nu.9. lib.3. Petr. Angul. conf. 73. nu.16. Flor. consil.17. nu.13. Collegium Pataninum conf. 1. in ter conf. vlt. volunt. lib.4. Becium conf. 86. nu.31. Couar.

in c. cum tibi, nu.4. vers. est tamen intelligenda. de testa. D. Mantic. de coniect. lib.2. tit.6. nu.9. Crass. de success. §. Institutio. q.17. nu.9. Surd conf. 414. nu.54. lib.3.

Ex quibus patet hanc esse communem sententiam si cut multi ex præallegatis testantur.

Et mihi verissima videtur, quia cum iura tam apertè requirant expressionem hæredis ore proprio testatoris, & Glos. in d.l. Iubemus, testamentum ipsum sustineat fa ctum ad interrogationem, per tex. in l. Hac cõsultissima, §. At cum humana, C. de testam. necesse est intelligere il lam secundum legem quam allegat; & ideò secundum dictum tex. est intelligenda, qui loquitur quãdo testator, prius notario suam voluntatem exposuit, deinde interro gatus an ita vellet disponere, respõdit, quod sic. Alioqui non ex matura & deliberata voluntate testamenta pro cederent, & non deesset locus falsitatibus & malis sugge stionibus.

Non obstat quod fuerit in potestate testatoris respon dere, vel non respondere, consentire vel non cõsentire, approbare vel reprobare hæredis nominationem; quia requiritur deliberata hæc voluntas, aut obseruatio for mæ à lege præscriptæ, per expressionem factam nomi nis hęredis, vel per equipollentem modũ suprà dictum. Atque ita aliàs respondi Pisis, & verum puto.

CAPVT XVIII.

Ad l. Centurio, de vulg. & pupill.



Væritur quis sit sensus illorum verborum l. Centurio, de vulg. & pupil. *cum fructibus inuentis in hæreditate*. Vna est sententia; il la verba intelligenda de fructibus inuen tis in hæreditate tempore mortis filij. Bar to. in d.l. Centurio, in vlt. opp. Baldus in 4. oppos. & 6. no. Imola num. 5. Aretin. col. 1. vbi dicit hanc esse commu nem sententiam Socinus senior nu.13. & num.28. Ripa num.38. Alciatus num.53. Socin. iun. nu.164. Aquilinus num.126.

Primum arg. est Bart. quoniam substitutio est directa militaris, quæ sustinetur ex militari priuilegio; ideo ve niunt etiã fructus ab hærede percepti, licet in fideicom missaria non veniant, l. In fideicommissaria, ff. ad Treb.

Respondet Socin. iuo. nu.169. nullibi apparere in to to iure, quod fructus percepti ab hærede pertineant ad substitutum militarem. Priuilegia enim militum strictè sunt accipienda, vt minus derogent iuri cõmuni, l. quod verò, de legibus.

Secundum argu. est Aretini col. 1. vers. & tamen quo niam, illa verba tex. *cum fructibus*, &c. essent superflua, si intelligerentur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris, quia fructus sunt pars hæreditatis, l. Item ve niunt, §. Item non solum, de pet. hære. consequenter cũ tex. dixerit substitutum capere bona patris, etiã fructus huiusmodi comprehendit. Itaque non erat opus addere *cum fructibus*. Ergo necesse est intelligere de fructib. in uentis tempore mortis filij.

Respondet Decius in l. In testamento, nu.16. vers. Mi hi tamen placet, C. de testa. mil. illa verba non esse super flua, licet intelligantur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris; licet enim tales fructus sint vniti cum hæreditate, tamen petuntur sub nomine fructuum, d.l. Item veniunt, §. Fructus, de pet. hæred. & sic textus non sine causa fecit mentionem fructuum.

Sed replicat Soc. senior in l. Centurio, nu.13. fructus perceptos ex hæreditate peti sub nomine fructuum, quando percipiuntur post mortem testatoris. Ita enim loquitur text. in d. §. Fructus, sed tex. noster loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & sic perceptis in vita testatoris; qui non dicuntur fructus, sed bona defuncti; & idem in effectu replicat Ripa nu.39.

At Socin. iun. num. 169. respondet etiam fructus per ceptos

A ceptos tempore mortis, dici poſſe fructus, ſi contingat de illis diſputari. Pro qua reſpõſione nihil adfertur; ego adſero. l. 1. C. de his quib. vt indig. vbi fructus dicuntur tam percepti, quàm inuenti in prædiis hæreditariis, & ſic etiam percepti in vita teſtatoris.

Tertium argumentum pro hac communi ſentẽtia eſt Socini ſenioris, vbi ſupra dicit text. ſubſtitutum capere fructus inuentos in hæreditate, ergo à contrario ſenſu, conſumptos non capit, quia iſti non inueniuntur in hæreditate; quod tamẽ eſſet falſum ſi intelligeretur de fructibus inuentis in hæreditate teſtatoris, tempore mortis eius: quoniam ſi filius eos cõſumpſiſſet, teneretur reſtituere, ſicut cętera patris bona, l. Marcellus, §. res quę. ad Trebell.

Reſpondet Socin. iun. nu. 169. argumentum à contrario ſenſu locũ habere hoc modo; Subſtitutus habet fructus inuentos in hæreditate: ergo non poteſt petere cõſumptos, ſcilicet à teſtatore. Et licet iſtud ſit indubitatũ, tamen argumẽtum à contrario ſenſu toleratur, licet ſit B indubitatum id, quod ex eo infertur.

Quartum argumentũ colligitur ex Iaſone in d. l. Centurio, nu. 14. Fructus non conſeruantur vltra trienniom, Gloſ. in l. Vn. C. ſi adoer. vſuca. Ergo tex. noſter intelligi non poteſt de fructibus qui erant in hæreditate tempore mortis patris; quia iſti præſumuntur conſumpti, & nõ extare amplius cum filius moritur, & ſubſtitutus ſuccedit; niſi velimus filium vixiſſe tantum triennio; quod eſt diuinare.

Reſp. Socin. iun. nu. 169. cum de aliqua re diſputatur cætera præſupponi habilia, l. Qui teſtamento, de teſtam. & ſic præſupponendum eſſe, fructus extare tẽpore mortis filij.

Addit Ripa, num. 40. filium videri fuiſſe in culpa non diſtrahendo tales fructus, qui ſeruari non poterant, l. lex quæ, C. de admi. tuto. Et conſequenter ſi perierint, tenetur ad eorum æſtimationem, l. mulier, §. ſed enim, ff. ad C Trebell.

Vltimum argumentum eſt Socini iun. nu. 170. qualitas adiecta verbo, debet intelligi ſecũdum tempus verbi, l. In delictis, §. Si extraneus, de noxal. declarat Bart. in l. Ex facto, de vulg.

Sed iſta qualitas quod fructus inuenti in hæreditate pertineant ad ſubſtitutũ, eſt adiecta verbo capiet: ergo debet intelligi ſecundum tempus verbi, & conſequenter ſecundum tempus quo dicti fructus percipiuntur, id eſt, tempus mortis filij, & ſic de inuẽtis tempore mortis filij.

Reſponderi poteſt inſpiciendum eſſe tempus mortis filij, vt ſubſtitutus fructus capiat, ſed non capit fructus à filio perceptos, verùm eos fructus quos teſtator in hæreditate reliquit, & nunc extant tempore mortis filij: Nam ſicut verbum *capiet*, determinat qualitatem illam bonorum patris ſecundum tempus mortis filij, ſic determinare debet quoad fructus inuentos in hæreditate, ſcilicet vt intelligatur de fructibus, qui erant in hæredita- D te patris, & illos vnà cũ bonis patris, ſubſtitutus habeat tempore mortis filij.

Contrariam ſententiam, videlicet tex. intelligendum eſſe de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris ſecuti ſunt Ang. in l. Centurio: Caſtren. num. 6. Alex. nu. 39. Dec. in l. In teſtamento, nu. 16. C. de teſtam. mil. & ibidem Iaſon, nu. 13.

Primum argumentum Ang. & Alex. Hæres grauatus alteri reſtituere hæreditatem, non tenetur reſtituere fructus quos percepit, niſi fuerit in mora, l. In fideicommiſſaria, l. Ita tamen, §. 1. l. Poſtulante, §. vlt. ad Treb.

Ergo filius qui eſt hæres teſtatoris in d. l. Centurio, non tenetur fructus quos percepit reſtituere ſubſtituto, cũ nõ fuerit in mora. Si enim qui grauatus eſt non tenetur reſtituere huiuſmodi fructus, multò minus qui grauatus non eſt. Filius autem iſte non eſt grauatus, quia datus eſt illi ſubſtitutus directò, vt in textu.

A Reſpondet Ripa, nu. 40. & Soci. iun. nu. 166. eum cui datus eſt ſubſtitutus verbis directis deterioris eſſe conditionis, quàm is, qui grauatus eſt per fideicommiſſum. Nam grauatus per fideicommiſſum deducit quartã ex Trebelliano, l. Iubemus. C. ad Treb. Is verò cui datus eſt directò ſubſtitutus, non deducit. Iſte deſinit eſſe hæres, ille non item. Nil igitur mirum, ſi & hoc in caſu eſt deterioris conditionis.

Secundum argumentum eſt Alex. nu. 39. Tex. *loquitur* de fructibus inuentis in hæreditate: ergo non loquitur de inuentis tempore mortis filij, quia illa nõ eſt hæreditas, ſed patrimonium ipſius filij, l. Sed etſi plures, §. Filio, de vulg.

Reſp. Socin. iun. nu. 167. hæreditatem aditam retinere ſuum nomen cum alteri reſtituenda eſt. l. 1. ad Trebellian. Sed hic filius tenetur eam reſtituere ſubſtituto, ergo, &c.

Tertium argumentum ſumitur ex Decio in d. l. In te- B ſtamento, nu. 16. Verba in dubio debent referri ad teſtatorem, non autem ad hęredem. l. Cũm in teſtamento. & ibi Bart. de noto & arg. leg. Ergo verba illa tex. *cum fructibus inuentis in hæreditate*, debent referri ad hæreditatem teſtatoris, non autem hæredis.

Reſpon. Socin. iun. nu. 168. doctr. Bart. in l. *Cum in teſtamẽto*, locum habere in verbis teſtatoris, *ſed hæc verba* ſunt legis, non autem teſtatoris.

Replicat Ripa, nu. 40. etiam verba *legis referẽda* eſſe in dubio ad teſtatorem, arg. l. Filiusfa. §. *Diui*, de lega. 1. vbi illud verbum *creditoribus* refertur ad creditores teſtatoris. Sed reſponderi poteſt illud ibi contingere propter ſubiectam materiam, nec poſſe *inferri regul*am generalem, vt infertur.

Vltimum argumentum (omiſſis leuibus) ſumi poteſt ex Aretino in d. l. Cẽturio, col. 2. Miles directò ſubſtituere poteſt poſt pubertatem in bonis, quæ ex teſtamento ad hæredem ſuum peruenerunt. l. 5. ff. de mil. teſta. Sed C fructus ab hærede percepti, in caſu d. l. Centurio, non peruenerunt ad ipſum hæredem ex teſtamento, ſaltem imediatè ſicut illa dictio, ex, requirit, vt per Bart. in l. ex placito, C. de rerum permu. & in l. Non dubium, C. de legibus, & eſt tex. in l. Socium qui, ff. pro ſocio. Ergo nõ pertinent ad ſubſtitutum.

Hæc ſunt ab aliis dicta & conſiderata. Mihi magis placet eorum ſententia, qui dixerunt illa verba *intelligenda* de fructibus inuentis in hæreditate tem*pore mortis* patris teſtatoris.

Primò, quia tex. dicit ſubſtitutum capere bona *patris* tantum, vnà cum fructibus inuentis in hæreditate: *ſi enim* tales fructus non eſſent teſtatoris, ſed filij, textus cõtineret repugnantiam, quia caperet bona patris, & etiã filij; iſti enim fructus ſunt filij, quos ipſe filius percepit, tanquam hæres patris.

Secundò, quia fructus ab hærede percepti, diſtinguũ- D tur à fructibus inuentis in hæreditate, l. 1. C. de his, quibus vt indig.

Tertiò, quia grauatus per fideicõmiſſum fructus perceptos ante moram facit ſuos, nec veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi, l. in fideicommiſſaria, ad Trebel. ergo nec iſte.

Non obſtat quod dicebatur deterioris eſſe conditionis iſtum cui datus eſt directò ſubſtitutus. Hoc enim procedere poteſt in certis caſibus, ſed non reſpectu dominij, quod habet antequam eueniat caſus ſubſtitutionis. Eſt enim dominus pleno iure non minùs quàm hæres grauatus per fideicommiſſum, ergo fructus ſuos facit; & non tenetur reſtituere. Etſi in eo grauatur vt non detrahat quartam, ex Trebelliano, non eſt etiam in hoc grauandus, vt fructus reſtituat, qui, cum moritur, reperiuntur in eius hæreditate: imò potius reuelandus, arg. l. Eum qui, de iureiur.

CAPVT

CAPVT XIX.

Fideicommissum resultans ex prohibitione alienationis, iuncta causa, quia volo bona conseruari in agnatione; *an restringatur ad terminos substitutionis precedentis.*

IN causa nobiliũ Varniensium Pisanorum Testator instituerat filios suos, & descendentes eorum substituerat; prohibens ipsis alienationem bonorũ extra familiam: quod si aliquis alienaret, substituit Bartholomeum fratrem suum, cui similiter alienationẽ prohibuit, & in casu alienationis, substituit eius descendentes, quia voluit bona sua cõseruari in familia. Filij & descendentes non alienarunt, & ideo nunquam fuit locus fideicommisso in fauorem Bartholomei, quia fuit vocatus in casum alienationis, qui non euenit. Successit tamen dictus Bartholomeus iure sanguinis in dictis bonis, nec alienauit: Cùm autem ad fœminas proximiores bona peruenissent, proximiores agnati de familia instituerunt aduersus mulieres iudicium ex fideicommisso resultante propter illa verba, quia voluit bo*na conseruari in familia.*

Pro quibus adducta fuit authoritas atque sententia eorum, qui ex dicta clausula voluerunt generale fideicommissum induci, non restrictum ad prçcedẽtem substitutionem. Riminal. Iun. consilio 20. numer. 13. & 456. nume. 28. Surdus cons. 67. numero 20. Bitetta consi. 116. nu. 20. Macabrunus cons. 61. nu. 240. D. Petra de Fideic. quæst. 11. num. 568.

Sed contrarium decisum fuit: quam sententiam ego cum Clarissimis atq; Excellentissimis duobus Collegis meis amplexus fui; Motus, quia non potuit fundari hoc fideicommissum in persona Bartholomei, quia non fuit vocatus nisi in casu alienationis factæ à descendentibus testatoris, quæ nõ fuit facta; ergo nec grauari potuit nisi eo in casu, quo fuit vocatus. l. Ab eo. C. de fideicomm. Et cum ipse Bartholomeus frater testatoris nõ fuerit vocatus nisi in casu alienationis, non est mihi visum verisimile alios agnatos remotiores & nondum natos, qui ex dicto Bartholomeo descendere debebant, vocatos fuisse aliter, quàm in casu alienationis. Et cum testator non vocauerit Bartholomeum in casu quo ipsius testatoris descendentes deficerent; sed tantummodo in casu alienationis, non est credendum voluisse vocare dictos nascituros remotiores, nisi in casu alienationis. Visum est igitur fideicommissum resultans ex illis verbis *quia volo* restringendum esse ad terminos præcedentis substitutionis, in persona Bartholomei: quod si in persona eius locum habuisset substitutio ex alienatione, quæ fuisset secuta, non erat qui dubitaret, quin postea locus fuisset generali & absoluto fideicommisso in casu mortis, in fauorem familiæ totius, & ita Doctores superius allegati accipiendi visi sunt. Et quod fiat restrictio ad terminos præcedentis substitutionis, eaque deficiente deficiat fideicommissum in terminis nostris, communior est sententia Alexander consilio 24. num. 6. & 59. numero 21. libro 3. Decius cõsilio 291. numero 6. & 636. numero 8. Ruinus consi. 134. numero decimoquinto, libro tertio, Gozadinus consilio 30. numero decimosexto. Rubeus consilio 120. numero 9. Alciatus cõsilio 31. numero 22. libro 9. D. Cesalus consilio decimoseptimo, numero 24. & 153. numero 56. & 477. numero 13. & 16. & 544. numero 12. & 16. Roland. consilio 34. numero 65. libro 4. Hiero. Gab. consilio 132. Bursatus consilio 195. numero 9. Osaschus decis. 50. numero 12. Pedroca. consilio 19. numero 56. Hippo. Rimi. consilio 80. numero 32. Albanus consilio primo, numero octauo, & consilio vigesimoprimo, numero 8.

CAPVT XX.

Fideicommissum conditionale, an transmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum testator rationem habuit, ponendo eos in conditione.



NOn patiar pro virili mea vires assumere maiores eorum sententiam qui dixerunt, conditionale fideicommissum transmitti ad filios præmoriente patre ante conditionis euentum, quando filiorum visus est testator rationem habere, ponendo eos in conditione. Sic enim voluerunt multi à D. Cefalo citati consi. 16. nu. 42. & ab Oddo de compendiosa parte 6. art. 2. num. 21. Latissimè Hondedeus consi. 70. Menoch. cons. 452. num. 56.

Nullo enim satis firmo nituntur fundamẽto, nisi imaginaria quadam testatoris voluntate, quã non videmus; repugnantibus iuris regulis, quę conditionalis fideicommissi transmissionem impediunt. l. Vn. §. Sin autem, C. de cadu. toll. D. Mantica, latè lib. 11. tit. 20. Repugnante tex. expresso in l. Hæredes mei. §. Cum ita. ad Trebell.

Contrariam igitur sententiam amplector quam amplexi fuere Curtius iunior cons. 69. Ruin. cõsi. 181. lib. 2. Parisius cons. 63. lib. 3. Natta cons. 551. num. 15. Ripa in d. §. Cum ita, nu. 64. Tomiellus, nu. 67 Socin. iun. nu. 37. & 47. & istos citat & sequitur Peregrinus de fideicommis. art. 31. nu. 16. Adde D. Manticam de coniect. lib. 11. tit. 20. sub nu. 28. & quibus me lubens socium adiungo. Fundamẽtum enim habet in regula iuris generali; quod fideicommissum conditionale non transfertur, & in speciali decisione d. §. Cum ita.

CAPVT XXI.

De fideicommisso conditionali vnito cum iure accrescendi, an transmittatur.



NEc permittam firmiores agere radices eorum sententiam, qui dixerunt fideicommissum conditionale transmitti ante conditionis euẽtum, si fuerit vnitum cum iure accrescendi. Ita D. Cesalus cons. 16. nu. 45. & 283. nu. 26. Crauetta cons. 567. nu. 3. Hondedeus latè cons. 70.

Quibus sese opposuere D. Mantica de coniect. lib. 11. tit. 20. no. 13. Menoch. cons. 200. nu. 116. Peregrin. de fideicommis. artic. 31. num. 16. in fine, qui multos alios citant; quos ego sequor, secutus Iureconsultum in l. Hęredes mei. §. Cum ita: ad Trebell. & communem regulam, quod fideicommissa conditionalia non transmittuntur, l. Vn. §. Sin autem. C. de cad. tollen. Quibus nihil obstat, l. Qui patri, de acq. hæred. vbi contraria sententia fundamentum habet; quia loquitur in speciali casu, & de pupillari substitutione, & diuersam habet rationem, quę in fideicommisso non militat: Vis videre: Neratius. *Qui Patri hares extitit, si idem filio impuberi substitutus est; non potest hereditatem eius pratermittere: quod sic recipiendum est; etiamsi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit Nam is qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessariò erit. Nam si ipsum inuitum obligat, coniungi eum paterna hereditati, & accrescendi iure acquiri cuicunque patri heredi existimandum est.* Illa ratio. *Nam is qui heres extiterit, &c.* rursus illa. *Nam si ipsum inuitum obligat, &c.* non habent locum in fideicommisso. Quid igitur commune habet fideicommissaria substitutio cum pupillari, longè diuersa & diuersam rationem habente?

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrum pupillaris tacita contineatur in vulgari expressa, matre viuente, licet non habeat effectum contra matrem.

VAriæ sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima est contineri, Bar. in l. Centurio, in 4. oppo. de vulg. & est comm. vt testatur ibi Socin. iun. nu. 123. Menoch. de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 40. Mantica de coniect. lib. 5. tit. 13. num. 18.

Fundamentum est in l. vlt. C. de instit. & subst. vbi dicitur tacitam pupillarem locum habere, si mater moriatur ante pupillum, ergo ab initio continetur in expressa, quia si non contineretur, non posset effectū habere mortua matre ante pupillum; propter iuris regulam, quę ab initio inutilis est institutio, tractu temporis non conualescit. l. quæ ab initio, de reg. iur.

Et quia pupillaris tacita, venit ex voluntate testatoris tacita, l. Iam hoc iure. eod. tit. Non potest autem testatoris voluntas considerari, nisi secūdum tempus testamenti. l. Si ita, de auro & arg. leg. Nam vt dicebat Aretin. in d. l. Centurio, col. 5. voluntas testatoris morte eius expirat, l. 4. ff. locati.

Huic argumento respōsio colligitur ex mente Decij in l. Precibus, num. 11. C. de impub. & Socin. Iun. in d. l. Centurio, nu. 127. locum habere in institutione facta ab homine, tunc si non valet initio, nec tractu temporis cōualescit; secus in institutione inducta à lege, quia illa potest inducere ex post facto; non enim ad certum tempus restricta est, vt homo. Itaq; in proposito nostro lex inducit tacitam substitutionem post mortem matris.

Sic videmus testamentum in quo filius est pręteritus, non valere ab initio, & tamen tractu temporis conualescere. l. 2. §. Expectandi, de bonor. possess. contra tab. Sic in l. Titius. §. Lucius, de lib. & posthum. institutio facta de nepote nascituro tempore testamenti, non valet cum iam natus esset, & tamen lex voluit eam valere ex præsumpta mente testatoris.

Confirmatur ista responsio, quia regula legis, Quæ ab initio. locum habet, quando ab initio non valet institutio ex defectu substantialium; secus si non valeat ex defectu accidentalium; tunc enim tractu temporis potest conualescere. l. qui soluendo, de hæred. instit. Dec. in d. l. quæ ab initio.

Sed in quæstione nostra hæc substitutio non continetur ab initio ex accidenti, quia mater viuit; ergo matre mortua potest conualescere.

Contrariam sententiam habuerunt Doctores Vltramontani, vt refert Bar. in d. l. Centurio. Ruinus ibi, nu. 8. Ripa, num. 34.

Fundamentum est, quia actus defunctorum non possunt stare in suspenso. l. vlt. ff. comm. præd. sed si hæc tacita pupillaris contineretur in expressa, actus defuncti maneret in suspenso, Penderet enim ex vita vel morte matris.

Responderi potest, istud nō esse absurdum. l. si nemo, de testa. tut. quia non vltima voluntas, sed illius effectus manet in suspenso. Menoch. vbi suprà, num. 6.

Secūdò pro hac sentētia adfertur. l. 2. ff. de vulg. vers. sed et si extraneū, vbi substitutio pupillaris facta de persona extranea non valet in principio, & tamen conualidatur, si postea extraneum testator adoptauerit in locum filij.

Respon. Socin. Iun. in d. l. Centurio, nu. 127. eo in casu impedimentū cessare viuēte testatore, secus in quæstione nostra, quia mater moritur post testatorem.

Tertiò pro hac sententia adfertur regula, taciti & expressi eadem est virtus. l. Cum res, de leg. 1. l. cum quid. si cer. pet. Ergo si tacita ista pupillaris cōtineretur matre viuente, illa matrem excluderet, sicut expressa excludit.

Respondet Bart. in d. l. Centurio, non semper taciti & expressi eandem esse virtutem. l. 2. de lib. & posthumis: quæ solutio non placuit Salicero in d. l. Precib. colum. 3. quia non est recedendum à regula, licet in aliquo casu reperiatur limitata.

Respondet Iason in d. l. Centurio, numero 22. pupillarem excludere matrem, ex quadam legis dispensatione, quę cum sit odiosa, c. 1. de fil. presbyt. non extenditur ad tacitam, & sic taciti & expressi non esse parem virtutem in odiosis.

At Socin. Iun. in d. l. Centurio, numero 126. negat esse dispensationem; & dicit etiam in dispensationibus fieri extensionem: Nam in testamento militis non est locus querelę de inofficioso. l. De inofficioso. C. de mil. testam. l. si instituta. §. De inofficioso. ff. de inoff. testam. & tamen hoc extenditur ad tacitam exhæredationem. l. Sicut certi. C. de milit. testam. Ideo aliter ipse Socin. Iun. respondet. Taciti & expressi non eandem esse virtutem, quando tacitum venit ex natura expressi. Tacita autem pupillaris non venit ex natura substitutionis, sed ex interpretatione. d. l. Iam hoc iure. de vulg.

Sed tamē solutio Bartoli videtur bona, quia dum adduxit. l. 2. de lib. & posthum. voluit inferre in materiam priuationis hæreditatis, tacitum non ęquiualere expresso. Hic autem agitur de priuatione matris, quia excluditur ab hæreditate filij, ergo non bene infertur *de expresso* ad tacitum; quia legis interpretatio cessat, *vbi priuatio* inducitur. Menoch. de Præsumpt. *Præsum. 40. nu. 10.*

Nec obstat quod inquit Ripa in d. l. *Centurio*, nu. 34. in exhæredatione non esse parem *virtutem taciti* & expressi, propter formam à lege tradi*tam*, vt expressa fiat exhæredatio. Nam generaliter *verum* hoc videtur, non induci priuationem, nisi in casu *expresso*. §. Cum igitur, in Authent. de non elig. secun. nub. Menochius de arbit. casu 176.

Tertia est opinio, pupillarem hanc tacitam manere in suspenso. Nam si mater moriatur, effectum habet, si non præmoriatur, secus. Ita Bal. in d. l. Precibus, in 20. opp. & ibidem Salic. Socin. Sen. in d. l. Centurio, nu. 12.

Fundamentum est, quia non est nouum iure nostro, vt aliquid in suspenso maneat. l. 1. §. si pendeat. ff. ad Maced. l. si impuberem. ff. de fals. in §. 1. & alibi. *Expedit* autem dicere, quod maneat in suspenso, quia si di*xerimus* contineri ab initio, tunc frustrà contineretur, si mater superuiueret: lex aūt non permittit actum frustratorium. l. Dominus testam. de cond. indeb. l. 1. §. *Dicerit* aliquis, de publicanis. l. Hæc stipulatio. §. Diuus, *de lega.* nom. cau. Sic & ius accrescēdi est quædam legalis substitutio. l. si Titio & Mænio. §. 1. de leg. 1. quæ cessat, dato substituto vulgari, l. pen. de iniusto rup. Cessante autem substituto, vulgaris locū habet. Respon. Socin. Iun. in d. l. Centurio, num. 129. vltimas voluntates non posse stare in suspenso: & non dici superfluum, quod aliquo in casu effectum operatur: Iason in l. Nemo, col. 3. vers. sustinendo communem. C. qui testa. fa. poss.

Vltima est opinio, hanc pupillarem ab initio contineri quantum ad substantiam; quantum verò ad effectum inesse sub conditione, si mater præmoriatur, vel non velit, aut non possit hæres esse. Ita Aretin. in d. l. Centurio, col. 5. Socinus Iun. numero 129. Bolognet. num. 88. Menoch. loco suprà citato.

Quæ sententia est eadem cum sententia Bartoli quam primo loco retuli; & est communis vt ibi dixi, & mihi verissima videtur. Moueor ex d. l. vlt. C. de inst. & subst. vbi frustrà quæreretur an mater substitutū excluderet, vel contrà substitutus, matrem, nisi à principio inesset: Quia igitur à principio inest, videbatur dicendum, matrem excludi; & hæc ratio fuit dubitandi.

Contrarium deciditur, quia licet insit, nō tamen effectum habet contra matrem: vt ibi. Et hanc puto esse veritatem, quæ nimiam subtilitatem vincere debet.

CAPVT

CAPVT XXIII.

Vtrum compendiosa substitutio verbis communibus facta filio impuberi, sine temporum distributione, sit omni tempore fideicommissaria.


Viusmodi substitutionem filio mortuo in pupillari ætate, valere in vim pupillaris, postea in fideicommissariam transferri, cõmunis est sententia Bar. in l. Centurio, nu. 26. de vulga. Ripa ibi nu. 114. Soc. iun. nu. 257. nouissimè Peregrin. de fidei com. art. 34. nu. 24.

Argumenta sunt ista. Primum Bart. quicquid determinatur secundum cursum tpis, variato tpe variatur. l. precia rerũ, §. nonnullam, ad l. Fal. l. Titia Seio, §. vsuras, de leg. 2. l. pe. C. de vsufr. l. Põponius in negotiis, de neg. ge. Sed hæc substitutio determinatur secundũ cursum tpis, vt patet: ergo variari debet secundum diuersitatẽ tpis. Resp. Ripa vbi suprà, negando substitutionẽ hão recipere determinationẽ ex cursu tpis, imo vr eam recipere ex voluntate testantis. l. in conditionibus, de cond. & dem.

Secundum arg. est eiusdem Bar. ex l. Pater Seuerinã, §. Conditionum, de cond. & dem. vbi datio tutoris in testamento valet intra tempus pupillaris ætatis: postea verò tutores dati intelliguntur esse curatores. Resp. Ripa vbi suprà, ibi non potuisse sustineri voluntatem testatoris, nisi fieret variatio; sed hic sustineri potest semper, in vim fideicommissariæ.

Tertiò solet adserri l. Centurio, de vulg. vbi variatur substitutio: sed respon. Ripa vbi suprà, loqui de priuilegio militari: Ex quo infertur in contrarium esse ius cõmune, l. Ius singulare, de legib.

Quartò adducitur l. precibus, C. de impub. Resp. potest loqui in milite, nec constare, factam fuisse ibi substitutionem verbis communibus.

Quintò adducitur cap. Si pater, de testa. in 6. Respon. C Bar. cons. 54. nu. 5. testatorem ibi vsum fuisse verbis directis, quoniã illa verba *Moriatur ei*, sunt directa, quasi dicat, moriatur ad vtilitatem eius.

Sed replicat Alex. in d. l. Centurio, etiam ad vtilitatẽ substituti per fideicõmissum videri mortuum hæredem grauatum. Verum text. in d. c. si pater, aliter etiã induci solet pro hac sentẽtia, quatenus, videlicet dicit, in dubio substitutionem intelligẽdam esse, vt sit directa, non aũt obliqua: ergo intra tempus pubertatis directa esse intelligitur. Resp. Corneus in d. l. precib. illam regulã restringi debere ad casum, de quo agitur in d. c. si pater, vt colligitur ex illis verbis d. c. si pater, *sicut* &c. Sed Ias. in d. l. Centurio. & post eum Socin. iun. nu. 262. respondent regulam esse generalem, & illud esse exemplum directæ substitutionis, quod nõ restringit regulam §. hactenus, Instit. de gradib. Aliter resp. Ripa ad c. si pater, loqui de directa substitutione, vt patet ex limitatione ipsius regulæ ibi: *quanquam interdum directa trahatur ad obliquam.* D Replicat Soc. iun. illum versiculum loqui de substitutione directa, non autem de substitutione facta per verba directa. Quod nihil est dicere, quia nulla est ratio diuersitatis inter directam substitutionem, & eam quæ fit per verba directa. Resp. igitur põt tex. in d. c. si pater, loqui de substitutione facta, si filius decesserit sine liberis, per verba dubia; nam si essent directa sua natura, nulla fuisset opus interpretatione, l. ille aut ille. §. Cum in verbis, de legat. 3. At S. Pontifex ibi dicit interpretari debere vt sint directa, ergo non erant directa sua natura.

Sexto pro cõm. adfertur: Verba debent intelligi secũdum conditionẽ personæ, l. Plenum, §. equitis, de vsu & hab. Sed ista substitutio refertur ad pupillũ; ergo debet intelligi pupillaris, intra tps pubertatis. Resp. põt etiam in persona pupilli rectè consistere fideicommissariam, & ideo non esse necessarium, vt pupillaris intelligatur.

Septimò adfertur. Fideicõmissum est onus. l. cohæredi, §. cum filia, de vulg. Pupillaris aũt substitutio conti-A net fauorem pupilli. l. si pupillus, de acq. hær. ergo præsumitur facta potius pupillaris, quàm fideicõmissaria, ne filius grauetur à patre, qui præsumitur bonũ capere cõsilium pro filio. l. nec in ea, de adult. Resp. potest nulla lege probari, ꝙ pupillaris substitutio contineat fauorẽ filij; solùm probatur in d. l. si pupillus, vtile esse pupillo vt successorem habeat: potest autem illum habere aliter, quàm per substitutionem pupillarem, vt patet.

Vltimò adducitur. Verba sunt intelligenda in potentiori significatu, l. 1. §. 1. ff. si ag. vec. ergo vt sint directa. Responderi potest, cum verba sunt cõmunia, æquè propriè adaptari ad obliquam, sicut ad directam.

Contrariam sententiam, videlicet in proposita specie substitutionem omni tempore fideicommissariam esse, amplexi sunt Doctores antiqui, quos refert Bart. in d. l. Centurio, & fuit olim communis, teste Ripa, num. 117. quam & consulendo Bart. aliquando secutus est.

B Primum arg. Valet argumentum de personis ad tempus. l. qui plures, de vulg. Sed substitutio respiciens plures personas, est vniformis respectu omnium, l. iam hoc iure, supra eo. ergo & respiciens plura tempora, est vniformis, respectu oĩum temporum. Respondetur ex mẽte Ripæ & Soc. iun. illud argm̃ non valere, vbi est diuersa ratio. Est aũt hic diuersa ratio. Nam in personis ideò est vniformis, quia aliàs resultaret inæqualitas, vt in d. l. Iam hoc iure; illa autem inæqualitas nõ oritur, licet substitutio non sit vniformis respectu temporum.

Secundum arg. Non debet fieri diuisio voluntatis, l. eum qui. §. vlt. ff. de his qui. vt indi. sed hic fieret diuisio voluntatis, si substitutio vno tpe esset directa, alio tpe fideicommissaria: ergo omni tempore est fideicommissaria. Resp. hanc nõ esse diuisionem voluntatis testatoris, quia cùm substitutio respiciat plura tpa, censetur facta diuerso modo, secundũ temporum diuersitatem. Alia rõ est in d. §. fi. quia ibi si hæres haberet partẽ legati, & partem fisco restitueret, fieret diuisio voluntatis testatoris.

C Tertium arg. Vna & eadem res non debet diuerso iure censeri. l. eum qui ædes, de vsucap. Resp. illam regulã procedere in dispositione, quæ respicit vnum tempus, secus si diuersa tẽpora respiciat. l. Centurio, de vulg. d. l. precib. C. de impub. Soc. iun. in d. l. Centurio, nu. 263.

Mihi placet prima sententia, quæ communis est. Et moueor, d. c. Si pater.

Non obstat resp. Ripæ, quia ibi sunt duæ regulæ: Vna, ꝙ substitutio debet interpretari vt sit directa: Altera, ꝙ directa substitutio interdum trahitur ad obliquam. Hæc non est exceptio prioris regulæ: quia prior regula loquitur in dubio, qñ. s. substitutio non est directa, sed dubia, tunc interpretari debet, vt sit potius directa, quàm obliqua. Altera verò regula loquitur de substitutione directa prorsus, quod interdũ trahatur ad obliquã: Deinde mouent rõne qua vtitur Bal. in d. l. precib. nu. 41. & post D eum Pereg. de fideicom. art. 34. nu. 28. Compendiosa cõtinet vulgarẽ, vt per Bart. in d. l. Centurio, nu. 32. sed in vulgari cõtinetur tacita pupillaris. d. l. iam hoc iure, de vulg. ergo in compendiosa continetur tacita pupillaris.

CAPVT XXIV.

Dos promissa, an sit propriè dos?

TRactant hanc quæstionẽ Doct. in rub. sol. matr. vbi Alex. nu. 26. Ripa, nu. 58. Soc. iun. nu. 18. in 3. par. Io. Bolog. nu. 144. Ruin. num. 158. Paris. nu. 193. Soci. sen. in l. De diuisione, eod titu. In qua ego existimo eorum sentẽtiam esse probabiliorem, qui affirmant, dotem propriè dici quæ promissa est.

Primum, quia dos legib. nostris appellatur. l. ad exactionem, C. de do. promis. l. vlt. C. sol. matr. l. ex morte. C. de pact. conuen. l. si mulier, §. si dos, ff. quod met. cau. l. Vnica, §. accedit, C. de rei vxo. act. §. Dotes. in Authen. de nupt. Non videtur autem verisimile, toties sic appellari, & semper impropriè.

Secundò, quia hanc ſnīam apertè ptobat tex. in l.Cū poſt.§.1.ff.de admi.tnto.Paulus. *Sed is de quo tractamus, ſi non donandi animo, ſed negocii gerendi cauſa decem promiſerit. habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiam manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem.*

Tertiò accedit tex.in l.1. §.1.ff.de colla.dotis,ibi. *Etſi tantùm promiſſa ſit dos, collatio eius fiet.*

Contraria argumenta ſic diluuntur. Primum eſt, ex l. Titio centum.§.Titio genero.de condit.& demonſt.ibi. *Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata.*

Reſpondeo, textum loqui de muliere dotata cum effectu,& reipſa; quis enim dubitet eam dotatam, quæ dotem accepit? Non licet tñ inferre eam, cui dos promiſſa, &, nondum ſoluta eſt, dotatam nō dici; quia contrarium patet ex legibus allegatis: Itaque & cum dos ſoluta eſt, & cum promiſſa eſt, mulier dotem habere dicitur.

Secundum arg. Dos non ſoluta non inſeruit oneribus matrimonij, ergo nō eſt dos, ar.l.Si pater mulieris. ff.de iure dot.

B Reſp. licet actu non inſeruiat, apta tamen eſt inſeruire cum fuerit ſoluta. Adde quod dotis promiſſę & non ſolutæ, vſuræ debētur.l.vlt.§.Præterea. C.de iu. do. c.Salubriter.de vſur.

Non obſtat d.l.Si pater, quia donatio cauſa mortis de qua ibi, confertur in tempus, quo matrimoniū iam ſolutum eſt; ideo non valet. Eſſet.n.abſurdū vt ait I.C. dotem tunc incipere, cum matrimoniū eſt ſolutū: ſed promiſſio dotis fit conſtante matrimonio, igitur illa lex nō obſtat.

Tertium arg. ſumitur ex verbis etymologia, quaſi dicta ſit à dando, & conſequenter datio requiratur, nō autem promiſſio ſufficiat. Reſp. deriuari à verbo græco, vt declarat Varro, lib.4.de lingua Latina; & ſatis eſſe quod in vſu ſit apud iuris,auth.in hac ſignificatione: qm̄ propria ſignificatio ſumitur etiam ab authoritate, vt declarat Bart.in l.omnes populi, nu.59.de iuſt.& iure.

C Quartum arg. eſt Soc.iun. Dotis fructus pertinent ad maritum pro oneribus matrimonij; ſi permittat vxorem eos percipere, repetitionē habet, quatenus mulier locupletior facta eſt. l.Pro oneribus. C.de iure do. Sed cum dos promiſſa tm̄ eſt, valet abſolutè conuentio, vt mulier fructus habeat.l.Iulianus.ff.de iure do. Ergo dos promiſſa nō eſt vera dos. Reſp. in d.l.Iulianus, non dici, fructus promiſſæ dotis donari poſſe à marito vxori ſuę, ſed dotē ita cōſtitui poſſe à principio, vt nō exigatur viua vxore. Hæc ſunt verba textus. *Iulianus ſcribit valere talem ſtipulationem; Cum moreris dotis nomine tot dari: quia & paciſci ſolet, ne ea viua exigatur: quod non eſſe ſimile accepit: aliud eſt enim differre exactionem; aliud ab initio in id tempus ſtipulari, quo matrimonium futurum non ſit.*

Vltimum arg. ſumi poteſt ex l.1. C.de dote cauta non num. vbi dotem non ſcriptura dotalis, ſed numeratio facit. Reſp. tex. loqui quātum ad effectum repetitionis dotis. Si enim mulier dotem non ſoluit, licet maritus fuerit D confeſſus ſe eam accepiſſe, obſtat exceptio dotis cautæ non numeratæ: id patet ex verbis ſequentibus tex. *Et ideo non ignoras, ita demum te ad dotis petitionem admitti poſſe, ſi dotem à te datam probatura es.*

CAPVT XXV.

Statutum excludens filiam dotatam à ſucceſſione patris, ſtantibus maſculis, an locum habeat, ſi filia in teſtamento patris dos relicta fuerit.

SCribit Bar. in l.Titio centum.§.Titio genero, nu.5.de cond.& dem. filiā cui teſtamento dos relicta eſt à patre, dotatam videri, ac proinde excludendam fore ab hæreditate ſtantibus maſculis ſtatuto dictante filiam dotatam excludi ab hæreditate patris, ſtātibus maſculis: quam ſnīam communem eſſe teſtatur Ripa in rubr. ſoluto matrim.nu.61. & Socin.iun.in 1.parte, nu.30.

A Fundamētum verò eſt in l.Non eſt matrimonium, de ritu nup. in l.qui pupillam, ad l.Iul.de adult. quibus legibus æquiparantur iſta, q̄ filia nupta ſit vel deſponſata à patre, vel nuptui deſtinata. Cùm enim pater dotem ei reliquit, videtur eam dotaſſe, ſiue vt Bar. loquitur dotandi actum exercuiſſe, quantum in ipſo fuit; Ideò perinde eſt, ac ſi dotauerit, argumen.l.Mulier.§.vlt.de cond.inſt. l.Stichus ſi hæredi de ſtatu lib.

Sed contrarium docuerunt Imola in d.§.Titio. Fulg. in l.Non ſine.C.de bo. quæ lib. Alex.conſ.13.lib.3. alios citat Ruin.in rub.ſol.matrim.num.4.

Fundamentum eſt, quia dos eſt contractus, qui re perficitur, ideo ſi non incipiat à traditione, ſed à promiſſione, non eſt dos, ſed dotis promiſſio, vt docet Bar. in l.Iuriſgentium. ff.de pact. His adſtipulatur tex.in d.§.Titio genero, ibi. *Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata.* Ergo ante ſolutionem dotis, non videtur eſſe dotata.

Tertiò, aut legatum dotis eſt purum, aut conditionale. Si conditionale eſt, non videtur ſatisfactum eſſe ſtatuto, requirenti mulierem eſſe dotatam; ſicut inſtitutio cōditionalis nō eſt propriè inſtitutio. l.ſuus quoque, de hæred.inſtit.& conditionalis donatio, propriè donatio non eſt.l.1.ff.de dona. Si verò purum eſſe intelligatur huiuſmodi legatum, multò minus verificantur verba ſtatuti; quia licet filia non nupſerit, legatum tamen debetur. Conſequenter etiam debetur eo caſu, quo filia non eſt dotata: Nam ſine matrimonio dos nō eſt.l.3.*de iure dot.*

Quartò requirit ſtatutum, vt filia ſit dotata tempore ſucceſſionis: ſed ex dote debita ſub conditione, mulier non dicitur eſſe dotata.l.1.§.ſi ſub condit.ff.de collat. do. Ergo verba ſtatuti non conueniunt.

Quintò, hoc ſtatutum iure communi aduerſatur; ergo ſtrictè eſt intelligendum, & accipiendum de filia nupta, quæ verè & realiter dotem acceperit, quia pater tenetur filiam nubere & dotare. l.qui libertos. ff.de ritu nup. ergo ei dotem relinquendo in teſtamento ſuæ, non ſatiſfacit obligationi.

Sed magis eſt, vt communiori adhæream ſententiæ: Nam qui actionem habet, ipſam rem habere videtur. l.qui actionem, de reg.iur. Sed filia cui pater dotem legauit, actionem habet ad eam conſequendam: Eſt igitur perinde ac ſi dotem haberet. Confirmo ex l.Cum poſt. §.1.de admi.tuto.ibi, *quia dotem habet.* Accedit ratio ſtatuti filiam excludentis, nimirum, vt filij maſculi ſuccedant, & bona in familia conſeruentur: quæ ratio locum habet etiam in caſu iſto, quo dos à patre relicta eſt in teſtamento.

Ad argumenta in contrarium ſic reſpondeo. *Ad primum*, concedo perfici contractum dotis ex rei traditione, ſed hic eſt idem ac ſi dos eſſet tradita; quia mulier actionem habet.l.qui actionem, de reg.iur.

Ad §.Titio, reſpondeo vt ſuprà in præcedenti cap. filiam dotatam eſſe, cum dos eſt numerata, vt ibi: Sed & dotata intelligitur, cum actionem habet ad dotem, d.l. Cum poſt, §.1.de admin.tuto.

Et notandum eſt in caſu d.§.Titio genero. dotem filiæ relictam non fuiſſe, ſed genero; ideò filia non habuit actionem, ſed gener, vt ibi dicitur: quæ cauſa eſſe poteſt, cur mulier tunc incipiat eſſe dotata cum dotem habuit, vt ibi dicitur. At in quæſtione noſtra filia habet actionem, ergo videtur dotem habere, & ſic dotata eſſe intelligitur.

Ad tertium reſpond. legatum eſſe conditionale, ſi filia nupſerit: Nihilominus ſatisſactum videtur ſtatuto; quia cū de filia dotata loquatur, præſupponit matrimonium præſens, vel futurum, ſine quo dos eſſe non poteſt. l.3. ff.de iu.do. Conſequenter conditio illa tacitè ineſt, & ex natura rei.

Ad quartum reſpond. ſtatutum intelligi poſſe de filia dotata tēpore ſucceſſionis, re vel ſpe, quia & illa dicitur dotē habere, cui relicta eſt vel ꝓmiſſa, d.l.Cū poſt. §.1.

Licet

Licet ad effectum collationis faciendæ, si dos sub condi A tione promissa sit, nõ videatur esse dotata, nisi cum euenerit conditio, vt in l.1.§.si sub conditione de coll.do. Nemo enim conferre cogitur, quod non habet.

Ad quintum respondeo nullam esse differentiæ rationem siue filia nupta sit, & dotem acceperit, siue nuptura & dotem acceptura sit. Patrem verò suæ obligationi satisfecisse, legando ei dotem, cum viuens non potuit eam nubere.

CAPVT XXVI.

Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promissa?

Mihi quoque videtur statutum de dote data locum habere non posse in dote promissa, sicut, Bart. docet in l. Iubemus, §. sanè, nume. 7. C. de Sacrosanct. Eccl. cuius sententia communiter B est recepta, vt per Rolan. de lucro dotis, q.6. & Osasc. decis. Pedem. 21. Nõ quia id probetur in §. pen. in Auth. de non elig. secun. nub. quoniam ibi vnus coniugum dedit, alter non dedit, quæ causa est, vt locum non habeat pactum de lucrando, respectu eius qui non dedit. Non etiam per tex. in d. §. sanè, quia Bart. ibi declarat optimè, nihil facere pro hac sententia: sed quia aliud est dare, aliud promittere, vt patet ad sensum; licet quantum ad aliquos iuris effectus, non ignorem aliquando paria esse dare vel promittere. l. vlt. C. ad l. Falc. & quantũ ad actionem l. qui actionem, de reg. iu.

Sed argumenta Socini Iun. diluenda sunt, in rub. sol. matr. nume. 52.

Primum est, quia ratio statuti militat etiam in dote promissa. Respondeo id negari posse, sed dato quod militaret eadem ratio, non debet fieri extensio: Iste enim non est casus omissus, sed exclusus à statuto. Cùm enim C requirit dotem esse datã, rectè colligi potest, promissionem non sufficere. Sic videmus orationem Diui Seueri, quæ traditionem requirebat, locum non habere in promissione. l. Papinianus, vbi Glo. in ver. donationem, ff. de donatio. inter vi. & vxo. licet eadẽ ratio militare videatur in donatione re non tradita, quæ in donatione re tradita. Vtroque enim casu adest voluntas donatoris perseuerantis vsque ad mortem, iuxta l. Cùm hic status. ff. eodem tit.

Secundum argumen. est ex communi vsu loquendi, secũdum quem verba sunt exaudiẽda, l. librorum, §. quod tamen Cassius, de leg. 3. Hic autem videtur esse communis vsus loquendi, vt mulier dicatur dotem habere cum ei promissa est. Respondeo hunc communem vsum loquendi probandum esse, quia de eo minimè constat; & debet adesse tempore statuti cõditi, vt inde colligi possit statuentes ad illum respexisse.

Tertiũ argum. sumitur ex doctrina Saliceti in l. si con D stante, C. de dona. ante nup. vbi docet, statutum disponẽs, vt soluto matrimonio morte vxoris vir restituat tertiam partem dotis, locum sibi vẽdicare in dote promissa, licet verbum *restituat*, videatur requirere dotem datam ac numeratam esse. Respondeo argumen. ex authoritate doctoris non esse necessarium, sed probabile, & nullas vires habere contra communem opinionem; sed & Salicetum reprobat Ruin. conf. 197. lib. 1.

Quartum argum. Non debet esse melioris conditionis mulier quæ dotem promisit, & non dedit, quàm illa quæ dedit. Sed esset melioris conditionis, si statutum deferens lucrum dotis datę, non haberet locũ in dote promissa: ergo &c. Respõdeo id esse imputandum viro, qui pacto sibi nõ prospexit circa lucrum dotis promissę, vel quia dotem sibi solui ac numerari à principio non curauit, vel quia promissam non exegit.

CAPVT XXVII.

Vtrum soluto matrimonio dos propriè dicatur, antequam sit ab vxore recuperata?

Communis est doctorum sententia in rub. sol. matr. dotem propriè dici soluto matrimonio priusquam sit ab vxore recuperata: Castren. ibi in prin. Alex. num. 24. Socin. sen. nume. 10. Aret. in prin. Iason nu. 9. Corras. nu. 12. Socin. Iun. nu. 55. Ab hac sententia recesserunt Ripa ibi nu. 70. Alciat. nu. 46. Ruin. nu. 257.

Communis sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex d. rub. sol. matr. quemad. dos petatur. Apparet enim dotem appellari etiam soluto matrimonio. Respondent contrariæ sententiæ authores, rubricam se referre ad id quod fuit. Nam dos fuit constante matrimonio, quæ eo soluto, largè ac impropriè dos dicitur.

Secundum est ex l. etiam. ff. de fundo dota. vbi etiam dirempto matrimonio fundus dotalis intelligitur. Respondetur hoc intelligendum esse fictè & impropriè vt denotat verbum *intelligitur*.

Tertium sumitur ex l. si marito, §. 1. sol. matr. vbi dicitur pecuniam in dote esse soluto matrimonio, & idem probatur in l. si pater ignorãs. eod. tit. Respon. non aliud probari his textibus, quàm actionem de dote competere soluto matrimonio; ex quo inferendum non est, dotem esse soluto matrimonio. Nam & post aditam hæreditatem competere dicitur hæreditatis petitio, quæ impropriè dicitur hæreditas, vt not. doct. in l. 1. §. Veteres. de acquir. possess.

Quartum argu. est ex legibus, quibus dos appellatur matrimonio soluto. l. si cum dotem. §. 1. & 2. l. filiæ. l. filiafa. sol. matr. l. Titio cẽtum. §. Titio genero. de cond. & dem. l. Vn. §. Tractat. C. de rei vxo. actio. §. fuerat. inst. de actio. Respon. impropriè dotem appellari; habita scilicet relatione ad tempus, quo matrimonium erat, & consequenter dos verè dicebatur.

Quintum est ex l. si constante. §. 1. solut. matrimonio. ibi: *vt ex die aditæ a patre hæreditatis incipiat ei dotis exactio.* Respon. vt suprà, non esse bonam consequentiam, dos soluto matrimonio exigitur, & tũc competit actio, igitur est dos propriè: quia petitio hæreditatis datur post aditam hæreditatem, quæ tamen hæreditas adita, non est propriè hæreditas, vt suprà dixi.

Contrariæ sententiæ argumẽta sunt illa. Primum dos nõ potest esse sine matrimonio. l. 3. de iure do. l. vlt. C. de dona. ante nup. ergo solu. matr. non dicitur dos. Respon. dotem esse non posse sine matrimonio; scilicet præsenti, vel præterito, ita Bart. in l. si marito. §. 1. ff. sol. matr.

Secũdum sumitur ex l. 1. §. pen. ff. de vsucap. pro dote. Vlpianus. *Cæterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare vsucapionem; quia dos nulla sit.* Respond. illa verba *si cesset matrimonium* sic intelligenda, id est si nullum fuerit matrimonium contractum. Nam & cessare dicitur, quod non incipit. l. 3. C. de iuris & fact. igno. l. si is à quo. ff. vt in possess. leg. l. si seruus communis meus. de stip. ser. l. si procurator. §. Mandati actio. ff. mand. l. ergo. §. Planè. de fideicomm. liber. l. qui res. §. Aream. ff. de solutionibus.

Tertium arg. Soluto matrimonio morte mariti, dominium rei dotalis transit in vxorem. l. In reb. C. de iu. dot. Ergo dos esse non potest, quia cum reliquo vxoris patrimonio vnita est, arg. eorum quæ not. in l. 1. §. Veteres. de acquir. poss. vbi hæreditas adita, non dicitur hæreditas. Respon. imò tunc verè dotem esse, cum & actio competat de dote, & priuilegia dotibus concessa tunc maximè locum habeant: nam dos non est ita incorporata cum patrimonio reliquo, sicut hęreditas aditã, sed dotis actione repetenda est: quare absurdum videtur dicere, eam peti actione de dote, & non esse dotem.

Quid dicẽdum? Videbatur prima facie verior senten- A tia cõtra communem. Primo quia vbi res caret effectu, debet etiam carere nomine, cap. Admonere, 33. quęst. 2. Sed soluto matrimonio dos caret effectu, quia matrimonij oneribus non inseruit; ergo debet etiam carere nomine.

Secũdò quia fructus dotis spectãt ad maritum, l. Pro oneribus, C. de iu. do. Soluto autem matrimonio ad vxorem spectãt, l. si marito, §. vlt. sol. mat. ergo soluto matrimonio non est dos propriè.

Tertiò, quia non videtur congruè responsum ad d. l. 3. de iu. do. vbi generaliter dicitur. *Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Vbicunque igitur nomen matrimonij non est, nec dos est.* Hac generali regula videtur contineri etiam casus noster quando matrimonium est solutum; quia tunc matrimonium non est, ergo nec dos est.

Quartò quia non videbatur sufficienter responsum ad l. 1. §. penul. ff. pro dote. Illa enim verba, *si cesset matrimonium*, videbantur accipienda de matrimonio cõtracto, B sed dissoluto; quoniam supra I.C. locutus fuerat de matrimonio constãte. Confirmatur hęc interpretatio, quia si nullum sit contractum matrimonium, absurdum est dubitare, an vsucapio pro dote locũ habeat. Adde quòd paulò supra dixerat tex. ante nuptias contractas non habere locum vsucapionem pro dote; vt nõ sit verosimile ferè idem repeti illis verbis, *Cæterum si cesset matrimonium.*

Sed istis nil morantibus amplector communem sententiam, eo potissimum argumento, quod soluto matrimonio tunc de dote actio incipit, tunc priuilegia dotis procedunt. Implicat ergo contradictionem, quod non sit dos.

Ad primum argumentum respondeo dotem non carere effectu matrimonio soluto, quia mulier potest iterum nubere. Præterea iam deseruiit oneribus matrimonij. Contraria locum habent vbi res semper caruit, C & caret effectu.

Ad secundum respondeo, licet fructus dotis soluto matrimonio spectent ad mulierẽ, non tamẽ inferri non esse dotem; dos enim est, sed aliter de ea leges disponũt constante, aliter soluto matrimonio.

Ad tertium respondeo, generalem illam regulam vbi non est matrimonium, ibi non est dos, intelligendam esse vt notat Bart. in d. l. si marito, §. 1. soluto matrimonio, vbi non est, nec vnquam fuit matrimonium, vt sic leges legibus concordentur.

Ad quartum, concedo non rectè fuisse responsum ad d. l. 1. §. pen. ff. pro dote. Verus enim sensus est *si cesset matrimonium*, id est, si matrimonium contractum quidem fuerit, sed non valeat. Nam tex. subdit. *Idem scribit etsi maritus putauit esse matrimonium, cum non esset*, quasi dicat, non esse vsucapionem pro dote, cum matrimonium cessat, id est, non valet, marito hoc sciente; & idem esse quando non valet, marito existimante illud valere. Et quod ista verba, si cesset matrimonium, significet matri- D monium inualidum, adfero textum in l. si concubina, ff. de act. rer. amotar. illis verbis. *Et consequenter dicemus vbicunque cessat matrimonium, vt puta in ea, qua tutori suo nupsit, vel contra mandata conuenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem.* Quibus verbis perspicuum est denotari matrimonium inualidum, contra leges contractum.

Sic igitur accipiendus est text. in d. l. §. penul. vt dotis vsucapio non procedat, matrimonio inualido existente; quę, vt mihi sanè videtur, verus & genuinus sensus illorum verborum est.

CAPVT XXVIII.

Dos recuperata, an dotis nomen retineat?

Dotem soluto matrimonio recuperatam suum nomen amittere, communis est doctorum sententia in rub. sol. matr. Castr. ibi in princ. Iaś. nu. 10 Alciat. col. pen. Socin. iun. nu. 62.

Fundamentum est in l. vlt. C. Comm. vtriusq; iud. vbi dos ad patrem reuersa soluto matrimonio, dicitur effecta paternæ substantiæ, sicut hæreditas adita, non dicitur amplius hæreditas, sed proprium hęredis patrimonium, l. Sed etsi plures. § Filio sa. ff. de vulg. Et dote recuperata, cessat de dote actio; ergo & nomen ipsum dotis, arg. l. Fundus. §. Toties. de fundo dotali.

Sed contrarium docuit in rub. sol. matr. Visitarinus, nu. 26. Io. Campeg tract. de dote, q. 30. Io. Coras. in l. Qui liberos, nu. 44. de ritu nup. Alex. conś. 101. nu. 2. lib. 5. Iaś. in conś. 204. nu. 3. lib. 2.

Primum argu. est ex l. Si socius pro filia. ff. pro socio, vbi dos appellatur, quæ recuperata fuit.

Secundum ex l. Filiæ dote. C. de colla. sed nihil facit.

Tertium ex l. Si cũ dotẽ. §. 1. ibi: *Dotem exactam* sol. matr. & in l. Si marito. §. 1. eod. & in l. Cum post. propè finem. de adm. tuto.

Quartum ex rubr. sol. matr. ex l. 2. eo. tit. ex l. *Etiam, de* fundo dotali. Sed nihil faciunt; quia non loquuntur de dote recuperata.

Quintum arg. est, quia vidua dicitur in eodem matrimonio permanere. §. Soluto igitur, in Authen. de nupt. l. vlt. C. de bon. matern.

Conciliari possunt opiniones hoc pacto. Dotem propriè non esse, quæ iam recuperata est, quia nec inseruit tunc, nec forsitan in futurum inseruiet oneribus matrimonij, sed dotem appellari, quia fuit iam dos, & esse potest, si mulier iterũ nubat; Sic insulam appellamus, quę iam fuit. l. Insula, in fine, de acq. rer. dom. ibi, *cum agrum qui insula fuerat, insulam appellari*. Sic & reliquiæ prætéritę dignitatis considerari solent. l. vlt. ff. de decurior. & memoria prioris dñi, l. Vnius. §. Seruus. ff. de quæstion.

CAPVT XXIX.

Statutum disponens mulierem non posse testari nisi de tertia parte dotis; vel mandans eam de dote testari equaliter, inter liberos primi & secundi matrimonij, an locum habeat in vidua?

Communis est sententia, eiusmodi statutum locum habere, etiã in vidua; Bald. in l. 1. C. Vnde vir & vxor, & ibidẽ Decius & Iaś. Paul. Castr. in rub. sol. matr. & ibidem Ripa, nu. 72. vbi testatur esse communem sententiam. Socin. sen. ibi, nu. 13. Socin. iun. nu. 74. Alciatus, nu. 53. Coras. in l. Qui liberos, nu. 46. de ritu nup. Sed contrarium post alios quosdam docuit Ruin. in d. rub. 170.

Fundamentum communis sententiæ positum est, primò in communi vsu loquendi; solemus enim dicere, viduas habere dotem; Sed bene respõdet Aret. id ex facto pendere, & incertum esse, ac proinde non supponendum, sed probandum.

Secundò in l. vlt. C. comm. vtriusque iud. & in l. Filiæ dotem, C. de collat. vbi dos dicitur postea quam recuperata est, & exacta, ad effectum collationis faciendæ, quæ ob æqualitatem inducta est. l. Illud. l. Vt liberis. C. de collat. Ergo similiter dos dici debet ad effectum statuti disponentis, vt æqualiter dos relinquatur filijs primi & secundi matrimonij.

Tertiò in l. Etiam. ff. de fundo dota. vbi, etiam soluto matrimonio fundus dotalis intelligitur.

Quartò, quia vidua dicitur in eodem matrimonio per durare. l. vlt. C. de bonis matern.

Quintò,

A Quintò, quia ratio statuti militat in vidua, ne sexus fragilitate inducta, de dote testetur ad filiorum suorum præiudicium. Et vt æqualitas seruetur inter omnes liberos, quæ legibus maximæ curæ est, & gr. ta, l. cum parer. §. euictis, de leg. 2. l. pen. C. de c[o]llat. Ergo & in vidua statutum debet locum habere. l. Illud, ad legem Aquiliam.

Vltimò, quia statutum extenditur ad casum, qui sub larga verborum significatione continetur. l. Filium habeo, ff. ad Maced. Continetur autem sub lata dotis significatione etiam dos exacta. l. Si socius pro filia, ff. pro socio.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ illud est, potissimum, quia dos non dicitur postquam est à muliere recuperata, sicut nec hæreditas dicitur, quæ iam apprehensa est. l. Sed etsi plures, §. Filio, de vulg. ergo non verificatur qualitas à statuto requisita, vt scilicet dos sit eo tempore, quo mulier testatur, iuxta reg. l. In delictis, B §. Si extraneus, ff. de noxal.

Respondent Decius & Iason locis annotatis, id procedere, cum hæreditas est liberè apprehensa ab hærede, hoc est, absque onere restituendi, secus si cum onere restituendi: tunc enim etiam post apprehensionem remanet hæreditas: toto tit. ff. & C. ad Trebel. Sic igitur & in dote dicendum videtur, vt nimirum retineat suum nomen, quia non liberè, ad vxorem reuertitur, sed cum onere, statuti, vt nimirum de ea disponat mulier secundũ formam statuti, & non aliter.

Quæ responsio Socino iuniori non placuit, nume. 75. quia cum hæreditas alieri restituenda est, id contingit ex voluntate testatoris ita disponentis; sic autem non constat mentem statuentium fuisse, vt statutum viduas quoque ligaret: hoc est enim illud, quod ponitur in controuersia, & consequenter non videtur pro certo esse supponendum: & idem dixit Ruin. in rubr. sol. matrim. num. 280.

Respondet igitur Soci. iun. vbi suprà, qualitatem hãc C à statuto requisitam adesse tempore, quo mulier testatur: quia dos recuperata, saltem largè, dicitur dos. d. l. Si socius pro filia, ff. pro socio.

Secundo, quoniam in vidua cessat ratio statuti. Illa enim ratio fuisse videtur, ne mulier à viro seduceretur, vt iniquum faceret de dote sua elogium. Hæc autem ratio cessat mortuo marito: ita Rui. in d. rub. sol. matri. nu. 276. & ante eum Ias. in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Cui argumento minimè satisfacere potest Decij responsio ibidem, dum ait, statutum fuisse conditum vt æqualitas inter filios seruaretur: Nam hæc ratio pertinet ad statutũ Mutinense, non autem ad statutum Senense. Respondet Socin. iun. statuti rationem consistere in fauore filiorũ, & in mulieris fragilitate: noluisse enim statuẽtes de mulieribus confidere, in actu testandi de dote, & hęc ratio, locum habet etiam in vidua.

Mihi sententia communis verissima videtur: quia negari non potest, quin & statuti verba, & eius ratio etiam D in vidua locum obtineant: Verba quidem, quia etiã dos recuperata, saltem largè, dicitur dos, vt diximus in pręcedenti capite: Mens verò statuti, quia fuit ita decretum, ne mulieres, quarum consilium satis regulariter infirmum est, l. 2. ad Velle. malè & imprudenter de dote testando disponerent.

Quæ si rectè perpendantur, argumenta facilè diluentur, quæ Ruin. in medium attulit in hac disputatione, & quæ optimè refellit Socin. iun. vbi suprà.

CAPVT XXX.

Vtrum maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur, nisi inquantum facere potest.


SI matrimonium non constiterit, errore intercedente, quod nostri putatiuum vocãt, mulier in bonis viri quasi priuilegium habet pro dote opinata. l. Si cum dotem. §. vlt. sol. matr. l. Si sponsa, de iure dot. æquum est enim eam ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium sit contractum. l. 2. §. vlt. de priuil. cre. Interest enim reipub. & hanc solidum consequi, vt ætate permittente nubere possit, inquit Pau. in l. 3. ff. eo Verùm quod attinet ad maritum, cessare videtur hæc ratio; quam obrem ille non lucratur doté ex pacto inito, l. 1. C. de cõd. ob cau. sed totam restituere tenetur, vt rescriptum est in cap. 1. de donat. inter vir. & vxor.

Quæ cum ita sint, facile adducor ad opinandum nullum marito in hac opinata dote cõpetere priuilegium; vt scilicet non teneatur nisi inquantum facere potest, iuxta tex. in l. Maritum, sol. matr.

Etenim vbi matrimonium non valet, fructus non lucratur; sed eos restituere tenetur, nisi in oneribus mulieris fuerint absumpti, l. In insulam, §. Fructus, ff sol. matr. Licet aliàs eos lucretur. l. Pro onerib. C. de iu. do. Nec locum habet vsucapio pro dote. l. 2. §. vlt. ff. pro dote. Nec competit dilatio, aliàs concessa ad doté restituendã. Gl. in l. Vn. §. Exactio. vers. Restituendis, C. de rei vx. act.

Et in puncto, quo de agitur, hoc est in marito putatiuo, non esse ei hoc indulgendum vt teneatur in quantũ facere potest, communis est Doct. sententia, quam & ipse sequor, in rub. sol. matt. & in c. j. de donat. inter vir. & vx. Communem hanc esse sentẽtiam testantur in d. rub. Paris. nu. 24. Soc. iun. nu. 83. in 1. par. licet ipsi cõtrariam fuerint amplexi; necnon Ruin. ibidem, nu. 149.

Primò, quia mulier habet priuilegium in hac dote putatiua; ergo & maritus; vt æqualitas seruetur. Respõdeo negando consequẽtiam, propter rationis diuersitatem, quæ est inter maritum & vxorem. Vxorem. n. ad priuilegium admitti æquum fuit, vt ætate permittente nubere possit. l. 3. de priuil. cred. quæ ratio cessat in marito.

Secundò, quia priuilegium hoc, ne teneatur maritus, nisi inquantum facere potest, concessum est ob reuerentiam, quam vxor illi debet. l. Vn. §. Cum autem. C. de rei vx. act. quę reuerentia ei debetur, licet matrimoniũ non valeat. Respondeo, summa ratione id negari posse, tantam reuerentiam exhibendam esse marito putatiuo, quanta debetur vero marito.

Tertiò, quia filij nati ex matrimonio putatiuo sunt legitimi, c. pen. qui filij sint legi. Respondeo, istud esse fauore prolis, qui non militat pro marito.

CAPVT XXXI.

Vtrum dos sit ius vniuersale.


COmmunis est sententia, dotem esse ius vniuersale: Bart. in rub. sol. matr. nu. 17. Ias. num. 28. & alij magis cõiter, vt testatur Ripa, nume. 43. & Soc. iun. nu. 20. in 3. p. Natta cons. 650. num. 7. D. Cefalus cons. 65. nu. 39. Menoc. cons. 21. nu. 25. lib. 3.

Fundamentum est in l. 1. versi. Sed quod diximus. de de dote præle. ibi: *Sed ad vniuersitatem erit referendum.* & in l. Quod dicitur, ff. de impen. in reb. dotal. fact. ibi: *Non enim ipso iure, corporum, sed dotis fit diminutio.* Et quia recipit augmentum & diminutionem sicut cætera iura vniuersalia, veluti hæreditas; peculium, & similia. l. 5. §. Sed si impensis. l. Si marito, §. vlt. sol. mat. l. etiam, C. de iure dot. l. Hęreditas, l. Nihil aliud, de reg. iur. l. Peculium nascitur, de pecul. Et hanc sentẽtiam ego quoq; solitus sum sequi, & alijs confirmare, & replicare ad ea, quæ pro responsione ad supradicta adferri solent.

Sed contrariam sniam habuerunt Bald. in l.1. ff. sol. matr. & clarius in l. vlt. C. de sent. quæ sine certa quant. Baldus Nouellus, de dote, parte 2. in prin. Castren. Cuma. Alciat. Socin. iun. & Crot. in rub. sol. matr.

Primò, quia leges dicũt dotem dati. l. Dedit dotem, de collat. bono. Vedicari, l. In reb. C. de iure do. Sequestrari, l. si cum dotem, §. fin ante sol. matri. Hæc autem non conueniunt iuribus incorporalibus. l. Seruus, §. Incorporales, de acq. rer. do. Respon. ita dici habito respectu ad res in dotem datas, quæ sunt corporales. Sic quoque dicimus hæreditatem restitui. l. Restituta. ff. ad Trebellia. licet sit incorporale ipsum ius hæreditatis, vt Instit. de rebus corporalib. & incorp.

Secũdò, quia extractis corporibus particularibus ius vniuersale manet. l. Hæreditas etiam, de petit. hære. l. Peculium, de pecul. Dos autem, extinctis corporibus extinguitur. l. Plerunque, de iure do. ergo non est ius vniuersale. Respon. argumen. procedere in vniuersalibus quæ sine corporibus ab initio produci possunt, veluti est hæreditas, d. l. Hæreditas etiam: At dos à principio non est nisi aliquid detur. Non obstat. l. Peculium; quia hoc tantùm dicit, peculium manere licet exhaustum sit de ære alieno, si corpora in eodem statu maneant.

Tertiò ius vniuersale cõtinet actiones, tã actiuè quàm passiuè. l. Hæreditatis appellatione. l. Pecuniæ, de verb. sig. Dos autem æs alienum non recipit. l. Cum res. C. de dona. Respondeo non recipere æs alienum, quia maritus non repræsentat personam mulieris, sicut hæres personam defuncti; & sic est diuersa ratio.

Quartò, quia dos potest consistere in vna re, etiam minima, l. Neratius, de relig. & sump. ergo non potest esse ius vniuersale. Respõdeo, etiam peculium in vna re consistere. l. Depositi. §. Peculium. l. Peculium, de peculio.

Quintò, si hæreditas fuerit vendita & vna res euicta, non tenetur emptor, de euictione. l. 2. de hæred. & act. vend. Secus in dote. l. vn. § Et vt pleniùs. C. de rei vx. act. l. 1. C. de iure dot. vbi tamen distinctio adhibetur. Respondeo licet in hoc hæreditatis naturam non imitetur, non tamen inferri posse, quod nõ sit ius vniuersale; quia necesse non est, vt species contentæ sub vno genere sint eiusdem naturæ.

Sextò quia Falcidia resecat legata dotis, sicut cætera legata particularia, Glos. in l. Tali, de iure do. Respõdeo istud accidere propter corpus legatũ, quod est particulare, & æstimatur in ratione legis Falcidiæ: Ipsum enim ius dotis vniuersale non venit in ratione legis Falcidiæ.

Septimò iura vniuersalia sumptibus non minuuntur. l. Cogi. §. Inde quæritur, ad Treb. Dos autem minuitur sumptibus necessarijs. l. quod dicitur. ff. de impen. in reb. dota. Respondeo nõ hoc dici in d. §. Inde quæritur; sed quod ex iure vniuersali corpus deduci non potest, vt ibi declarat optimè Castren.

Octauò si dos esset ius vniuersale, deberet esse apud maritum: sed non est apud maritum. l. Etiam si pitauit. §. Sed quòd Marcellus, de pet. hæred. Respondeo imò esse apud maritum: potest enim conueniri actione vtili, vt ibi dicitur, licet non directa: At istud nihil refert, cum vtraque actio eiusdem sit potestatis, & eundem habeat effectum. l. Actio, de neg. gest.

CAPVT XXXII.

Libellus generalis vtrum in dote procedere, & admitti debeat?


NOn puto libellum generalem etiam in dote admittendũ, secutus est Castr. & Cumanum in rub. nostra, Baldum & Sali. in l. vlt. C. de sent. quæ sine certa quant. Moneor ex regula generali, quæ negat libellũ generalem admittendum, quia talis debet esse libellus, vt ex eo deliberare possit reus, an velit cedere vel contendere. l. 1. & ibi notant Bar. & alij. ff. de edendo. Excipio facti speciem quæ habetur in l. Cum post. §. Gener. de iure do. & in l. 3. C. eod. Scio communem in contrarium esse Bar. in rub. sol. matr. col. pen. Ripa, nu. 47. Socin. iun. num. 3 t. in 5. parte. Sed vt me terret authoritas communis sententiæ, ita parum mouent argumenta.

Primum est, quia in vniuersalibus iudicijs admittitur libellus generalis, vt per Bar. in d. l. 1. §. de eden. Respondeo in ijs iudicijs hoc procedere, in quibus certum est quid sub iure vniuersali continetur; vt puta in hæreditate: Certum est enim ea contineri omne ius quod defunctus habuit. l. Nihil aliud, de verb. sig. At non est certum, neque iure determinatum quanta sit dos, vndenec dotis promissio incerta valet. l. 1. C. de dotis promiss.

Secundum arg. est ex l. vlt. C. de sent. quæ sine certa quant. proferun, ponderando, in illa facti specie sententiam ideo fuisse nullam, quia duplex erat incertitudo, vna respectu libelli; altera, quid maritus accepisset; quibrem inquit Bar. si vna tantum fuisset incertitudo propter libellum generalem, sententiam fuisse valituram. Quod confirmat Socinus senior in d. rubr. soluto matrimonio, perpendendo in casu d. l. vlt. sententiam fuisse ab alio iudice confirmatam. Si enim nulla fuisset ob libelli incertitudinem non potuisset ab alio Iudice confirmari. cap. Cum dilecti, de emp. & vend. Sed respondeo decisionem illius tex. fundari in ea ratione, quoniam incertum erat, *quid accepisset, quantumque ab eo peteretur*: Hoc est, nec libellus certam quantitatem continebat; *nec in* processu facta erat liquidatio quantitatis *dotis*. Namq; inter omnes constat libellum generalem & obscurum valere, si fiat liquidatio in illo vel in alio iudicio; vt docent in d. rub. soluto matrimonio, Alexand. num. 31 Alciat. nu. 30. Socin. iun. nu. 35. Ioan. Campeg. de dote parte 1. quæst. 4. Ergo causa nullitatis fuit libelli incertitudo. Ad confirmationem Socini senioris respondeo, negando in casu d. l. vlt. sententiam fuisse ab alio iudice confirmata: Nam tex. dicit ab alio iudice certam sententiam prolatam fuisse; An autem super eodem, vel super alio libello, textus non declarat. Adde quod si fiat liquidatio in processu, tũc generalis libellus sustinetur; vt supra dixi paulò ante. Nec volo sententiam, quam firmant procedere, eo casu quo fit liquidatio,

Tertium argumentum est, quia valet libellus quo legitima petitur generaliter, vt tradit Iason in rub sol. matri. adducens Baldum in cap. conquerente. de restordin. Respondeo legitimam esse certam; est enim triens, vt in Auth. de Triente & semisse: dotis verò quantitas incerta est. Sunt & aliaquædam, sed leuiora sane argumenta, quàm vt egeant confutatione.

CAPVT XXXIII.

Si duo instrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fisci, alterum priuati ex titulo onerofo, vtrum, in dubio, præsumatur prius?


VAriæ sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima eorum qui dixerunt, præsumendum esse instrumentum fisci prius, Bald. in l. si debitor. C. de priuil. fisc. Soc. sen. in l. 1. nu. 6. sol. matr. & ibidem Iason, nu. 4. Ripa, nu. 4. Baldus Nouell. de dote, parte 9. in 1. priuil. Neguz. de pigno. in 2. parte, 2. memb. num. 117. qui communem testatur. Couat. Variar. resol. lib. 1. cap. 16. num. 2. Peregrinus de iure fisci, lib. 6. tit. 6. num. 21.

Primò quia fiscus est creditor priuilegiarius, l. 1. & 2. C. de priuil. fisci, vbi etiam quod à pari procedit cũ dote. Respõderi potest id procedere in casib. iure expressis quia regulariter vtitur iure priuatorum, l. quod placuit. de iure fisci. Glos. in l. Item veniunt. §. In priuatorum, de peti. hæred. Quod verò dicitur fiscũ & dotem pari iure censeri, sic est accipiendum prout loquitur. d. l. 2. vt nimirum,

rum, fiscus prior tempore in hypotheca, præferatur mulieri, & è conuerso: non autem habet hunc sensum, quòd omnia priuilegia, quæ mulieri competunt in dote, concedantur etiam fisco: id patet: nam mulier præfertur in tacita hypotheca omnibus, etiam anteriorib. l. Assiduis. C. qui potior. in pign. hab. Fiscus autem non; vt patet ex l. 1. C. rem alienam gerentes, &c.

Secundum argumentom est ex l. Si is qui. ff. de iure fisci. Respondetur in textu rationem adferri, illis verbis: *præuenit enim causam p gnoris fiscus*: declaro; Si duobus priuatis bona futura obligentur, ambo concurrunt in pignore. l. 7. §. 1. ff. qui pot. in pig. hab. fiscus autem hoc in casu præfertur: ratio est, vt declarat Anton. Faber lib. 2. coniect. c. 10. quia eo ipso quod contrahit, hypothecam habet. l. Aufertur. §. Fiscus, eod. tit. alter verò non aliàs quàm finito perfectoq; contractu, cuius ea est accessoria: Hæc est igitur legis sententia, fiscum præuenisse causam pignoris; quia antequam contractus priuati perficeretur, cui hypotheca accedit, fiscus iam absolutè, & simpliciter hypothecam acquisiuit contrahendo. Sed certè non obligantur bona præsentia, & futura, nisi cōtractus perfectus sit, ex quo hypotheca huiusmodi descendit; ideo non placet hæc interpretatio Antonij Fabri. Placet igitur magis hoc esse constitutum fauore, & priuilegio fisci; vt nimirum fiscus præferatur anterioribus creditoribus in bonis postea quæsitis; & verba illa, *Præuenit enim causam p gnoris fiscus*, non esse præteriti temporis, sed præsentis; quasi dicatur, fiscum præuenire solere in eiusmodi bonis postea quæsitis pignoris causa, sicut rectè explicat ibi Bartolus, secus in antea quæsitis, l. Si fundum. C. qui pot. in pig. habeantur. Ratio adferri potest, quia fisci hypotheca est legalis; hypotheca verò priuati, est conuentionalis; ideo si concurrant, æquum est vt præferatur legalis: quia lex potentiùs operatur, quàm homo: priusquam enim bona postea quæsita essent, hypotheca priuati non erat creata; quia res quæ nondum est, hypothecæ subiecta esse non potest; Eo autem momento temporis, quo bona acquiruntur, deducitur in esse hypotheca tam fisci, quàm priuati; sed præfertur hypotheca fisci, cùm sit à lege creata, priuati verò hypotheca, ab homine.

Tertium argumentum est ex l. 1. C. de iure fisci, lib. 10. Respondetur loqui quādo priuatus habet causam lucratiuam ex donatione; fiscus autem, causam onerosam. Præterea respondetur, ibi fiscum intentionem habuisse rectè fundatam, quia probauit suam obligationem: quare aduersarius, qui dicebat bona sibi fuisse donata ante illam obligationem, meritò probare debuit.

Quartum argumentum est, quia dotis causa præfertur creditoribus anterioribus. l. Assiduis. C. qui potio. in pig. & semper, & vbique præcipua est. l. 1. ff. solut. matrim. & hoc propter publicam vtilitatem, ergo similiter & fiscus præferri debet. quia in eo vertitur publica vtilitas. Respondetur in fisco agi de re priuata ipsius Imperatoris. l. Vnica. §. vlt. C. de cad. tollen. l. 2. ff. ne quid in loco pub.

Quintum argumentum est. quia si probationes sint pares in causa vertente inter fiscum, & priuatum, sententia pro fisco est ferenda, secundum Specul. tit. de teste. §. Postquam, num. 7. Alexan. in l. 1. num. 2. ff. solut. matrim. & si duæ sint contrariæ sententiæ, præfertur ea quæ fisco fauet. Specul. ibi supra. Ias. in l. 1. num. 37. sol. matr. Respondetur ista legibus non probari, & alios contrarium docuisse. Menochius, de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 72. videlicet, num 13. 14.

Altera est sententia, priuati Instrumentum præsumi anterius: Authores sunt Bart. in l. Non puto. ff. de iure fisci. Mathesi. not. 71. Alex. in l. 1. num. 2 solut. matrim. Iason consilio 99. lib. 1. Alciat. reg. 3. præsumpt. 41. alios quosdam citat Socin. iun. in l. 1. num. 17. solu. matrim.

Fundamentum est in l. Non puto, de iure fisci, & in l. 1. C. de secund. nupt. & in l. Vnic. §. vlt. C. de cad. tollen. Respondetur quantum attinet ad leg. Non puto, non

A aliud ibi velle Modestinum, quàm illum delinquere, qui in dubijs quæstionibus contra fiscum pronunciauerit. Nam olim sub malis principibus, grande piaculum habebatur fisco non fauere, vt patet ex Plinij Panegyrico ad Traianum. *Quæ præcipua, inquit, tua gloria est, sæpius vincitur fiscus; cuius mala causa nunquam est, nisi sub bono Principe.*

Quod autem attinet ad alias leges, nihil aliud volunt, nisi Principem non inhiare lucris fiscalibus, nec eorum rationem habere in legibus condendis pro Reipublicæ vtilitate.

Tertia est sententia Menochij, de præsump. lib. 2. præsumpt. 72. num. 12. in arbitrio esse Iudicis, pronunciare vel pro fisco vel pro priuato: quemadmodum cum inter priuatos res agitur, in arbitrio est Iudicis pronunciare pro actore vel pro reo. Sed non placet hæc sententia: quia tale arbitrium iure non est concessum Iudici, sed B debet iudicare secundum leges, & constitutiones, & iuris regulas, non autem pro suo arbitrio, & libitu.

Quarta sententia est aliorum, quos refert, & sequi videtur Socin. iun. in l. 1. num. 29. & 35. hoc in casu neutri prærogatiuam esse concedendam, sed idem seruandum, sicut quando inter duos priuatos res agitur: nam & tunc quid sit iure cōstitutum habetur, in l. si fundus. §. si duo. ff. de pig. & per Neguz. de pig. 2. memb. 5. partis, nu. 43.

Hæc sententia mihi verissima videtur, quia cum nullum hoc in casu priuilegium fiscus habere conspiciatur, consequens est, vt iure communi priuatorum vtatur, sicut regulariter vti debet, vt dixi suprà.

CAPVT XXXIII.

Quid iuris cum inter mulierem de dotis hypotheca agitur, & fiscum, in specie proposita in capite præcedenti.

C



Lij præferendam esse mulierem dixerant: alij fiscum & mulierem æquo iure censeri. Prioris sententiæ authores sunt Bald. in l. dotis. C. de iure dot. & in l. ad exactionem. C. de dotis promiss. Ias. in l. 1. nu. 37 solu. matr. Soc. ibi, nu. 15. Ripa, nu. 10. Soc. iun. nu. 36. Paris. num. 14. Neguzan. de pig. 2. memb. 3 par. nu. 109. Alciat. de præsump. reg. 3. præsumpt. 41. Couar. variar. resol. lib. 1. c. 16. nu. 6. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 72. num. 18. Peregrinus de iure fisci, lib. 6. tit. 6. nu. 33. Posterioris autem Salic. in l. 2. C. de priuil. fisci. Bald. Nouell. de dote, parte 9. priuil. 1. Herculan. in l. 1. sol. matr. nu. 15. Huius posterioris fundamentum est in l. 2. C. de priuil. fisci: & quia dos, & fiscus parificari videntur in priuilegijs, arg. §. his consequens in auth. de æqual. do. iuncta l. quod quis, de priui. cred. Prioris autem sententiæ præcipuum est D fundamentum, quia mulier videtur habere maius priuilegium, quàm fiscus: Nam fiscus non præfertur anterioribus creditoribus hypothecam tacitam habentibus. l. 1. C. rem alien. geren. l. vlt. ff. qui potio. in pig. habean. mulier verò præfertur. l. Assiduis. C. qui potio. in pign. hab. Sed hæc argumenta tam prioris, quàm posterioris sententiæ non admodum vrgere videntur, quia dos & fiscus æquo iure censentur, quantum ad hoc, vt qui prior est tempore, potior sit iure, ita loquitur. l. 2. C. de priui. fisci: sed hic constat vter sit prior tempore. Quod verò mulier habere videatur maius priuilegium, quàm fiscus, id non facit, vt fisco sit præferenda; quia maiora priuilegia habet, cum inter eam & creditores contentio est; ita loquitur d. l. Assiduis; secus si cum fisco contendat. d. l. 2. C. de priuil. fisci.

Existimo tamen in hoc articulo pro muliere dotē exigente litem esse dandam, potioremq; eius causam iudicandā: quia regula iuris docet, in ambiguis, pro dotibus respondere melius esse. l. In ambiguis, de reg. iur. At in proposito casu ambigua res est, an prius confectum fuerit

rit instrumentum dotis vel fisci. Contrà in fisco habe- A
mus, non delinquere eum, qui in dubijs ioris quæstioni-
bus contra eum facile pronunciauerit. l.Non puto. ff.de
iure fisci. Excipe causam primipilarem, quæ molieri pręfertur. l.4.C.io quib.cau.pig. tacitè contrahat.

CAPVT XXXIV.

Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ, & prælationis, an transeat ad mulieris hæredes, vel ad patrem, vel ad cessionarium.



Ractat hanc quæstionem fusè, & accuratè Baldus Nouellus de dote, parte 12.in prin. & Doct.in rub. sol.matr. dioersæ sunt Doctorum sententiæ, quas referre non est operæ pretium; quia res hęc videtur mihi apertissimis iuris testimonijs decisa. B

Priuilegium tacitæ hypothecæ ad hæredes mulieris transire indicat tex.in l.Vnica.§.Illo. C.de rei vx.act.ibi: *Si decesserit mulier constante matrimonio, dos nō in lucrum mariti cedat, &c. sed ad mulieris hæredes ex stipulatu actio secundùm sui naturam transmittatur*. Hæc est autem natura stipulationis huius, vt ei tacita insit hypotheca, d.l. Vnic. §. Et vt plenos. Idem iuris est in parente, d.l. Vnic. §.Extraneum ibi: *Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus*. Si enim habet parens prioilegiom tacitæ stipulationis, consequens est, vt illud habeat cum sua annexa tacita hypotheca, l.Assidois, C.qui potio. in pig. habean.ibi: *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique tacitum donauimus inesse hypothecam*: idem habet, in §.Fuerat.Inst. de actio. ibi. *Sed & tacitam ei dedimus hypothecam*. Ad hæredes non transit priuilegium prælatioois, nisi sint filij mulieris, d.l.Assiduis, versic.exceptis. C.qoi potiores. Cæteri non habent hoc priuilegium Iustin. Nooella 91. C
vt exactio.instante dotis, &c. *Non enim alijs dedimus dudum, & damus hoc priuilegium, aut hæredibus, aut creditoribus, sed solis filijs*. Idem in Nouella 61.ad finem. *Omnibus priuilegijs doti datis in sua firmitate manentibus, quando mulier moueris: alijs enim omnibus, præter mulierem, huiusmodi priuilegia. nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus*. Idem io §.Fuerat.inst.de actio. *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouidentia hoc induximus*. Patet igitur oon habebit hoc priuilegium prælationis; quia oullus alius præter mulierem, & eius filios, habet.

Sed quid in cessionario mulieris? mouet, qoia cessionarius fisci, priuilegio gaudet tacitæ hypothecæ.l.vlt.C. de priuil.fisci; contrà vrget, quod soli mulieri, & nō creditoribus eius hoc priuilegiom indultom sit. Sed verba legis captanda non sunt: quid enim si mulier cedat ad D
sui commodum, & vtilitatem iura sua, & mulieris intersit cessionarium gaudere priuilegio, quia torum eiosdem mulieris commodo cedat? nonne idem respondendum, qood responderetur, si ipsa mulier ageret, & de dote experiretur? sic puto, aliàs secus.

CAPVT XXXV.

Vtrum mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri sui, præferatur creditoribus anteriorem hypothecam expressam habentibus.



Res sunt Doctorum sententiæ hac de re: prima est communior, mulierem præferri creditoribus habentibus tacitam anteriorem, non autem expressam hypothecam anteriorem. Glo. & Bart.nom.6.in l.Assiduis.C.qui potio. in pign.habean. Ripa io l.1.nu.1.ff.soluto matrim. Soci.iuo. ibid.nu.105. qoi alios citat.

Altera, mulierem præferri omnibus creditoribus anterioribos, etiam expressam hypothecam habentibus. ita olim Martinus Glossator quem multi alij secuti fuere, Bolog.hic num.174.Myosing.ceot.4.obser.13.dixi lib.1. Controuersiarum, cap.99.

Tertia est sententia, mulierem habentem expressam hypothecam posteriorem, præferri creditoribus habentibus anteriorem expressam: secus aotem si molier habeat tacitam hypothecam: ita Angelus in Authent. de æqual.dotis. §.His coosequenter. Aret.io l.1.col.5. ff.sol. matrim. alios citat Paris. ibidem nu.2. vbi etiam refert Neguz.& alios, qui ab hac sententia recesserunt, oegantes mulierem præferri creditoribus expressam anteriorem hypothecam habentibus, siue ipsa expressam habeat, siue tacitam.

Sed videamus argumenta: Primum argumentum prioris sententiæ: qui prior est tempore, potior est iure. cap.Qui prior, de reg.iur.in 6. sed prior est tempore creditor qui expressam habet anteriorem hypothecam; ergo potior esse debet.

Secunda, lex faciliùs suum aoxiliom aufert, quàm illud quod ex nostra prouisione nobis competit, vt notat Glo. magna in l. siue apud acta. C. de traosact. arg. l. Filiusfam. §.erit. ff. de fideicomm.libertat.

Tertium argumentum, fiscus & mulier paribus iuribos censentur. l.2. C. de prioil. fisci. & tamen fiscus non præfertur creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibos, l. Si pignus. ff.qui potio. in pig.hab. ergo neque molier præferri debet.

Quartum somitur ex l.Vbi ad huc. C.de iure dot.illis verbis, *Sed ita posse eam easdem res vendicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab alijs, qui non potiora iura legibus habere noscuntur*.

Quintum argumentum est ex l. In rebus. C.eod.quatenus ibi constitutum est, mulierem præferri omnibus anterioribus creditoribus absolutè, in rebus, quas ipsa in dotem dedit. Videtur enim inferri posse, secus dicendum si præferri velit in rebus proprijs viri sui, qoæ sunt ei obligatæ; non enim anterioribus expressam hypothecam habentibus præferenda esse videtur.

Sextum argumentum sumitur ex l Assiduis.C.qui potio. in pign. hab. vbi constitutum est, mulierem in dote præferri anterioribus creditoribus, qui priuilegio sunt vallati: Isti creditores priuilegiarij sunt, qui tacitam hypothecam habent, non qui expressam.

Fundamentum verò alterios senteotiæ *positum est in* l.Assiduis. C. qui pot.in pig.habeant. qoatenus ibi oulla distinctione adbibita Iustinianus constituit mulierem, etiam præferendam omnibus creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. Et quia mulier præfertur in sua hypotheca creditori, qui mutuauit in refectionem. §. His consequens.in Auth. de æqual. dotis. Talis verò creditor præfertur omnibus alijs creditoribus habentibus anteriorem expressam, l.Interdum.ff. qoi pot. in pig. habean. Si ergo vinco vincentem te, multò magis vinco te, l.de accessionibus.ff. de diuer. & tempo. præscript.

Tertiæ aotem sententiæ fundamentum est in d.l. Assiduis, & in l. Moschis. ff.de iure fisci: & in l. Est differentia. ff.in quib.cau.pig. ta. contrah. Et quia facile posset eludi constitutio, d.l.Assiduis, per hypothecam expressam anteriorem; & quia cum mulier sibi prospicit de hypotheca expressa, tunc nititur non solùm legis auxilio, sed etiam prouisione propria, quare præfereoda esse videtur creditoribus habentibus expressam; quia & illi nituntur propria prouisione; cui dotis fauor præferri debet, duplici funiculo nexus.

Mihi verò iuri magis consona videtur eorum sententia, qui affirmant mulierem præferendam esse omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, siue tacitam, siue expressam; & moueor, quia hæc sententia maius habet & firmius fundamentū, quàm alia vlla: nititur enim l.Assiduis, C.qui pot.in pig. habean. cum aliæ

nitantur

nitantur leuibus argumentis, nec multum sanè probabilibus.

Quod attinet ad d. l. Assiduis, illa suffragatur huic sententiæ, primum in verbis quæ generalia sunt, & omnem hypothecam complectuntur: deinde in ratione sua, quã prolixè ibi Iustin. adfert; quęque conuenit etiam vbi creditor expressam habet hypothecam: Tertiò, quia si exciperet Iustin. voluisset hypothecam expressam, a quom ei se id exprimere; quod facile fieri potuisset; vt & alibi ipse argumentatur, in l. Vn. § sin autem, ad deficientis. C. de cad. tollen. Quartò, quia facile illa constitutio eludi potest, si expressa hypotheca non cõtineatur: facilè enim & sæpenumero contingit, vt creditores expressam hypothecam habeant, cùm tacita hypotheca in paucissimis casibus concessa sit.

Denique si nulla alia est lex, vel noua vel antiqua quę distinctionem istam induxerit inter expressam; & tacitam hypothecam, cur nos, nulla lege, nulla veterum authoritate freti, audeamus nonam Iustin. cõstitutionem, noua quadam interpretatione coarctare?

Ad primum argumentum contrariæ sententię respondeo, priorem esse tempore creditorem, sed mulierē præferri ex d. constitutione Imp. in l. assiduis: si argumētum valeret, non deberet etiam præferri habētibus tacitam hypothecam; quod falsum est.

Ad secundum respõdeo, regulam illam generalem & brocardicam non esse spectãdam, cum satis clara sit Imperatoris constitutio, in d. l. assiduis.

Ad tertium, negatur consequentia: nam pro fisco nulla extat constitutio talis, qualis pro muliere promulgata est in d. l. assiduis. Et quod dicitur fiscum, & mulierem æquiparari, locum habet quando inter eos est contẽtio; ita loquitur d. l. a. non autem id ita accipiendum est, vt per omnia idem iuris habeat dos, quod fiscus: Nam fauorabiliorem esse dotem, quàm sit fiscus, patet ex d. l. assiduis.

Ad quartũ respondeo, l. vbi adhuc, ante fuisse editam quàm l. assiduis; & ideò mulier non habebat eo tempore prælationem creditoribus anterioribus hypothecam habentibus, quod postea emendatum est, in d. l. assiduis.

Ad quintum, negatur consequentia; nec enim tale argumentum sumi potest, ex d. l. in rebus, ex quo repugnet d. l. assiduis.

Ad sextum respondetur, d. l. assiduis, loqui generaliter de omnibus creditoribus, siue priuilegiatis, siue non; sicut ex verbis generalibus intelligi potest.

Non obstant illa verba quibus dicitur, eam præferri etiam anterioris temporis priuilegio vallatis; quia illa verba nõ significant priuilegium tacitæ hypothecæ, sed temporis. Nam qui prior est tempore, potior est iure; id appellat ibi tex. priuilegium, sed impropriè: quia iure communi sancitum est, satis esse priuilegium temporis, non autem tacitæ hypothecæ.

D

CAPVT XXXVI.

Dotis causa an possit diebus feriatis cognosci.



Res sunt Doctorum sententiæ hac de re. Vna, diebus feriatis (sic ò tamen in honorem Dei) expediri posse. Altera, non posse. Tertia, videndum, an dos petatur vt ex ea possint alimenta præstari, quia aliunde nõ suppetant; & tunc etiam diebus feriatis tractari expedirique posse, aliàs secus. Vide Castr. Alex. Socin. Sen. & Iun. nu. 527 in l. 1. ff. sol. matr. Ripam eodem in loco, nu. 46. Paris. nu. 82. Ruin. num. 106. Bald. Nouell. de dote, parte 9. priuil. 13. Et cum nulla ex dictis sententijs, aliquod habeat firmum fundamentum, excepta vltima, istam complector, cæteris reiectis. Fundamentum hæc habet, in l. 2. ff. de ferijs; vbi causa alimentorum à ferijs excipitur, ergo, & dotis causa excipienda est, si ex ea quis ali debeat,

A quia dos loco alimentorum sit nec aliunde suppetant? exemplum, in l. si cum dotem. § sin autem in fauistino. ff. sol. matr. Aliæ sententiæ ijs nituntur argumentis: primum argumentum est ex d. l. 2. de ferijs, argumentando de alimentis ad dotem. Resp. id procedere secundum sui prædictam distinctionem, cum mulier non habet aliunde alimenta.

Secundum ex l. publicas. C. de ferijs: Respon. loqui de causis publicis principaliter, non secundario, prout est dos.

Tertium argumentum: causa dotis dicitur pia. l. cum ss. § si mulier, de condit. indeb. ergo non feriantur in ea feriæ. c. v t. de ferijs. Respon. tex. in d. c. vlt. loqui de causa pia propriè, & strictè.

Quartum argumentum: in ecclesiasticis causis nõ seruantur feriæ, vt not. in c. vlt. de iud. ergo nec in causa dotis. Resp. nego consequentiam; neque enim dotis causa est ecclesiastica, nisi quatenus ex matrimonio pẽdet, cuius cognitio pertinet ad iudicem ecclesiasticum.

B

Quintum argumentum: feriæ non impediunt tutoris dationem. l. 2. de ferijs: ergo nec dotis iudiciũ. Respon. negando consequentiam: quia illa causa non patitur moram propter pupilli necessitates; & non pertinet ad contentiosam iurisdictionem: hæc vero moram patitur, si non inde sit alenda mulier, & ad contentiosam iurisdictionem pertinet.

Sextum: quia causa dotis pendet ex matrimonio, & videtur esse matrimonialis: quæ expeditur sine strepitu, & figura iudicij, Clem. *Dispendiosam*, de re iud. ergo, & dieb. feriatis. Clem. sæpe, de verb. sign. Resp. d. Clem. dispendiosam loqui de causis matrimonialibus, huc est, vbi principaliter vertitur matrimonialis causa: Alterius verò sui, quę vult causam dotis cognosci non posse diebus feriatis fundamentum est, in regula iuris, quæ prohibet causas tractari dieb. feriatis. l. 1. & tot. tit. ff. de ferijs. l. vlt. C. eod. tit. Ab hac regula non reperitur causa dotis excepta, imò quod sit cognoscẽda more iudiciorũ, indicãt. l. 3. C. de dotis promiss. l. si mulier. l. si cum dote. § eo autem. ff. sol. matr. l. vni. §. & hoc ex rei vxoriæ, C. de rei vx. act. Resp. id verum esse, nisi petatur dos, vt inde alimenta suppeditentur; tunc enim reipsa non differt à causa alimentorum; ac proinde excipienda est à ferijs, sicut causa alimentorum excipitur, in d. l. 2. de ferijs.

C

CAPVT XXXVII.

Vtrum causa dotis sit mixti fori, cum principaliter agitatur?



Vinque sunt potissimum argumẽta quibus persuadere quidam conati sunt dotis causam esse mixti fori. Primum est ex c. 1. a. & 3. de donat. inter vir. & vxor. Quibus rectè respondetur, loqui de causa dotis incidenter deducta, & in consequentiã matrimonij & diuortij.

Secundum ex c. Nuper. eod. tit. illis verbis *cum ecclesia dotes protegere teneatur v duarum*. Resp. non esse bonam cõsequentiam; tenetur ecclesia protegere dotes viduarum, ergo ecclesiasticus iudex adiri potest, tanquam ordinarius in causis dotalibus: satis enim ecclesia protegere dicitur, si in subsidium, iudice seculari negligente, viduis iustitiam ministret.

Tertium est ex c. ex litteris, de pign. Resp. id non velle ibi S. Pontificem, sed hoc tantum mulieris dotem saluam esse, cum viri sui bona confiscata fiunt.

Quartum argumentum est, quia dos est causa pia. Respon. impropriè id esse, & ideo non gaudere priuilegijs piæ causæ.

Quintum, quia vidua est miserabilis persona. Respon. nihil ad rem: nam miserabiles personę sunt pauperes, & ecclesię eas protegere solent; sed nõ hinc sequitur, viduas esse ita sub ecclesiæ protectione, vt aduersarium trahere

possunt

possint ad iudicem ecclesiasticum contra iuris regulam, quæ dicit actor forum rei sequitur. cap.Cum sit.de foro compet.Alex.in l.1.sol.matr.existimat in terris ecclesię causam dotis cognosci posse coram ecclesiastico iudice, secus in terris Imperij: quia in terris Imperij seruantur leges,quę sine peccato seruari possunt: Et in terris ecclesiæ S.Pontifex habet plenissimam potestatem.c.Causam quę.ca. Per venerabilem. Qui filij sint legitimi.Sed hęc sententia dubium non habet,quando S.Pontifex causam committit ecclesiastico iudici, vel vbi Iudex ordinarius loci à S.Pontifice constitutus (vt plerumque est) ecclesiasticus est: Cæterum si ordinarius iudex loci laicus sit,quē S.Pontifex constituerit,non video cur dotis causa coram ipso agitanda non sit;cum nullus iuris Canonici locus proferatur,quo S.Pont.iubeat dotis causas principaliter motas, coram ecclesiasticis iudicibus cognoscendas esse.

Tertia igitur Doctorū sententia,quæ negat dotis causam etiam mixti fori, mihi verissima videtur: quia hæc regulis iuris est cōsentanea;quibus cauetur causas temporales & profanas à iudicibus laicis esse cognoscēdas. His accedit tex.in l.In contractib.in finem,C.de non nume.pec.qui iure Canonico correctus non reperitur: vbi constitutum est,in subsidium adiri posse Iudicem ecclesiasticum.Accedit etiam.c.Ex tenore.de foro compet.illis verbis. *Mandamus quatenus,nisi sit talis causa quæ ad ecclesiasticum Iudicem pertinere noscatur,ei supersedere curetis, dummodo per iudicem secularē suam possit iustitiam obtinere*. Et tex.ibi loquitur de vidua. Vide in hac quæstione Dec.in authen.quod locum.C.de coll. Doctores omnes in l.1.sol.matr.vbi Socin.iun.nu.132. Ripa,num.47.Paris.num.86. Ruin.num.95.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum pater dotare teneatur filiam diuitem.

COmmnnis est sententia, patrem teneri ad dandam filiæ dotem, licet ea sit diues; vt testatur Ripa in l.1.nu.54.sol.matr.Soc.iun.ibi.nu.157.

Fundamentum est in l.Qui liberos. ff.de ritu nup.ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare* & in l.vlt.de dotis promiss.illis verbis. *Neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est omnino paternum esse officium, dotem vel antenuptias donationem pro sua dare progenie*. Vbi notandum text. loqui quando filia erat diues bonis maternis. Nec valet Alciati resp.lib.8.Parergon, cap.3.officium quidem paternum id esse,sed non imponi necessitatem, sicut cum dicit I.C. *Voluntatis & officii magis esse,quàm necessitatis commodare*, in l.In commodato.§.Sicut. ff.commod. Nam patrem cogendum esse, & consequenter necessitatis id esse, non autem voluntatis,patet ex d.l.Qui liberos.ff.de ritu nupt.Quæ replicatio melior est,quàm Duareni,ad officium tutorum & curatorum aliorumque iudicum & magistratuū recurrentis,vt inde excludat necessitatem: in tit.sol.matr.c.3.His accedit, dotem subrogatā videri loco legitimæ, l.Quoniam nouella. C.de inoff.testa. legitimam verò filijs debitam esse,quātumuis locupletes existant, vt in §.Aliud quoque capitulum. in auth.Vt cum de app. cog.

Verum istis non morantibus magis placet Bar.sentententia, negantis patrem obligatum esse ad dotandam filiam diuitē,in l.Mulier. §.Cū proponeretur. ff.ad Treb. sequitur Duarenus, vbi suprà. Alciat.in l.1.num.65.sol. matr.& alij quos commemorat ibid. Soc.iun.nu.157.

Fundamentum est,quia pater nō tenetur alere filiam, quæ est diues, l.Si quis à liberis.ff.de ag.lib.Ergo nec dotare:nulla est enim ratio diuersitatis; quia sicut Pater tenetur alere,ita & dotare: sed excipitur casus, quo filius est diues,vt non teneatur pater eum alere: igitur & excipiendus est idē casus, vt non teneatur dotare; est enim eadem æquitatis ratio,ergo idem ius, l.Illud,ad l.Aquil.

A Non nego patrem teneri ad quærendam cōditionem filiæ eamque matrimonio copulandam: nego eum teneri ad dandam dotem.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ: nam ad l.Qui liberos respon. regulariter id verum esse, sicut & regulare est patrem teneri ad alendum filium; sed hunc excipimus casum, quando filia diues est.

Ad l.vlt.C.de dotis promiss.placet illa resp. patrem in illa facti specie non fuisse obligatum;quod illa verba satis indicant, quibus toties liberalitatis paternæ fit mentio in illa lege,nam in necessitatibus nemo liberalis existit. l.Rem legatam, de adim.legatis. Confirmatur hæc interpret. Nam si pater in illa facti specie fuisset obligatus,nulla erat dubitandi ratio,quin de suis bonis dotasse intelligeretur. Quod autem ibi dicitur paternum esse officium dotem dare, pro sua progenie, sic accipiendum id est,regulariter & secundum iuris regulam:& hæc fuit

B ratio decidendi, quia pater ibi intelligitur voluisse dotare filiam ex suis bonis, licet allegare potuisset se non teneri,cum filia haberet bona materna: quę ratio est cur Imp.toties dixerit, patris fuisse liberalitatem.

Quod autē dicebatur dotem loco legitimæ succedere, & legitimam relinquendam esse filiæ, etiamsi diues sit,nihil mouet;quia est res longè diuersa; sic enim sancitum est in ijs,quæ ad testamentum patrisfam.pertinent, vt filios suos debeat instituere hæredes,aut exhæredare si iustam causam habeat: non patitur lex, vt iniuria filij afficiantur præteritione, vel iniusta exhæredatione: & hęc est ratio,cur filio,etiam diuiti legitima sit relinquenda:quæ ratio iniurię nō æquè militat in dote;sicut enim pater non dicitur iniuriam facere filio, aliunde habenti vnde se alat,si ei neget alimenta; sic existimo nullam facere iniuriam filiæ diuiti, si dotem ex bonis suis ei non dederit. Hæc ita esse nullum est euidētius testimonium, quàm quod ex verbis d.l.vlt.colligitur,dum ait: *Libera*

C *litas itaq.talis maneat vera & irreuocabilis, vt & paternæ liberalitas, & debitum suam sequantur fortunam.* Hic vides appellari patris liberalitatem veram & irreuocabilem: ex quo apparet patrem donasse filiæ suę dotem, volens paternum exequi officium, licet non teneretur;quia filia habebat res maternas,ex quibus dotem consequi sufficientem poterat.

CAPVT XXXIX.

An Lex Vltima, C.de dotis promiss.locum habeat, vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis, & quando pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis.

CItca hoc contrariæ sunt doctorum sententiæ: Nam quod constitutū est in l.vlt.C.de

D dotis promiss.locum sibi vendicare,etiam filia renunciante maternis bonis, decisum fuit apud Afflict. decis.178.

Sed cōtrarium ibi voluit Vrsillus & decis.seq.nec non Crauetta & Stracca in adnotationib. cons.84. Similiter aliqui voluerunt,eandem Iustiniani constitutionem locum habere, etiam quando pater dotem filiæ dedit vel promisit,computato omni eo,quod filiæ debetur ex bonis maternis. Alijs pluribus in contrariam descendentibus, vt per Cranettam d.cōs.84. Soc.iun.in l.1. sol.matr. nu.177. & nouissimè Menoch. de Præsumpt. lib.3. Præsumpt.15.num.74.

Omnis difficultas in his quæstionib. explicandis,posita est in verbis d.l.vlt.quæ sic se habēt, *Vbi autem ex rebus tam suis,quàm maternis,vel alijs, quæ nō acquiruntur, vel ex suis debitis, dixerit se fecisse huiusmodi liberalitates, tunc si quidem penitus inopia tentus est,ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem esse datam, quæ ad filios vel filias pertinent. Si verò & ipse substantiam idoneam*

meam poſſidet, in hoc caſu, quaſi de ſuo patrimonio, dotem vel ante nuptias donationem dediſſe, intelligetur.

Nam qui ſentiunt in prædictis caſibus locum eſſe dictæ conſtitutioni, eo argumento nituntur, quòd nulla ſit differentia, ſiue dicat pater ſe dotare ex ſuis & maternis rebus filiam; ſiue eam dotare computato omni eo, quod ex maternis rebus filiæ debetur; ſiue filia maternis rebus renunciauerit: etenim fauore dotis, & ex alijs rationibus, quæ in d. §. vlt. continentur, nihilominus pater cenſetur dotare filiam ex ſuis proprijs bonis, ſi diues ſit. Nullam eſſe differentiam inde colligunt, quòd quando pater dicit ſe dotare ex ſuis & maternis rebus, proculdubio ſecundùm verborum naturam, & iuris diſpoſitionem illa interpretatio adhibenda eſſet, vt partim ex paternis, partim ex maternis rebus filia intelligeretur eſſe dotata: & nihilominus vult Imp. filiam intelligi dotatam ex rebus paternis dumtaxat; ſi pater idoneam habet ſubſtantiam. Igitur & in dictis caſibus idem videtur eſſe reſpondendum, licet verborum natura ac iuris regula repugnare videtur.

Sed magis placet eorum ſententia, qui negant in ſupradictis caſibus locum fore dictæ conſtitutioni; quia valde dura eſt, & rationi contraria: quamobrem & à Leone Imperatore Nouella 21. ſublata fuit: magis ergo videtur eſſe reſtringenda, quàm extendenda extra ſuos terminos, & limites. l. Quod verò, de legibus: nam certè non parum inter ſe differunt ſupradictæ formulæ verborum: cum enim dicatur, computato omni eo, quod ex bonis maternis debetur, res eſt clariſſima, quod pater vult filiam eſſe dote iſta contentam, loco bonorum maternorum: quando verò dat pater dotem ex ſuis bonis, & filiæ, ſumi poteſt interpretatio, quod priùs voluerit ex ſuis bonis dotem præſtari, deinde, ſi non eſſent ſufficientia, ex bonis maternis.

CAPVT XL.

Vtrum auus paternus dotare teneatur neptem, quando filius eſt diues.



EXiſtimat Socin. ſen. in l. 1. nu. 49. ſol. matrim. quem ſequi videtur & Soc. iun. ibidem nu. 190. auum paternum teneri ad dotandam neptem, ex filio diuite; adductus in hanc ſententiam his argumentis.

Primò ex l. Dedit dotem. ff. de collat. bonor. ibi: *quippe officium aui circa neptem, ex officio patris erga filium pendet; & quia pater filium, ideo auus, propter filium, nepti dotem dare debet.*

Secundò, ex l. vlt. C. de dotis promiſſ. illis verbis. *Neque enim legis incognita ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium. dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie.* Progenies videtur continere etiam neptem; & tex. loquitur in filia, quę habet bona materna: ergo idem erit in nepte, licet habeat bona materna, & ſic diues ſit. Vnde ſic argumentatur Socin. ſi tenetur auus dotare neptem licet diues ipſa ſit, conſequens eſt, vt eandem dotare teneatur, licet ipſius pater diues ſit.

Tertium eſt regula. l. Qui liberos. ff. de Ritu nupt. quæ lex generaliter loquitur.

Sed hæc ſententia euidenti ſanè cõfutationi obnoxia eſt. Nam omiſſis leuibus argumentis, conſtat paternum eſſe officium, filiam dotare, vt in d. l. vlt C. de dotis promiſſ. ſi igitur pater diues ſit, & commodè poſſit filiam ſuam dotare, non videtur ad id cogendus auus. Hinc Vlpian. in l. 5. §. Si filius. ff. de iure dot. ſcribit filiumfam. qui poſt mortem patris dotem ſoluit filiæ ſuæ promiſſam, non pro hæreditate patris æs alienum, ſed proprium ſoluiſſe, quod filiusfam. exiſtens ſuſceperat. Ex quo apparet dotem promiſſam fuiſſe auo ſuperſtite: quod ſi auus teneretur, proculdubio æs alienum pro hæreditate ſoluiſſe videretur. Ratio dubitandi erat, quia filius ſoluit poſt A mortem patris ex bonis, & hęreditate patris ſui; quæ dos non videbatur profectitia, ſed aduentitia, quaſi ab auo data. Ratio decidendi fuit, quia filius promiſerat dotem, & ideò proprium debitum ſoluit.

Et hæc eſt communiter ſententia Doctorum, ſicut teſtatur Socin. iun. in d. l. 1. nu. 192. ſol. matrim. & in conſ. 79 nu. 15. & 35. lib. 3. Menoch. alios adſcrens conſ. 183. num. 14. lib. 2.

Ad primum argumentum reſpondeo, non hoc velle Iure Conſ. in d. l. Dedit dotem, quod auus teneatur neptem dotare, ſed ait filium teneri; auum autem dotem dediſſe, propter filium; quaſi dicat, filium quidem obligatum fuiſſe ad dotandam filiam ſuam; eius autem contemplatione, auum dotem dediſſe. Et quod ait de officio aui erga filium, hunc ſenſum habet, vt ad officium aui pertineat dotem dare nepti pro filio ſuo; quando ſcilicet ipſe filius non eſt idoneus. Nam ſi ipſe filius idoneus ſit B ad dotandum, quia ſit diues, nulla æquitas ſuadet, auum ad id obligatum eſſe.

Ad ſecundum patet reſponſio, quia l. vlt. C. de dotis promiſſ. loquitur de patre, non de auo paterno: & dato quod ad auum paternum extendi poſſit, intelligitur quando filius non eſſet diues.

Nihil obſtant illa verba, *neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt, &c.* Nam fateor hoc eſſe officium, & patris & aui; ſed aui tunc, quando filius non habet, aut non eſt ſuperſtes. Filio enim ſuperſtite neptis non poteſt auum cogere, ſed filium, hoc eſt patrem ſuum; ipſe verò filius, auum, hoc eſt, patrem ſuum, qui eſt auus, reſpectu neptis, cogit: & hoc eſt quod ait Lex. Dedit dotẽ; auum propter filium, neptis dotem dare debere, & filium eſſe qui tenetur: ſed cum filius diues eſt, & idoneam habet ſubſtantiam, videtur ceſſare hæc aui obligatio. Si enim filio diuiti pater alimenta dare nõ eſt cogendus. l. Si quis à liberis. ff. de liberis agnoſcen. multò minus dotem pro C filia dare cogetur: nam maius eſt incommodum in dote danda, quàm in alimentis ſuppeditãdis, vt dicebat Alex. in l. 1. nu. 18. ſol. matr. quia dantur alimenta menſib. ſingulis; dos autem ſemel vna ſolutione numerari ſolet. Reſp. Socin. non eſſe bonum argumentum de alimentis ad dotem: quia pater non tenetur dare alimenta filio diuiti, & tamen dotem dare tenetur. Sunt & aliæ differentiæ inter alimenta & dotem, quas perpendit Alex. in d. l. 1. ſol. matr. Replicari poteſt, dato quod illa communiter ſententia vera ſit (quam falſam puto, vt in præcedenti capite, quod ſcilicet pater teneatur dotare filiam ſuam diuitem) argumentum procederet de alimẽtis ad dotem hoc in caſu; quia eſt eadem, imò maior ratio in dote, quàm in alimentis. Nam vt dixi maius eſt præiudicium dotem dare, quàm alimenta: ſi ergo non tenetur alimenta dare, multò minùs dotem. Et licet aliquæ ſint differentiæ inter dotem & alimenta, tamen negari nõ poteſt, D quin vbi eadem ratio eſt, argumentum rectè ſumi poſſit ab alimentis ad dotem; ſicut declarat Euerardus in locis legalibus, cap. de alimen. ad dotem.

CAPVT XLI.

Ad l. Gallus, in principio. ff. de liberis & poſthumis.



VNam abſolui controuerſiam ad hanc legem pertinentem, lib. 4. Controuerſ. c. 76. hic reliquas tractare conſtitui: ſunt autem tres poriſſimum.

Prima, an poſthumi alieni poſſent olim iure ciuili ante tempora Iuſtiniani Imperatoris, hæredes inſtitui. Secũda, an poſthumus Galli Aquilij, fuerit ſuus, vel alienus. Tertia, quomodo conſilium Galli ſit accipiendum, vt mortuo filio, teſtatore viuente, hæreditas non efficeretur caduca.

Quod attinet ad primum: duæ ſunt contrariæ Doct. ſententiæ

sententiæ in commentarijs.d.l.Gallus. Vna,eaq; communis,non potuisse ulim posthumos alienos hæredes institui,ita Bar.ibi Bal.Castr.& reliqui communiter. Altera, potuisse;quam sententiam nouissimè defendit Excellentissimus vir D. Angelus Spanochius doctè, & subtiliter in suo eruditissimo commentario.

Fundamentum communis sententiæ positum est in §.1.Instit.de bon.poss.vbi Iustin. sic ait: *Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamuis hæreditatem iure ciuili adire non poterat, cùm institutio non valebat, honorario tantum iure bonorum possessor efficiebatur; videlicet cum à Prætore admittebatur. Sed & is à nostra constitutione rectè hæres instituitur, quasi & iure ciuili nō incognitus.* Et in §.Posthomo quoq;. Instit.de legat.vbi: *Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur, &c.*

Respondet vir doctissimus ad primum, institutionem posthumorum non fuisse vnquam generaliter prohibitam, sed tātum in quibusdam casibus, quos Iustin.noua sua constitutione deleuit. Secundò, illa verba *cum institutio non valebat*, non inferre posthumum alienum incapacem fuisse, sed tantùm adire non potuisse, cùm nō valebat institutio: & sic verba referri ad eum casum quo institutio non valebat.

Ad alterum argumentum, illud habere locum in legatis, ex quibus ad hæredis institutionem argumentari non licet, nisi hoc modo: Quibus legari non pōt, his nec hæreditas dari pōt; argumentum autem aliter sumi, s. legari pōt iis, quibuscum testamēti est factio, ergo posthumi alieni institui non possunt. Secundò resp. ex d.§.Posthumo, non probari aliud, quàm legatum inutiliter antea dari posthumo alieno; nōn autem posthumum incapacem fuisse, vel vetitum posthumo legari. Sed vereor vt hæ responsiones præcellentissimi viri rectè consistāt. Nam quod attinet ad primum testimoniū, certè verba tex.clara sunt, & generalem fuisse prohibitionem indicant, non autem in aliquo tantùm casu: nam si in aliquo tantùm casu posthumi institutio inualida fuisset, non dixisset Imp. *Si alienus posthumus hæres fuerit institutus*, &c. quæ verba generalia sunt, aut certè indefinita, & ideo æquipollent vniuersali.l.si pluribus, de leg.2.

Nec obstant illa verba *cum non valebat institutio*; quia non est sensus tunc demum posthumum alienum adire non potuisse cum institutio nō valebat, hoc est, eo in casu, quo institutio non valebat, hoc enim indubitatū fuisset: sed verba illa causam continent, ob quā posthumus adire non poterat; quia, scilicet, institutio non valebat: quod verum esse, patet ex verbis sequentib. quibus absolutè, & non cum relatione ad certum casum, dicitur noua constitutione posthumum rectè institui posse hæredem, quasi iure ciuili non incognitum.

Ad alterum argumētum quod attinet, ex d.§.Posthumo, non videntur etiam idoneæ responsiones; quia ita propriè sumitur argumentum; Posthomo alieno inutiliter antea legabatur, vt ibi dicitur; ergo posthumus alienus inutiliter antea hæres instituebatur: nam legari illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est. §.legati, Instit.de legatis.

Porrò quod præstantissimus vir scribit, non fuisse incapaces posthumos alienos; item nō fuisse vetitum, eos hæredes institui, mihi verissimum videtur. Nam lex nō assistebat institutioni; ideò iure ciuili destituti erāt posthumi alieni, sed à prætore admittebantur, quod non potuisset fieri, si à iure ciuili prohibiti fuissent capere hęreditatem. l.Non est ambigendum.§.vbicunque, ff.de bono.possess.& ideo Imp.non dixit posthumos alienos incapaces esse hæreditatis, nec prohibitum fuisse eos institui, sed ait inutiliter antea legabatur, & institutionē non valuisse: quod est notandum in hac disputatione, ne impingatur.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ pręcipuū est in §.Posthumus, insti.de leg.vbi Imp. *Posthumus autem alienus hæres institui, & antea poterat, & nunc potest,*

A *nisi in vtero eius sit, quæ iure nostro vxor esse non potest.* His accedunt.l.Posthumus, de inoff.testa.l.1.§.si filius, de vent.in poss.mitt.l.pen.de leg.1.l.3.§.vtique, de suis & legit.ijs legibus probatur posthumum alienum incapacem non fuisse hæreditatis: nā si fuisset incapax, non potuisset à prætore bonorum possessionem accipere. l. Non est ambigendum, §.vbicunq;, de bon.pos. Et quod hæres posthumus institui potuerit, adferuntur.l.filiusfam.de test.l.Titius, §.Lucius, de lib.& posthu.l.Posthumus, de inoff.test.l.eius dub.l.extraneo, de vent.in pos.mitt.l.1.§.si filius, eo.tit.l.antiqui, ff.si pars hæredit.pet. l.1.§.vlt, eo.l.qui duos, & l.vlt.ff.de coniung.cum emanclp.lib. His accedit posthumum admitti ad hæreditatē iudicio familiæ hercifcundæ.l.si hæres vnus, ad fin.ff.famil.herci. Iudicium autem familiæ hercifcundæ ciuile est, non prætorium.l.1.ff.eod.

Verum istis nil obstantibus, communem sententiam veriorem esse existimo: nam quod attinet ad §.Posthu-
B mus, Insti.de leg. certè opus est ad eam confugere solutionem, qua & veteres vsi sunt, & recentiores; nimirum posthumum alienum antea potuisse hæredem institui iure prætorio inspecto, vt ipse Imp. docet, in §.1. Instit. de bon.poss. alioqui manifesta erit repugnantia. Confirmatur, quia non dicit Imp. antea iure ciuili institui potuisse, sed simpliciter institui potuisse; neq; enim ius ciuile id vetabat, sed non adiuuabat; itaque iure *ciuili adire* non poterat hęreditatem, vt ait ipse Imp. *in d.§.1.de bonor.pos.* Nam si per Iustiniani *constitutionem cognitus* est iure ciuili, vt ibi dicitur, oportet dicere antea cognitum non fuisse.

Quod attinet ad testimonia quæ *adferuntur* ad probandum, posthumum alienum incapacem hæreditatis non fuisse. Resp. id verissimum esse, sed tamen iure ciuili adire non poterat, verùm à prætore dabatur ei bon.possess. Non prohibuit ius ciuile posthumum capere hæredita-
C tem, sed nec iuuit eum; ideò rectè dicitur, si iure ciuili capere vetitus esset, nec bonorum possessionem petere potuisse.

Restat vt testimonia confutemus, quæ adferuntur ad probandum, posthumum alienum institui potuisse.

Ad l.Filiusfa.resp.loqui de posthumo in genere, non autē de alieno posthumo: cum ergo aliquæ leges dicant institutionem alieni posthumi non valere, aliæ verò posthumum posse hæredem institui, promptum est iura iuribus concordare, vt quod dicitur posthumum institui posse generaliter, distinguendum sit secundum alias leges.l.Non est nouum, cum duab.seqq.legib.

Ad l.Titius, §.Lucius, de lib.& posth. *resp. ibi natum* fuisse posthumum institutum, licet testator id ignoraret quare inspicitur, & prævalet quod in veritate magis est quàm quod i opinione testatoris fuit; vt rectè notat ibi Cuiacius, vel vt dicebat Ant. Fab. lib.9.coniec.iur.c.19. ibi dicit, iure factam videri institutionem, intelligendū
D est iure pretorio, quia parum refert quantum ad effectū tabularum testamenti, an iis hæreditas adeatur, vel bo.poss.pet.l.Non putauit, § Primo gradu. l.quod vulgo, de bonor.poss.contra tab.

Quod attinet ad l.Posthumus, de inoff.test. illa loquitur de iure prætorio, vt patet illis verbis, *quia & bonorum ab intestato possit bonorum possessionem accipere.*

Lex, Eius qui, de hær. instit. non loquitur de posthumi alieni institutione, sed de seruo eius qui nascetur; quia talis seruus certus est & existens in rerum natura, estq; seruus hæreditarius qui capacitatem habet à testatore mortuo, vt rectè explicat Bologn. in d.l.Gallus, nu.87. & constat aliquando per seruum nos acquirere posse, quod per nos ipsos non possumus.l.1.ff.de verb.obl.

Ad l.6. & 7.de lib.& posth. loca illa esse intelligenda secundum ius prætorium, vel secundum nouam Imp.cōstitutionem, quia iure ciuili cogniti fuere posthumi alieni, ita vt hæredes institui possent, vt explicat ibi Glo.

Ad l.primam, §.si filius, & l.extraneo, respō.loqui de

bonorum

bonorum possessione, quam posthumus aliens à prętore accipit, non autem de hæreditate iure ciuili adita.

Ad l. Primum. §. Vlt. & l. Antiqui. Resp. loqui de bonorum poss. pręroria: sic & cætera loca loqui manifestū est.

Quod autem dr̃ competere iudicium Familiæ herciscundæ posthumo, rectè dr̃, sed lex allegata nō loquitur de posthumo alieno; sed & bonorum possessori vtile iudicium familiæ herciscundæ competere, certum est l. 7. & ibi Glos. in verb. hæres. ff. familiæ hercircundæ.

CAPVT XLII.

Posthumus Galli Aquilij, fueritne suus, an alienus?

POsthumum Galli Aquilij alienū fuisse cōm. est veterum DD. sententia Bar. Baldi, Castr. & aliorum in commentarijs. l. Gallus, de libe. & posthu. teste Soc. iun. ibi, num. 20. 21. Fundamentum est in l. pen. de leg. 1. ibi. *Et obtinuit sententia Galli alienos quoque posthumos, legitimos nobis hæredes fieri.*

Sed posthumū hunc, suum, non alienū esse, defendunt Cuiac. in d. l. Gallus, & Duarenus, necnon Alciat. ibi & lib. 3. paradox. c. 2. Fundm̃ est, q̃a posthumus aliens est, qui natus inter suos, hæres testatori futurus nō est, §. Posthumo, inst. de leg. Sed posthumus Galli Aquilij natus inter suos, hæres testatori futurus est: igitur suus est non alienus. Sic enim Galli formula concipitur. *Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post mortem meā in decem mēsibus proximis, in quibus filius meus moreretur, natus nataue erit, hæredes sunto.* Quibus verbis manifestū est, nepotē natū, hæredē futurum esse testatori, quia pater eius de medio sublatus erit. His accedit quod cùm iure ciuili posthumus aliens incognitus esset, vt inst. de bon. poss. §. 1. & sup. diximus in præcedenti capite; non fuit in arbitrio I.C. Caij tale ius emendare, ac cōtrarium statuere. Erat enim eius munus iura interpretari, non emendare, vel tollere. Et ad l. pen. resp. illā loqui de hærede legitimo, qui. s. ab intestato vocatur, iuxta l. 3. §. pen. ff. pro socio, & cōsequēter nō pertinere ad hūc posth. Aquilij, qui ex testō instituitur hæres.

Cōciliari possunt hæ opiniones hoc pacto; Galli Aquilij posthumum esse nepotem testatoris; sic enim ait tex. *Gallus Aquilius instituti posse posthumos, nepotes instituit.*

Dum autem quæritur, an talis posthumus sit suus, vel alienus, distinguo sic: si cōsideratur tanquā posthomus, proculdubio alienus est; quia si testamenti tēpore nascebetur, nō esset suus hæres testatori futurus; filio, qui tunc viuebat impediente: Si verò consideratur vt posthumus institutus secundū formam Galli, tunc est suus, non alienus: instituitur enim eum in casum, quo suus futurus est, patre mortuo: nec aliter Gallus facere potuisset; quia posthumus alienus, iure ciuili institui non poterat.

CAPVT XLIII.

Quo pacto testamentum, quo nepos instituitur secundum formam Galli, præmoriente filio, caducum non fieret.

COnstat inter omnes, mortuo hærede ante testatorem, olim testamentum effectū fuisse caducum. l. Vnica. §. Pro secundo. C. de cad. tollen. quod cùm ita sit, quæritur quo pacto testamentum secundum Galli formam conditum, non fieret caducum mortuo filio hærede instituto, viuo testatore; & quatuor modis hoc accidere potuisse veteres responderunt: Primum si alius cohæres filio instituto datus esset; ex persona enim cohæredis potuit testamentum sustineri: ita Bald. in d. l. Gallus; quod meram continet diuinationem.

Secundò per dationem substituti vulgaris: erat enim nepos filio vulgariter substitutus. l. Pater filium, de vulg. & pupil. ita Bar. ibi: Sed non rectè; quia textus ille loquitur de posthumo nato viuo testatore; Gallus autem, de posthumo nato, mortuo testatore: vt animaduertit Iason in d. l. Gallus, num. 75.

Tertiò secundum comm. Imol. & Alex. in d. l. Gallus; propositū Galli fuisse, vt testm̃ sustineretur, nec rumperetur natiuitate posthumi; de alijs casibus quibus rumpi poterat, non fuisse solicitum. Non satisfacit, quia nō est verisimile, eum, inuenisse modum sustinendi testamentum vna via, si altera via & ratione caducum efficeretur.

Quartò secundum Iason. in fine, si detur filio substitutus, vel cohæres non purè, sed post mortem filij: sed hoc diuinare est.

Alij aliter: Vera ratio est, quam D. Angel. Spanochius attulit, qm̃ lex caducaria locū non habebat in descēdente & ascendente vsque ad tertium gradum, tex. in l. Vn. §. Et cum lex. C. de cad. tollen. Vlpian. in fragmen. Vlp. tit. 17. & sequent. dixi lib. 4. controuers. cap. 76. in fine.

CAPVT XLIV.

Ad §. Et quid si tantum. l. Gallus. de lib. & posthu. controuersiæ omnes: quarum prima quo pacto verum sit, quod Gallus dicit hos casus non pertinere ad l. Velleiam, sed hæc ex sententia legis Velleiæ admittenda.

IN explicatione §. Et quid si tantum, occurrunt non parui momenti difficultates, de quibus inter DD. est controuersia: eas hoc & seqq. capitibus ordine conabimur explicari. Prima est cur Gallus dixerit, hæc omnia ex sententia l. Velleiæ admittenda.

Comm. veterum Gloss. Accursij & aliorum interpretum schola docet, Galli Aquilij formulā suppleri per legē Velleiā, quæ oēs rumpendi testamenti casus cōplexa est. His cōsentientia scribit Cuiac. in explicatione huius loci, dum ait, *quia vt lex Velleia viuo testatore agnascentibus posthumis, omnes casus rumpendi complexa est; ita putauit satis, iure antiquo, post mortem agnascentibus posthumis, comprendi omnes casus.* Sed hāc sententiā impugnat Ant. Faber Coniect. iuris, lib. 9. c. 3. eam ob causam, quod secundum caput legis Velleiæ non ad posthumos pertineat, sed ad eos nepotes qui testamenti tempore iam nati essent, viuo adhuc eorum parēte: Pertinent aūt ad secundum caput legis Velleiæ verba illa. *Si suus hæres esse desierit:* ex quib. Accurs. & cæteri eum secuti rationem illam deduxerūt. Omnino male, inquit Faber, quia verba illa pertinent ad secundum caput legis Velleiæ, vt dictū est, in qua non agitur de posthumis, sed de nepotibus. Ipse demum aliam adfert causam; quia scilicet lex Velleia admittit institutionem posthumi, etiam alieni, et nati viuo patre. Omnino male, meo quidē iudicio, nam sic ait tex. in §. Nunc de lege Velleia. *Et bene verba se habent, si quis ex suis hæredibus hæres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus.*

Sed verba illa Galli Aquilij pertinent ad omnes casus, quos Scæuola docuit esse supplendos in formula Galli Aquilij. Tunc sic argumentor. Ergo pertinent etiam ad hūc casum, quē Scæuola supplet in formula Galli Aquilij; vt nimirum nepos succedat, siue filius moriatur, siue deportetur, vt in §. Et quid si tantum. Si sic est, ergo com̃ omnis interpretatio verissima videtur.

CAPVT XLV.

Secunda controuersia, quis sit sensus §. Et quid si tantum, l. Gallus. de lib. & posthumis.

SEcunda cōtrouersia est, quis sit sensus. §. Et quid si tantum? Nam Glos. Bat. & alij cōmuniter ita exponunt, vt prouisio testatoris facta in vno casu, trahatur ad alium casum similem; sicut hic prouisio facta eo casu, quo moritur filius vel nepos, trahitur ad alium casum similē, quo deportetur, vel emancipetur;

cipetur;scilicet retenta Bar.distinctione,id locũ sibi vendicare in conditione necessaria ad actum,vel ad effectũ actus;secus in volũtaria conditione,quæ in forma,vt loquuntur specifica impleri debet: l.qui duob.l.Mæuij.de cond.& dem. Conditio tñ necessaria ad actũ vel ad effectum actus,adimpleri põt per æquipollens,vt hic; quia hæc conditio si filius moriatur,necessaria est ad hunc effectũ,vt nepos ex eo nasciturus efficiatur suus; quamobrem siue morte naturali tollatur filius de medio,siue deportatione,siue ẽt emãcipatione amittat suitatem,locus erit conditioni,quæ verissima est doctrina nõ tam huic loco conseotanea, quam alijs locis. l.Si ita. ff.quan.dies leg.ced.l.3. C.de instit. & subst. l.Mulier.ad Treb. Sed contrariam sententiam habuerunt recentiores quidam, Cuiac.hic & Duaren. nec non Ant.Faber lib.9. coniect. c.3.quib. adnumerari potest Alciat.lib.3. paradox.ca.9.

Ne dixerimus (inquit Cuiac.) *in casum mortis factam institutionẽ ad alios casus trahi: nec enim is est huius §. sensus, vt hic Aemilius Perotus acutè animaduertit. Proferes quidem l.Si ita.quãdo dies leg.ced. vt ostẽdas,casum mortis trahi ad casum emancipationis,vel deportationis;qua de re extat cõstitutio Antonini in l.3.C.de inst.& subst. sed nihil agest Nã cõtra proferã ipse l.Ex ea.§.pen.de verb.obl.l Cũ pater.§.hæreditatẽ.de leg 2. in quib. casus mortis non trahitur ad deportationem. Ius ciuile directum, & strictum est, nec suppletur sine certa lege aut constitutione, &c.* Resp.ius ciuile admittere hanc interpretationẽ, quæ procedit de similibus ad similia.l. Non possunt.de legib.non est supplere hoc,sed interpretari voluntatẽ testantis,vt in exẽplis allatis l.3.C.de inst.& subst.& l.Si ita.ff.qñ dies leg. ced.& similibus.Cùm.n.apparet effectus quem testator respexit,optima est interpretatio, quæ voluntatem eius extendit ad similẽ casum,in quo idem effectus succedat. Quod attinet ad leges cõtrarias quas ille citat, nihil obstat, quia loquũtur de conditione oĩno voluntaria, non aũt necessaria ad actũ vel effectũ alicuius actus, vt puta, cũ quis stipulatur sibi dari post mortẽ promissoris; hoc in casu voluntaria est conditio: nec.n.ad vllũ effectum respexit stipulator, qui ex deportatione æquè obtineatur quemadmodum ex morte naturali.Similiter & in §. Hæreditatẽ,mors naturalis in cõditione est posita ex voluntate testatoris,nõ ad effectũ aliquẽ certũ respicientis, ideo debet impleri in formis. Et hoc est etiã quod dr̃ in l.cõmodissime,de lib. & posthu. casum omissum haberi pro omisso;quia scillicet casus expressus nõ potest extendi ad omissum, ex volũtate defuncti respicientis effectũ rei,qui æquè contingat in expresso casu,sicut in omisso.

Duarenus aũt sic scribit in cõmẽtarijs huius §. *Accursium aliter hæc verba interpretãtur: sic enim aiũt, Si testator mentionẽ mortis fecerit in institutione nepotis nascituri; ille casus expressus à testatore porrigitur ad alios casus similes, nẽpe deportationẽ.emãcipationẽ.& similes,et hinc colligũt, hac thesim. Prouisionem factã à testatore,ad alium casum similẽ porrigi. Qui hoc colligunt ex verbis Scæuolæ,ostẽdunt se hoc oĩno nõ intelligere, In lege hoc verũ est.sed interpretatio legis multũ distat ab interpretatione testamẽti.Dico,qđ si testator expresserit vnũ casum,nisi appareat euidẽter eum de alio casu sensisse,non producemus ad alium casum: veluti si dixerit, si filius me viuo morietur, nepos qui mihi ex eo nascetur, hæres esto: Nam etsi emancipatus fuerit, vel in insulam deportatus, tamen nepos non erit hæres &c.*

Sed quid Resp.ad hũc §? Certè hic loquit Scæuola de formula Galli Aquilij: Formula Galli loquit de testatore; testator instituit nepotẽ si filius moriatur: Hæc nepotis instit.sub cond.ista,si filius moriatur,trahit ad casum quo filius deportatur,vel emãcipatur: ergo prouisio seu dispositio testatoris facta in vno casu, trahitur ad alium similem. At hoc fit ex sñia l.Velleiæ:quidni? l.Velleiæ & sñiæ eius rõ vnde colligitur? nonne inde,quia oẽs casus complexa est quibus testm̃ rumpitur;ad quẽ effectum,& testator respicit,com Galli formula vtitur? Declaro. Testamentũ rumpitur si agnascatur suus hæres præteritus:

A Ne igitur rumpatur, nepos qui efficitur suus, patre suo de medio sublato, institui debet sub dicta conditione. Ergo siue morte,siue deportatione,siue emancipatione,talis nepos suus efficitur,& iure suitatis rupturus est testm̃ testatoris, prouisio locũ habet interpretatione porrecta ad istos oẽs casus.Sed hoc in casu mens legis apparet,trahens testatoris dispositionem ad casus similes, qñ resultat effectus à testatore consideratus: cur non & alijs in casibus idẽ erit obseruandũ, l.Non possunt.de legibus?

Sed nihilò fęlicius Ant.Faber.sic.n.ait, *De illo itaq; Scæuolam dubitare fatendũ est, an posthumus ita institutus, sicuti Gallo placuit, hoc est, ex ea conditione, si filius meus viuo me morietur, vtiliter institutus videtur, eodẽ filio,nõ mortuo, sed vel deportato, vel ab hostib. capto: magis aũt pbat. vt vtiliter institutus nepos videatur, an qđ ex verbis formulæ Aquiliana, aut ex sñia Galli mortis casum expressisse sufficiat, vt ad similes oẽs trahi possit, quemadmodum vulgò creditur? minimè: conditionem enim quamlibet presertim*

B *quæ institutioni adiecta sit, præcisè, & vt nostri loquuntur, in forma specifica, impleri oportet l. Qui hæredi l. Mæuius. de cond. & dem. & planè commentitia est illa Bart. distinctio, an conditio voluntaria sit, an necessaria siue ad actum, siue ad effectum actus; cũ ea conditio, quæ in formula Aquiliana exprimitur, sit necessaria ad actum & validitatẽ institutionis, posthumi nepotis; nec tamen possit adimpleri per æquipollens, ẽt, fatente Scæuola, si subtrahas interpretationẽ, quam ille ex sententia legis Velleia mutuatur: idq; & Bar. ipse bene vidit, sed hanc obiectionem ita diluit, vt dicat, non posse conditionem hanc adiectam institutioni nepotis Aquiliani, si filius viuo auo morietur, impletam videri, si filius deportatus sit, aut emancipatus; quod ea interpretatio esset contra legem, quæ alieni posthumi institutionem prohibet; Quasi verò eo casu, quo mors fuit expressa est permiserit? Gallus aũt permittere potuerit posthumi alieni institutionẽ, aut quasi conditione sic concepta, si filius meus me viuo mo-*

C *rietur, videri debeat posthumus institutus in eum casum, in quo suus erit potius, si condĩo illa adscripta esset, si filius meus viuo me deportabitur, aut ab hostibus capietur; quorũ tamen o.um nihil certè dici potest. Ergo casus mortis expressum institutione posthumi nepotis non trahetur ad similes, siue verba formulæ, siue mentem Aquilij, siue deniq; sententiam testatoris respicias, quæ ex verbis concipi potest. Alia n. vtera conditio est mortis, alia emancipationis, alia deportationis; casusq; planè diuersi sunt: proinde non licet Iurisconsulto casum vnum ad alium porrigere: quia id demum supplere esset, non interpretari. l. Commodissime de lib. & posthu. essetq; in eam rem necessarium rescriptũ Imperatoris, mãcipi ndemum potestate, vt in l.vlt. C.de posth.hæred.inst. l.3.C.de inst. & subst. &c.* Sic ille;qui in duob.redarguendus mihi vr̃ primum dum Bart. citat. Nam Bar. posteaq̃ exposuit suã distinctionem, & cõclusit conditionem necessariam ad actum,vel ad effectũ actus,adimpleri posse

D per æquipollens,& prouisionẽ factã à testatore per modum conditionis necessariæ ad actum vel effectũ actus, extendit ad casum omissum;vt in hoc §.Et in alijs legib. concordantibus.Opponit statim contra ista;quia si vera essent,non erat opus lege Velleia,ad supplendũ Gallum: sunt hæc eius verba: *Opp.ad illud vlt.de hac lege in principio, vbi prouisio facta de nepote, si nascitur post mortem, non porrigitur ad casum,quo nascatur in vita; & tamen est necessaria conditio &c.quod autem non subintelligatur,patet: quia Gallus suppletur per Velleium. Resp. ideo non subintelligitur.quia esset contra legem,qua posthumus alienus non poterat institui secundum hæc tempora.* Hæc Resp.Bart.optima est,& plena succi:nam sic vult dicere;quia lex prohibebat posthumi alieni institutionẽ,merito prouisio Galli,secundum quã posthumus alienus institui poterat,restringi debet ad suos terminos; non autẽ extendi debuit sine legis authoritate,contra legẽ expressam At dicit Faber, absurdũ est dicere, Gallũ statuisse posthumũ alienũ institui posse,cõtra legis authoritatẽ id ꝓhibentis: Resp. Gallũ non disponere aliquid directè contra legẽ; nec.n.

id po-

id potuiſſet; ſed modum ac formam induxiſſe, quo id fie A
ri poterat ſalua lege; qui modus ac forma nõ potuit extendi ad alios caſus, quibus lex prohibens lęderetur. Aſt Faber errat in eo, quod putat hanc obiectionem, quam Bart. diluit pertinere ad §. Noſtrum, in quo quæritur, an formula Galli quę loquitur de morte filij, locum habeat in deportatione, vel emãcipatione. Nõ eſt ita, quia obiectio pertinet ad eum caſum, quo nepos naſcitur viuo teſtatore; cũ Galli formula loquatur de nepote nato poſt mortem. Alter error eſt negare Iuriſc. interpretandi facultatem, quæ fit per extenſionem; noſtri appellant extenſiuam interpretationem; quam eſſe permiſſam indicant. l. Nõ poſſunt. de legib. vbi eſt eadem ratio, eſt idem ius. l. Illud, ad l. Aquil. cum ſimilib. de quib. habes ſexcenta loca apud Euerard. loco à ratione legis.

CAPVT XLVI.

Tertia controuerſia, vtrum filio iuſtè exhæredato, nepos ex eo præteritus, rumpat teſtamentum, vel teſtamentum nullum ſit. B



EXiſtimo nepotem præteritũ in propoſita ſpecie non rumpere teſtamentũ: cuius ſententiæ authores habeo Gloſſatorẽ, in l. ſi quis poſthumos §. ſi filiũ, de lib. & poſth. & alios tres quos refert, & ſequitur Ant. Gomez. variat. con. tom. 1. cap. 11. nume. 51. & Soc. iun. in l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, de lib. & poſthu. nu. 12.

Fund. eſt inconcuſſum valde & ſolidum, in l. Filio præterito. ff. de iniuſt. rupt. & irr. teſtam. ibi, *Et dicimus teſtamentum non rumpi, cum nec exhæredari huiuſmodi nepos debuerit ab auo, quẽ pater præcedebat:* & in l. ſi quis poſthumus. §. ſi filium, de lib. & poſth. vbi idem dr̃: & in l. Illud. §. 1. de bono. poſſ. contra tab. & in l. Scripto. verb. Cæterum. ff. vnde lib. Et in l. Si quis filiũ. C. de inoff. teſt. inducendo tribus modis: primò quia Imp. de nouo cõſtituit, nepotes ex perſona patris ſui impugnare poſſe teſtm̃ aui C
per querelam inofficioſi: quæ prouiſio non erat neceſſaria, ſi nepos ex perſona ſua rumpere poſſet teſtamẽtum. Secundò, quia dicit Imp. nepotem, ante ſuam conſtitutionem, omni auxilio deſtitutum fuiſſe: ſi erat deſtitutus omni auxilio, qñ pater deceſſerat ante motã querelam iuſtam, ergo multò magis, qñ querela fuiſſet iniuſta: & ſi erat tunc deſtitutus omni auxilio; abſurdũ vr̃ dicere, ipſum ex ſua perſona potuiſſe rumpere teſtamentũ. Tertiò quia decreuit, tunc demũ nepotẽ admitti, qñ exhæredatio patris non fuit iuſta, & ingratitudo nõ probatur per ſcriptos hęredes: ergo ſecus, ſi exhæredatio ſit iuſta, tunc remanet nepos omni auxilio deſtitutus; & cõſequenter, nec ex ſua perſona rumpit teſtamentũ. His accedit quod nepotis inſtitutio non eſt neceſſaria, cũ viuit pater eius. l. Inter cętera, de lib. & poſthu. §. Ita demũ, de hęred. quæ ab inteſtat. def. ergo non poteſt rumpere teſtamentum. Pręſertim quia eſt eadem iuris regula, nõ poſſe teſtm̃ ab eo rumpi, qui nõ ſuccedit ab inteſtato, l. Cum qui vnde, D
C. de inoff. teſtamen. Sed nepos non ſuccedit, quia pater eum præcedit: ergo non poteſt rumpere teſtamentum.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Bart. in l. Pater filium. ff. de inoff. teſtam. & in l. Si quis filiam. C. eod. & alibi, & alij, quos refert Cõment. vbi ſupra, & poſt eum Michael Craſſus §. teſtam. quæſt. 47.

Argumenta ſunt iſta: primũ excluſo filio ab hæreditate, admittitur nepos. §. Ita demũ de hæred. quę ab inteſt. l. 1. §. quib. de ſucceſ. eod. Sed hic filius eſt excluſus, ergo nepos admittendus. Reſp. maiorem propoſitionẽ locum hr̃e in ſucceſſione ab inteſtato: & ita loquunt̃ leges oẽs, quæ huc adferri poſſunt: hic autẽ agitur de cauſa teſtati.

Secundũ argum. filius exhæredatus habetur pro mortuo. l. 1. §. ſed ſi patronus. ff. de coniug. cum emanc. lib. ergo nepos ſuccedit in locũ eius. Reſp. negando cõſequentiã. Non enim habetur pro mortuo filius exhæredatus, ad hunc effectum, vt alius admittatur cõtra teſtamẽtum.

Tertiũ eſt ex l. Si is qui. ff. de inoff. teſta. vbi ſic ait I.C. *Si is qui admitteretur ad ſucceſſionem, nolit, aut non poſſit accuſare, an ſequens admittatur videndum eſt: & placuit poſſe, vt fiat ſucceſſioni locus.* Reſp. tex. loqui qñ ſimul cũ filio exhæredatus eſt ẽt nepos; alioqui non haberet querelam; nec enim iure probatur, quod ſæpe Bar. inculcat, nepotem præteritũ habere querelam inoff. teſt. eò quod teſtm̃ ſuſtineatur; quaſi pręteritio iſta, pro exhæredatione habeatur ſicut matris pręteritio. Hęc. n. principijs iuris repugnant, & nullo iure probantur, bona Bart. venia.

Quartum eſt ex l. Pater filiũ. ff. eod. vbi excluſis filijs per exhæredationẽ, auus eorũ admittit̃ ad querelã, qui eſt pr̃ teſtatoris. Reſp. hæc eſſe diſſimilia. Nã nepos ex filio cõiungitur auo ex perſona filij; ideo venit iure repręſentationis in locũ patris: ſi ergo eum præcedat, nõ eſt locus repræſentationi. At auus venit iure proprio: filio. n. ſuccedit pr̃ iure ꝓprio: quare ſi filius Titij filios ſuos exhr̃dauerit, & ſic excludat̃, auus eorũ non ppea cẽſeri dẽt excluſus; qa ꝓprio iure venit, nõ aũt vigore repſentõnis.

Quintum arg. ſumitur ex l. 3. §. ſi emãcip. de bon. poſſ. contra tab. vbi excluſo filio nepos admittit̃ ad bonorum poſſeſſ. contra tab. Reſp. I.C. loqui in illa facti ſpecie, qñ filius moritur viuo patre: tunc enim in eius locum intrat nepos, ac propterea exhæredatus rumpit teſtamentum: at nos loquimur quando filius patri ſuperuixit.

Sextum eſt ex l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, de lib. & poſthu. vbi delictum patris non nocet filio reſpectu bonorum. Reſp. tex. loqui de filio, cui aqua & igni interdictum eſt, qui pro mortuo habetur, & non de filio exhęredato. Et præterea, loqui de filio, cui hæc, viuente patre, cõtigerunt, ac proinde nepos in eius locum ingreditur: quod in quæſtione noſtra non accidit.

CAPVT XLVII.

Vtrum ſi filius fiat monachus, locum habeat quod dicitur in l. Gallus?

C



QVarta Controuerſia eſt: Dicit tex. in l. Gallus, ſi moriatur filius, inſtitui poſſe nepotẽ, ſecundũ formã Galli Aquilij: deinde in §. Et quid ſi tm̃: id quod de morte naturali dictũ eſt, extenditur ad mortẽ, q̃ vocant ciuilem, puta deportationẽ aquæ, & ignis interdictionem & ad alios modos, quibus filius deſinit eſſe ſuus; puta ad emancipationẽ. An & ad monachationẽ extẽdi debeat? Spec. tit. de ſtatu monachorũ, qõne ſi exiſtimant extẽdi poſſe: quia per ingreſſum Monaſterij, capitis diminutio inducitur, & filius deſinit in ptãte patris eſſe; eſt. n. mortuus mũdo, & in poteſtate Abbatis cõſtitutus, & ſe ſuaq; oĩa Deo dicaſſe dr̃, in Auth. Ingreſſi. C. de ſacroſ. Eccleſ. Hanc ſñiam defendi poſſe dicebat Soc. iun. in d. §. Et qd ſi tm̃, nu. 19. Sed contrariũ Soc. ſen. ibidẽ in princ. & Iaſ. nu. 6. 7. Fundm̃ eſt, quia dato qđ monachus patria ptãte liberetur, retinet tñ iura ſuorum. l. Deo nobis. §. 1. C. de D
epis & clericis. ibi. *Nullo eis impedimẽto ex ſanctimoniali conuerſatione generando, ſiue ſoli, ſiue cum alijs ad ſucceſſionem vocantur.* Sed hoc arg. nullius eſt momenti, quia emãcipatus qđ iura ſuorum retinet. l. Meminimus. C. de leg. hæred. & tñ emancipatio idẽ operatur in propoſito noſtro, quoq; mors naturalis filij. Ego video controuerſiam eſſe inter DD. an monachus liberetur patria poteſtate; ſicuti videre licet ex Soc. ſen. in l. 1. de vulg. nu. 25. & ex ijs quæ dixi lib. 6. Controuerſ. c. 14. & ab hac definitione pendet veritas huius articuli. Sed ſicuti ibi dixi, non puto monachũ patria poteſtate liberari: ea rõne, qa teſtm̃ ante ingreſſum monaſterij cõditum infirmaretur, qđ tñ falſum eſt. Probatur antecedens; quia capitis diminutione, ẽt minima, rumpitur teſtm̃: in inſt. quib. mod. teſta. infir. Sed emancipatio eſt capitis diminutio minima; inſt. de cap. dimin. Ergo emancipatione rumpitur teſtm̃. Quod aũt non rumpatur, probatur ex Nouella, de monachis; & Nouel. 76. vt dixi d. c. 4. lib. 6. Controu. ad finem.

CAPVT XLVIII.

Quinta Controuersia: Testator legauit vxori vsufruct. donec vidua fuerit; post eius mortem, Sempronium substituit, mulier transiuit ad secundas nuptias: quæritur, an Sempronius statim admittatur, non expectata morte vxoris, an verò demum secuta morte ipsius?

COmmunis est snīa, statim Sōproniū esse admittendū Io. Andr. ad Spec. de secun, nup. in rub, Rain. & Bar. ī auth, Hoc locū. C. si mulier scdo nup. Fortun. Garzon. in §. & qd si tm̄, nu. 101. Menoch, de p̄sump. 65. nu, 10. Mantica de cōiect. lib, 11, tit. 5. nu. 5. Contrarium docuit olim Rom. in l. si qs hrs, ita. de acq. hered. Socin. iun. in d. §. Et qd si tm̄. post Ruin. & alij ante, nu. 67. Cōis snīæ fundm̄ est hoc primū cessante cā dilationis, cessat dilatio. l. A filia. §. Alūno. ff. ad Treb. sed cā dilationis huius, qd Sēp hērent vsufruct. fuit vxor, q̄ testator p̄tulit: Ergo si illa causa cesset, qa vxor amittat vsumfr. ob trāsitū ad secun. nupt. dēt cessare dilatio. Hęc .n. vr esse mens testatoris, vt vxor & substitutus potius habeāt, q̄ hæres scriptus in testō. Cōfert tex. in l. 3. C. de inst. & subst. vbi condō emancipōnis adscripta fuit, & filius succedit, licet nō fuerit emācipatus, sed pr fuerit deportatus, & sic alio mō exierit patriā ptātē: extensio. n. fit ad casum similē, habentē eundē effectū. Fundm̄ contrariæ snīæ est p̄cipuū. ī l. Vxoris vsumfr. villę. de vsufr. leg, vbi *Scæuola vxori vsumfr. villæ legauit, in qnquēniū, à die mortis suæ; deinde hæc verba adiecit; & peracto qnquennio cū eius vsusfructus esse desinit, sūc eū fundū illi & illi dari volo. Quæsitū est, cū vxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio sit; an verò cōpleto quinquēnio cōpetat: q.a peracto quinquēnio testator proprietatē legauerat. Resp. post cōpletū quinquenniū fundū ad libertos pertinere.* Solēt ēt adferri. l. Vxorē. §. hrs de leg. 3. et qd verba testatoris repugnāt cū tm̄ post mortē vxoris vocat⁹ fuerit Sēpronius. Sed resp. mentē testātis p̄ferēdā esse, q̄ pro Sempronio esse vr ex supradictis. Ad l. Vxori, resp. trib. mod. primò, qa ibi est dictio *tunc* q̄ denotat extremitatē tpis. l. 4. de cond. & dem. scdò, qd ibi erat tp̄s certū; nos aūt loquimur de tpe incerto mortis vxoris, Tertiò, quia casus loquit in legato sub conditione relicto: qd. n. relinquit post alterius mortem, conditionale est. l. Hæres mens, de cond. & dem. q̄ condō cū voluntaria sit, non pōt extēdi ad alios casus, ex doctrina Bart. & cōi d. §. Et quid si tm̄.

Mihi vr snīa hęc posterior esse verissima, & apertè decidi à Scęuola in d. l. Vxori: est. n. facti species ibi proposita, oīoo similis huic nostræ: cōsiderando, qood ibi post quinquennium legatus est fundus libertis; hic post vxoris mortem: ibi distulit legatum proprietatis cū vsusfructus esse desierit post qoinquēnium ipsius vxoris: hic cū vsusfructus esse desierit post mortem vxoris. Nec valet ista consideratio, qd fuerit dilata pręstatio legati fauore vxoris, cui magis prospectum voluit testator, & quā prędilexit hęredi; quia ēt in d. l. Vxori, idem accidit, & tm̄ legatum præstari debet post quinquenniū. Non obstat prima resp. de dictione *tunc*; quia illa extremitas tēporis adest etiā tacitè ī casu nostro: Ergo fuit legatus vsusfructus post mortem vxoris: intelligitur. n. factum hoc legatum Sempronio tunc demum, cum vxor fuerit mortua. Secunda resp. etiam nihil obstat, quia non est ratio differentiæ inter incertum tp̄s, & certum: vtroque. n. casu retardata est legati pręstatio, ante lapsum tēporis, nec magis incerto, quàm certo tempore. Sic & tertia resp. corruit; quia nihil refert, quod sit cōditionale legatum, vel post tempus certom præstandum: certum enim est ante conditionem pręstari non posse, sicut nec ante diem.

Nō obstat, l. 3. C, de inst. & sub. qa testator ibi tm̄ cōsiderauit liberationem filij à patria ptāte, licet emancipationis fecerit mentionē nihil ?idem sensisse videtur filio liberato à potestate patria aliter quā p emancipationē. Hic verò, oon tantùm considerauit testator, quòd vxor desineret vsumfructum habere, verum etiam tempus mortis vxoris, quod præstationi legati adiectum fuit.

CAPVT XLIX.

Diuisio rei Emphyteuticæ an possit fieri inter emphyteutas sine consensu Domini si noua sit Emphyteusis in qua iuri accrescendi locus non sit, & vni tota res adiudicetur per diuisionem.

NEgant Bald. in l. Voluntas, C. de fideic. Aretin. in l. q Romæ, §. Duo fratres, col. pen. de verb. obl. & ibi Crot. nu. 137. Ias. in l. vlt, nume. 114. vers. intelligi tātum, C. de iure Emphyt. Ruin. cōs. 159. nu. 3. lib. 1. Berous cōs. 174. nu. 11. lib. 1. D. Meus Cefalus in cons. 195. nu. 5. Bursat. cons. 181. nu. 8.

Contrarium docuerūt Rip, in d. §. Duo fratres, nu. 86. Soc. Iun. ibid. nu. 135. Hiero. Gabriel. cōs. 84. n. 8. Aurel. Corbulus de iure emph. cap. 14. limit. 6. nu. 5.

Posterioris sententiæ fund. est, quia hoc in casu cessat ratio ob quam dn̄i consensus exigēdus est in alienatione rei emphytheuticæ, nimirū, quia ipse habet ius offerēdi preciū emptori, vt in l. vlt. C. de iure Emphyt. Nam cum fit adiudicatio totius rei vni ex emphyteutis, non potest precium offerri, sicut quādo res venditur precio cōuento: & loquimur qn̄ fit adiudicatio totius rei emphyteuticę vni; alteri verò res allodiales assignātur. *Addit Socin.* Iun. non cadere de iure suo diuidētes, qn̄ fit *adiudicatio* Dn̄o irrequisito: quia non spontanea hæc est alienatio, sed necessaria, iux. §. quod si commodè, instit. de off. iud. Ergo nihil imputari potest argum. c. 7. de controuersia inter Domi. & empto. feudi.

Prioris verò sententiæ fund. est *primo*, quia interest dn̄i hoc in casu, vt fiat alienatio cū consensu suo, cū non habeat obligatū actione personali eū, cui tota res adiudicatur ad soluendū canonē in totū, sed dumtaxat pro parte. Secūdo quia Emphyteusis à princip. fuit diuisa inter emphyteutas: ergo si postea vni tota adiudicetur, vr ēt quędā volūtaria alienatio. Tertio qa si fiat adiudicatio vni, ea lege, vt alteri æstimationem præstet, vr locus esse oblationi precij, sicut in venditione; namque Dn̄s posset æstimationem offerre, & partem illam, quę sic adiudicatur cōsequi, vt in d. l. vlt. C. de iure emphy. Sed hoc arg. cessat; quia loquimur, quando res emphyteutica vni adiudicatur, alteri verò res allodiales.

Mihi vr eorū sentētia probabilior, qui dixerūt *posse* fieri adiudicationem hāc Dn̄o irrequisito, qn̄ *necessario* fit; vt puta, si res aliter cōmodè non potest *diuidi*, iux. §. quod si cōmodè, inst. de off. Iud. cæterū si cōmodè *res diuidi* possit, & ita conuentū sit inter fratres, *nulla necessitate*, sed sola volūtate, vt vni res emphyt. *adiudicetur*, alteri verò res allodiales: secus puto; scilicet cū *agitur de* Emphyteusi noua, vt pręsupponit generalis *titulus*: *nam* si de veteri agatur, in qua iuri accrescēdi locus sit, inter oēs cōuenit adiudicationē posse fieri, dn̄o irreqoisito; cū & oīs alia possit fieri alienatio, sicut in capite sequenti dicam. Moueor in hanc snīam; quia feudum diuidi potest Dn̄o irrequisito: c. 1. §. prætera ducatus. de prohib. feudi alienat. per Frid. ergo & emphyteusis. Consequentia probatur, quia sicut emphyteusis, ita & feudum alienari non potest, Domino irrequisito; vt in d. cap. 1.

Hoc ita supposito, quod emphyteusis possit diuidi irrequisito Dn̄o, ego infero, eiusmodi adiudicationem fieri posse ēt Dn̄o irrequisito: Nā lex permittēs diuisionē, vr etiā permittere adiudicationē quæ fieri debet qn̄ res cōmodè non pōt diuidi: arg. l. 2. de iurisd, om. iud. Ergo frustrà consideramus Dn̄i præiudiciū: frustra qooq; cōcessionē ab initio factam, quia isthæc oīa legislatores p̄uiderunt, & tm̄ permiserunt diuisionē: Permittamus ergo & adiudicationē, q̄ fit in consequētiā necessariā pmissæ diuisionis. Nā obstāt hic leges, earūq; rōnes, qbus cautū est emphyteusim alienari non posse irrequisito Dn̄o: si enim locū haberēt, diuisio etiā prohibita esset; quia diuisio em-

sio emptionis vice obtinet.l.1.C.cõm.vtriusq; iud.diui sio autẽ permissa est, & consequẽter omnia sine quibus diuisio cõmodè explicari nõ potest. l.2.de iurisd om.iu. Hæ rationes cessant in voluntaria adiudicatione.igitur il la nõ poterit fieri Domino irrequisito;nec quicquã mo uent,quæ adferũtur vel de oblatione precij.hoc in casu, cessante,vel de personali obligatione ad soluendũ cano nem emphyteuticum;quia semper existimaui verã cau sam cur emphyteuta alienare non possit Domino irre- quisito,& alienãdo cadat iure suo, esse quia Dominum contẽnere videtur,argum.cap.1.§.vlt.quæ fuerit prima cau.benef.amitt.Erit igitur huic legi locus in voluntaria alienatione ;secus in necessaria, argum.c.2.de contro- uersijs inter Dom.& empt.feudi.

CAPVT L.

Vtrum emphyteutæ plures possint rem emphyteuticam inter se alienare Domino irrequisito.

Pluribus emphyteutis irrequisito Dño promis- sum esse inter se rei emphyteuticæ alienatio- nem complures affirmarunt, vt dubitari non possit quin hæc sit cõmunis sententia Bart. in l.qui Romæ, §.duo fratres,s in 10.q.de verb.obli. & in l. si domus,§.vlt.& ibi Alex.n.7.de leg.1.Ripa in d.§.Duo fratres,nu.87.Hieron.Gabriel.cons.88.nume.16.Aurel. Corbulus alios citans de iure emph.cap.14.limi.6.

Fundm est primò in l.Voluntas,C. de fideicomm.sed respon.potest ibi rẽ fuisse prohibitam alienari extra fa- miliã,merito alienari posse in eos qui ex familia sũt, sed alienatio Emphy.generaliter phibetur,vt in l.vlt. C.de iure Emph.ergo nõ vt posse alienari et in emphyteutas.

Secundò quia cessat ratio propter quam res emphyt. alienari nõ potest irrequisito Dño.Illa enim est quia ex- traneus in quẽ alienatio fit non est obligatus Dño actio ne personali ad pẽsionẽ soluẽdã.Cessat hæc ratio in pro posito,quia alienatur res in emphyteutã qui ad canonẽ persoluẽdũ Dño obstrictus est personali actione. Resp. Iason in d.§.Duo fratres,n.77.hoc arg.retorqueri posse cõtra Bar.& sequaces,quia emphyteuta in quem fit alie natio nõ est obligatus ad soluendũ canonẽ nisi pro parte sua,nam pro parte alterius emphy.obligatus nõ est.Re- plicat Ripa vbi sup.Emphyteutã teneri ad recognoscen dum Dominum & soluendũ canonem etiam pro parte alterius emphyteutæ, & quidem actione personali,quia alienatio in eum facta censetur quædam repudiatio,c.1. & ibi not.de alien.feudi patroni.Sed huic respõsioni re- plicat Socin.Iun.in d.§.Duo fratres,nu.137.tex.in d.c.1. locum habere ante realẽ acquisitionem: tunc enim iuri accrescendi locus est,non autẽ postea,& consequẽter vt esse quædã repudiatio.Item respon.d.cap.1.loqui de va sallo qui alteri libellum fecerit de feudo paterno, non autem loqui generaliter de omni alienatione.

Tertiò quia ideo prohibita fuit alienatio rei emphyt. irrequisito Domino; ne Dominus haberet emphy.quẽ nollet. Sed hæc ratio cessat in proposita specie : haber enim Dominus emphyteutam quem voluit habere.

Quartò;Quia licet patronus non possit donare ius pa tronatus sine cõsensu Episcopi,cõcedit tamen,& de iure patrona- tus tãtum donare illud potest suo compatrono,Clemen. Plures,iuncta Glos.in verbo libere,eod.tit.

Quintò quia vasallus potest fundum alienare in agnã tum suum etiam Domino irrequisito.c.1.de alien.feudi pater. ergo similiter emphyt. poterit in alteriũ emphyt. alienare.Cõtrarium docuerũt olim Guliel.de Cuneo in l.cum ij,§.si vni,ff.de transact.& Ias.in d.§. Duo fratres, nu.77.vbi alios citat.

Fundamentũ est primò in d.§.si vni.Secundò quia ra tio militat hoc in casu ob quã Domini consensus requiri tur in alienatione rei emphyt. quia scilicet offerre pôt precium quod alius emptor dare paratus est,iux.l. vlt. C. de iure emphyt.tertiò quia militat etiã alia ratio præiu- dicij domini, quia Dñs nõ habet actionẽ personalẽ con-

A tra emph.qui emit pro parte alterius emphyt q ad si luen dũ canonẽ est obligatus enim tenetur pro sua tm parte.

Alij putant distinguendũ vtrũ emphyt. fit talis in gra uiori accrescẽdi sit locus:nam si locus sit iuri accrescẽdi tunc alienari posse vt inter ipsos emphyt.alias secus. Ita Alciat.in d.§.Duo fratres,nu.45.Corb.vbi supra nu.6.7.

Fundm est quia cum est locus iuri accrescẽdi res in so lidum concessa vt omnibus emphyt. & cõsequẽter a'te- ro alienante partem suã,valet alienatio, & vt quædã re pudiatio nec Dñi interest,quia habet emphyt.qui emit, obligatũ in solidum ad canonẽ soluendũ. Sed vbi nõ est locus iuri accrescẽdi secus est. Vt enim emphyteusis cui libet cõcessa pro sua portione & respectu alterius patris extranei loco habetur:q distinctio est verissima,& pro- batur in d.c.1.de alien.feudi paterni,q tex.loquitur cla- rè de alienatione,non aũt de sola libelli datione ibi. *Et li cet prohibeatur beneficii alienatio inter agnatos , tamen si*
B *paternum fuit concederetur*, & loquitur etiã post acquisi- tionem factã nõ ante,quomodo enim ante acquisinonẽ quis alienare pôt?&cũ loquatur de fundo paterno con sequẽter loquitur de fundo in quo iuri accrescẽdi locus est,c.1.de feudo Marchiæ.c.1.de duob.fratrib.de nou. benef.inuest.c.1.de duob. fratrib.à Capi.inuest.Ratio hu ius rei manifesta est quia sicut ĩ hmõi feudis altero repu diante vel moriẽte alteri totũ accrescit,ita ẽt accrescere potest alienatione facta,cum nulla sit diuersitatis ratio.

Non obstãt argumenta contrariæ sententiæ.Nam ad primũ ex §.si vni, Resp.inter ipsos alimentarios non esse cõcessam trãsactionem sine decreto prætoris,quia in eis ratio legis eã prohibentis loca habet: ea est ratio vt præ clare explicat Duaren.anniuers.disp.c.44.lib.1.vt volun tas testantis seruetur,l.1.C.de Sacros. Eccles.l.Velineq;, ff.quẽ test.aper.verisimile enim est testatorẽ voluisse le gatario alimẽta pstari particulatim potius,q summã ali- q pecuniæ, ne eã cõsũpta mẽdicare ae esurire cogeretur.
C Ad secundum Respon. quãdo fit alienatio inter ipsos emphyteutas non esse locũ oblationi precij,quia Domi nus eis emphyteusin cõcessit,& cõnsequẽter voluit eos habere:ratio ista oblationis precij militat in venditione facta extraneo cui Dominus præferri debet,non autem ipsis emphyteutis quibus iam concessio facta est.

Ad tertium Resp.imo Dominum habiturum esse per sonalem actionem in emphyt.in quẽ facta est alienatio ad totum canonẽ,arg.l.Iulianus,§.Item Celsus,ff.de act. empti, & dato quod nõ haberet personalẽ actionem ad totum canonẽ,nihil tantũ interesse Domini potest, quia antequam ille in possessione mittatur curabit Dominus eum obligari ad totum canonẽ persoluendũ.Nec illa ra tio quod Dominus actionem personalẽ non habeat,tan ti est faciẽda in proposito nostro,quia præcipuam ratio nem ob quam alienari non potest emphyt. Dño irrequi
D sito hanc esse puto,quia emphyteuta alienando irrequi sito Domino ipsum contẽnere vr,arg.c.1.§.vlt.quæ fue- rit prima causa benef.amitten.Non videtur autem con temnere Dominum emphyteuta qui emphyteusim alie nauit in alterum emphyteutam, qui absq; alienatione nihilominus erat successurus in ipsa emphyteusi.

CAPVT LI.

Emphyteusi duobus concessa ea lege , vt vno mortuo eius portio ad alterũ pertineat ,si fiat diuisio inter eos & al ter alteri renũciet omne ius qd sperat in alterius portio- ne, & postea cõtingat alterũ absq; liberis mori an super- stes admittatur ad illius portionẽ vel Dominus directus?

Artolus in l. qui Romæ, §. Duo fratres,in 4. q.ff.de verb.obl.respondit fratrem superstitem succedere nõ obstante renonciatione, non autem Dominũ directum: & eius sen- tentia est communiter recepta,vt testatur ibi Ias.numero 80.& Soc.Iun.post nume.138.qui alios

adducunt concordantes & ibidem etiam Ripa num.88. A

Fundamentum est, quia vnius pactum alteri non prodest, nisi paciscentis intersit, l. Et hæredi. §. vlt. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de pactis, Ergo nō prodest hoc pactum Domino directo.

Nec obstat si dicatur Dominum directum esse ecclesiam in hac specie, & ideo ex pacto ei posse acquiri, l. Stipulatio ista. §. vlt. de verb. oblig. vt dicebat Ias. vbi suprà, Nō rectè resp. Ripa id procedere quādo aliquis expressè paciscitur vel stipulatur ecclesiæ; quod non est in specie nostra.

Secundò quia ius quod non acquiritur ei cui renūciatur, remanet penes renūciātem, l. Nec vtilem, ff. ex quib. caus. maio, l. cum quis, §. si debitorē, ff. de solutio, l. Auus. ff. de pactis. Sed in proposito casu ius non acquiritur fratri, etiā defuncto, nec ipsius hæredi: quia supponendum est hęredem esse extraneum, & consequenter ab emphyteusi Ecclesię alienum, iox. §. emphyteusim, in Authē. de alien. emphyteus. Ergo ius istud quod in diuisione fra- B ter supstes renūciauit, remanet penes ipsum renunciātē.

Contrarium docuit Paulus Cast. in d. §. Duo fratres, nu. 4. quem ibi secutus est Zasius nu. 31. & alij à Corbulo citati de iure emphyteotico, cap. 8. in prin.

Fundamētum est in l. si vsusfructus, ff. de iure dotium; vbi dicitur si quis extraneo cesserit vsumfructum, nihil agere & consolidari cum proprietate. & in c. 1. de eo qui finem fecit agnatis. Sed quod attinet ad d. c. 1. nihil sanè obstat; loquitur enim cum quis omnino a se fundum abdicauit: istud indicant illa verba *nisi fundum omnino repudiauerit*, sed hic non omnino repudiauit ius qđ habebat succedendi in portione alterius, sed remisit illud ius fratri suo qui iam non potest illud habere; nec hæredes eius, ergo nihil obstat renuncianti talis renunciatio.

Ad argum. verò de vsufructu Resp. Ias. & Socin. Iun. vbi suprà, illud esse ita cōstitutū quia lex prohibet vsumfructum extraneo cedi, quare si cedatur, meritò acquiritur Domino, & cum proprietate consolidatur, quia con- C tra prohibitionē legis factū est; sed in proposito nostro illa remissio iuris quod frater habuit nō prohibetur à lege. Nemo enim prohibetur spem futuram actionis quā habet, cedere extraneo, l. Spem, C. de don. ergo si non acquiratur ea cessio ei cui facta est vel ipsius hęredib. remanere debet penes cedētem: neque enim amittitur quod alteri oblatum non est. l. Nec vtilē. ff. ex quib. cau. maio. Ita inquam Resp. Ias. & Soc. iun. Non rectè iudicio meo; quia lex nō prohibet cessionē vsusfructus fieri extraneo quasi hoc pęnam mereatur veluti factum lege prohibēte; sed lex ait si vsusfructus cedatur extraneo nihil agi: qa scilicet extraneo nō acquiritur, sed domino proprietatis. Hic enim est sensus illorum verborum *nihil agitur* l. qui mihi. ff. de dona. si Domino acquiritur, ergo cessio quæ nō habet iuris effectum quoad personam extranei, operatur tātum in fauorē Domini; quod est cōtra Batt. is enim vult ius remanere penes cedentem, nec acquiri Ecclesiæ ad quam spectat directum dominium. D

Existimo ego alia ratione huc Castr. argum. nō obstare, quia scilicet vsusfructus amittitur cessione in iure facta: sic enim habetur in fragmentis Vlpiani ti. 19. *In iure cedi res etiā incorporales possunt velut vsusfructus, &c.* vbi Cuiacius. *Vsusfructus* inquit, *siue extraneo cedetur siue Domino, cessione finitur. Nam & extraneo cessus ad proprietatem recurrit l. si vsusfructus, de iure dotium; nihil verò agitur in persona extranei.* In iure autem cessio quid sit Boetius explicat in Top. licet, & ex nostris Brissonius de verb. sig. lib. 3. ver. Cessit. At in proposito non agitur de cessione in iure facta, id est, apud prætorem, neque de vsufructu, sed de renunciatione iuris extra iudicium facta in diuisione plurium emphyteutatum: igitur Castrensis argumentum nihil obstat.

CAPVT LII.

Vtrum legatarius vel fideicommissarius scienter emens rem fideicommisso subiectam mortuo testatore, videatur fideicommisso renunciare.



Vatuor propositis conclusionibus totā hāc cōtrouersiā rectè explicari posse existimo. Prima conclusio. Emēs rem relictam per fideicommissum quæ nō erat testatoris ab extraneo, nō videtur renūciare legato vel fideicommisso, ita Bar. in l. qui Romæ, §. Duo fratres, de verb. oblig. q. 12. & ibidē Ias. Ripa, Alciat. & alij. Probatur argum. l. Plane, §. quod si rem emissem, de lega. 1. & §. si vel fundus, inst. de lega. Item hac ratione, quia hæc duo simul consistere possunt, quod rem habeat emptionis titulo, & preciū ab hęrede consequatur titulo legati.

B Secunda cōclusio; emens rem propriam testatoris ab extraneo non videtur renunciare legato, ita sensit Bart. in d. §. Duo fratres, q. 12. Fundamentum est in d. l. Plane, §. quod si rem, de leg. 1. vbi non distinguitur an res sit propria testatoris vel aliena.

Sed cōtrarium post alios quos citat, docet Alexan. in d. §. Duo fratres, numero 35. vers. Item in quantum. Fundamentū est, quia rei legatæ dominiū mortuo testatore transit in legatarium, l. A Titio. ff. de furtis, *consequenter* legatarius, Dominus est rei legatæ, ergo *emptio nulla* est, & precium amittit. l. Suam rei. ff. de cōtrah. empt.

Tertia est sententia Alciat. in d. §. *Duo fratres*, nu. 41. legatario cedendas esse actiones ab *hærede* cōtra extraneum illum venditorem in subsidium, arg. l. In creditore. ff. de euict. & l. Si eum seruum. ff. si cert. pet. precium autē rei legatæ peti non potest. Mihi maximè probatur hæc distinctio Alciati. Nam prima opinio, quæ vult legatum peti posse non euincitur ex d. l. Planè, §. Quod si

C rem, quia non loquitur de legatario emēte rē propriam testatoris ab aliquo extraneo. Nullū verbum de hac re. Argumentum autem contrariæ sententiæ, non rectè applicatur, quia legatarius nō repetit precium ab ipso venditore, sed ab hærede, qui hæres nō videt posse illi hoc objicere. Tu emisti rem propriā cuius dominium ad te pertinebat ex legato, ideo precium amisisti. Nam respōdere poterit ain si precium quoad venditorem, sed *non* quoad te, qui tanquā hæres teneris ad legatum *præstandum*. Alciati autem sententia æquitatem continet manifestam, nā cum legatarius rem emerit, potest *ei hoc* hæres objicere, ipsum in causa fuisse, vt ipse *hæres* non vendicauerit rem quę penes possessorem erat, instituta *petitione* hæreditatis, iux. l. Regulariter. ff. de pet. hæred. ibi. *Vel rem hereditariam licet m nimā*: consequenter dicet se non teneri ad æstimationem præstandam. Sed quia hæres actionem habet aduersus venditorē, qui rem distraxit & preciū accepit, iux. l. Sed etsi lege. §. 1. ff. de pet.

D hæred. iustum vř vt actionem hanc cedat legatario. Nō est actio illa subsidiaria, quæ datur re perēpta, vt loquitur tex. in d. l. Si eum seruum. ff. de pet. hæred. Sed actio oriens ex æquitate, quoniam hoc hæredi nihil aufert, & legatario prodest, iux. l. In creditore. ff. de euict.

Tertia conclusio legatarius vel fideicōmissarius scienter emens ab hęrede rem legatam vel relictam per fideicommissum pendente conditione legato vel fideicommisso adiecta, non censetur legato vel fideicommisso renūciare, ita Bart. in d. §. Duo fratres, Ias. ibi, nu. 45. Ripa, num. 91. & alij. Adfertur. l. Si vendideris. ff. de euict. & l. Fundo. ff. ad l. Falcid. sed non faciunt ad rem. Sed & duę rationes adferuntur, vna à Ias. legatum conditionale repudiari non pōt cōditione pendente. l. Si ita scriptō. §. Si sub cōdōne, de leg. 2. alterā adfert Ripa qm̄ is qui emit pendente conditione inducitur ad hoc faciendū, nō q̄a velit suo iuri renunciare, sed dubitans ne fortè conditio deficiat, quo in casu nō posset rē habere ex legato, ideo

emit

emit & interim habeat preciũ, poſtea repetiturus eõdẽ ne eueniẽte. Nec.n.interpoſitio in dubio eſt faciẽda per quã renũciatio inducatur.l.Cũ de indebito.ff.de prob.

Sed contrariã ſniam amplexus eſt Alciat. in d.§.Duo fratres,n.38.39.adductus ex l.Cui res.ff.de act.empt.& l.ſi à ſubſtituto,de leg.1.Mihi magis placet prior ſnia pſertim ea rõne quam adfert Iaſ.quia pendente conditione legatũ repudiari non põt.Nihil moror Alciat.reſp.id eſſe accipiendũ de ſimplici repudiatione, non aũt de renunciatione quę fit ex pacto,iux.l.3.C.de pact.etẽm hic nullum eſt pactum expreſſum.Tacitũ verò nõ eſt pręſumẽdũ, quia eſſet pręſupponere ꝓ explorato id quod in controuerſia poſitũ eſt. Ad l.Cui res,Placet mihi,omiſſis Aretini rñſionib.Ripæ ſolutio, nihil aliod à cõtrario ſenſu inferri ex d.tex. quã legatarium ſcientẽ nõ habere actionẽ ex empto & vẽdito ad preciũ.Rõ eſt,quia actio ex empto & vendito,bonę fidei eſt;quamobrem cũ hęres ignoranter emit rem ſibi legatã, meritò preciũ repetit vel à precio eſt abſoluendus,iux l.Huiuſmodi,§.qui ſeruum,de le.1.Hęc aũt rõ non habet locum qñ legatarius ſciẽter emit rem ſibi legatam:tũc enim intrat.l.Suę rei.ff.de contrah.empt.vbi probatur ſcientiam efficere, vt amittatur precium.Licet ergo actio ex empto & vendito minimè detur aduerſus hæredẽ ad precium, datur tñ actio ex teſtõ. quia cum legatario abſit precium rei, vñ res abeſſe vt docet I.C.ĩ d.l.Planè.§.qđ ſi rẽ,de leg.3.

Non obſtat Alciati reſp.dicentis ſi non datur actio ex empto & vend.nec dari etiam ex teſtamento,quia actio ex teſtamento difficilius ad precium datur cum alternatione detur ad rem vel ad precium,vt dicit Bart. in d.l. hoiuſmodi.§.qui ſeruum,de leg.primo. Nam reſpond. nobis hoc ſufficere.illum tex.in d.l.cui res, à contrario ſenſu excludere tantum actionem ex empt.& vẽd.quod enim attinet ad actionem ex teſtamento ratio illa Alciati valeret,niſi alia ratio cõtrariũ ſuaderet,illa nimirum, quoniam legatarius non cenſetur renunciare legato vt ſupra dictum.Ad l.ſi à ſubſtituto reſp.vno verbo,nõ obſtante,quia non loquitur de legatario emẽte ab hærede granato:etenim ibi legatarius rem emit à pupillo, non autem à ſubſtituto à quo legatum erat præſtandum.

Prima concluſio emens ſcienter ab hærede rem ſibi legatam purè,legato renũciare videtur:ita olim dicebat Dynus,vt refert Bar.in d.§.Duo fratres, quẽ ſecuti ſunt ibi Aret.Alex. & alij communiter teſte Ripa, num.94. Fundamentum eſt primo,in l.Titius.ff.quib.mod.pigo. vel hypo.ſol, ſecundo, quia emens ſcienter rem ſuã nihil agit,& amittit precium.l.ſuæ rei.ff.de contrah.emp. Tertiò quia ſi legatarius conſentiat alienationi rei legatæ,amittit legatum.l.Codicillis.§.1.de leg.2. ergo multò magis ſi ipſe emat.

Contrariam ſententiam viſus eſt amplecti Bart.in d. §.Duo fratres,in 12.quæſtione, legatarium nõ videri renunciare legato,arg.l.vlt.§.vlt.C.comm.de leg.Ad l.Titius.Reſp.eam nõ loqui de his quæ pendent ex teſtamẽto.Ad l.ſuæ rei reſpondent aliqui, eſſe intelligẽdũ quando res eſt ementis pleno iure,& irreuocabilis, ſecus ſi reuocabilis vt in propoſito caſu. Nam legatarius non eſt Dominus rei legatæ pleno iure,& irreuocabiliter antequam acceptauerit legatũ, vt docet Gloſ.in l. ei qui ita. ff.de cond.inſtit. Præterea reſpondent legatarium eſſe Dominum rei legatæ iure quodã extraordinario. Nam ordinario iure dominium acquirere ex traditione cum iuſta cauſa facta.l.Traditionib.C.de pact.iuncta l.Nunquam nuda,de acq.re.dom.quæ cauſa eſt vt cum rei vẽdicatione,quæ legatario competit cõcurrat etiam actio perſonalis, iuxta.l.1.C com.de leg. nihil mirum ergo ſi in legatario emẽte rem legatam non procedat.l. ſuę rei. His accedit quod licet quando actus ſunt incompatibiles, is qui vnum eligit videtur alteri renunciare.l.vlt. de codicillis.l.1.C.de fur.l.Clodius, de acq.hæred.tantum in propoſito dicendum videtur, potius non valere emptiooem,quàm legatum.

Mihi ſententia communis veriſſima videtur.Implicat enim contradictionem in obiecto, quod quis velit conſequi legatum ab hærede, & ſimul ab eo emit rẽ purè legatam.Nam eſſe legatarius petit ab hęrede rem aut precium.Rem petere non poteſt,quia iã habet;precium nõ poteſt petere,quia iam illud numerauit ipſi hæredi & ſcienter hoc fecit,conſequenter illud amiſit,iux.l.ſuę rei.ff.de contrah.empt. Nec valet illa reſponſio, quod legata res ſit legatarij iure quodã ſingulari, quid enim refert. Non poteſt plus iuris cõſequi legatarius emẽdo, quam antea ex legato haberet.Et ideo hic non poteſt accommodari.l. In bello.§.ſi quis ſeruum,.ff.de captiuis. Nulla enim eſt ibi repugnantia,quia poteſt quis Dominus eſſe ſerui redempti, & ſimul dominum antiquum à iure offereodi precij excludere per vſucapionem: poteſt enim quis ex pluribus cauſis dominium acquirere inter ſe comparibilibus,ſicut eſt ibi vſucapio, & cõſtitutio quæ redimentem facit Dominum, ſed nequaquam poteſt ex Titulo legati, & titulo emptionis Dominium conſequi. Huic argumẽto accedit alterum ex legib.quibus datur actio legatario emẽti rem legatam, cum ignoranter emit,ergo ſecus vbi ſcienter.l. huiuſmodi. §. qui ſeruum,de leg.1.

Non obſtat argumentum Bart.ex l.vlt. C.commu.de lega.quia ibi legatarius non emit,ſed alius extraneus,& ideo nihil aliud repugoat, quo minus precium repetat præterquam ſcientia.Sed hic repugnat nõ ſcientia ſolũ, verũ etiam actus ipſe emptionis, quia oneroſus eſt,nec ſimul cum lucratiuo titulo poteſt conſiſtere.Nec mouet quod dicitur,emptionem non valere,ſed legatum valere, quia rei ſuæ emptio ita non valet vt emptor ſcieus etiam precium amittat.d.l. ſuæ rei: ſi legatarius preciũ amittit,ergo non poteſt illud petere. Non obſtat ſi dicatur peti non poſſe quidem per actionem ex empto, & vendito, ſed peti poſſe actione ex teſtamento, quia reſpondetur actionem ex teſtamento, non dari ad preciũ, ſed ad rem,quia res legata erat teſtatoris, & conſequenter poteſt peti, non autem precium eius, ſicut quando res aliena legatur.

CAPVT LIII.

Si pœna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo, vno ex hæredibus contrauenіente, quomodo committatur?



Ommunis eſt & vera ſententia, aduerſus omnes hæredes in ſolidum committi pœnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ vno cõtraoeniẽte,ita Bart.in l.4.§.Cato,in 1.q.ff.de ver. oblig.quam omnes alij ſecuti ſun. Ripa.Iaſ. Alcia. Soc. Iun.qui teſtatur eſſe comm.

Fundamentum eſt io l.2.§.ex his.ff.de verb.oblig.vbi dicitur omnes hæredes teneri in ſolidum ex indiuidua ſtipulatione defuncti. Et ratio eſt qoia Lex.12.tabularũ diuidere non poteſt hoc in caſu obligationem inter hæredes,nec ad factum,nec ad pœnam,cum res non patiatur diuiſionem,vt alibi dicit Iuris Conſultus,in l.Hæredes.§.In illa.ff.fam.hercíſ. Et regula iuris eſt, ea quæ in partes diuidi nõ poſſunt ſolida à ſingulis hæredibus deberi.l.ea quæ in partes,de reg.iur.Vnus contradicit Ruinus,ĩn d.§.Cato,leui hoc argumento. Promiſſor qui defunctus eſt potuit vnum ſolum ex hæredibus ſuis obligare ad pœnam, ſcilicet cootrauenientem,arg.l.Contrarius.§.vlt.de verb.obl. ergo cum ſolum obligaſſe præſumitur.Nego conſequẽtiam,nam cum promiſſor id non fecerit nec lex.12.tabularum talem obligationem diuidat,quia res non recipit diuiſionem,neceſſariò ſequitur omnes hæredes in ſolidum eſſe obligatos.

At dicebat Ruin.hæres qui cõtrauenit,ex proprio facto eſt obligatus,ergo in ſolidum ipſe ſolus tenetur.l.In commodato.§.ſi ex facto.ff.commod.l.in depoſiti.ff.de

po.

A po.Resp.obligationem hæredis descendere ex cõtractu defuncti,quo casu si res diuisionem nõ patitur,omnes hęredes tenentur in solidum.l.2.§.ex his. ff.de verb.oblig. Leges in contrarium adductæ loquuntur de secundaria obligatione,quæ oritur ex proptio facto,& delicto hęredis.Sed maior difficultas est,quid si pœna facti indiuidni adijciatur promissinni rei diuidnæ. Resp. Ang. Imola, Paul.Cast.& Ias.in l.4. §.Cato,de verb.obl.committi pęnam in solidum aduersus eum hæredem solum, qui contrauenit: primò,quia is incurrit pœnã ex proprio facto, ergo ipse solus tenetur in solidum. l.In commodato.§.si ex facto.ff.cõmod.l.In depositi.ff.depo. Sed leue est hoc argumentum,quia vt iam dixi hæredes in proposito casu tenentur ex contractu defuncti,qui promisit pœnam. Secundò quia pœna est indiuidua, & consequenter tota præstanda est ab hærede contrauenienre, licet non contraueniat,nisi pro parte.Nam cum res separari,non potest aliquando quis damnum sentit, quod aliàs non sen-B tiret.arg.l.At eius.§.vlt.ff.de aq.plu.arc.& 11.§.Si vasallus. hic finitur lex Corradi, &c. Sed responderi potest, hæc esse dissimilia,quoniam hic fieri potest separatio si actor offerat pro parte aliorum cohæredum æstimationem rei indiuiduam, vt statim subijciam: leges in cõtrarium adductę loquuntur in terminis longè diuersis,cum alioqui actor nõ potest cõsequi,quod iure persequitur: tunc enim vt id obtineat quod iustè petit aliquod infertur damnũ reo,propterea quod res separari non potest.

Magis igitur placet communis sententia, quæ sic statuit stipulatorem posse insolidum conuenire ad pœnam hæredem qui contrauenit, verum oportere cæteris cohæredibus partis æstimationem offerre,ex quo sequitur hæredem cõtrauenientem sicut pro parte deliquit(quia res erat diuidua)ita pro parte pęnam luere. Ita dicebat olim Petrus,vt refert Bart.in d.§.Cato, in 1.quæst.quem secuti fuere ibidem Aretin. Alex. Socin.iun. & alij,& est communis teste Alciato,nu.130. Omissis verò leuib. ar-C gumentis probatur hæc sentẽtia,quia vbi stipulatio continet rem diuiduam vno ex hæredibus contrauenienre, pęna cõmittitur pro parte aduersus eum solum,qui contrauenit.l.4.§.Cato,de verb.obl.ibi: *At si de eo cautũ est, quod diuisionem recipiat, veluti amplius non agi, tunc eum hæredem qui aduersus ea fecerit pro portione sua solum pœnam committere*. Sed hic supponimus rẽ esse diuiduam quæ in stipulationem deducitur,ergo is solus hæres, qui contrafecerit pro portione sua pœnam committet. Non obstat,quod pęna sit indiuidua,quia partis æstimatione oblata propter cæteros cohęredes prospicitur: hęc est.n. iuris constitutio,vt quoties vnus ex hæredibus solus tenetur aliquid præstare quod sit indiuiduum, actori obstet exceptio,nisi æstimationẽ offerat pro parte aliorum cohæredum, vt habetur in l.Cum filius, de leg.2.l.Si is, qui quadringenta.§.Quædam.ff.ad l. Falcid.& hoc in casu cessat regula.l.Ea quæ,de reg.iuris.

CAPVT LIV.

Obligatio de defendendo, sitne diuidua, vel indiuidua.

EXistimo hanc obligationem de defendendo indiuiduã esse. Primò authoritate l.4.§.vlt. de verb.obl.ibi. *Ipsi autem promissori pro parte, neque restitutio, neque defensio contingere potest*,vbi notandum est,idem in hæredibus promissoris intelligendum esse, vt tex. in hac parte præcedentibus aduersetur iuxta mentem I.C.

Secundò,ex l.In executione. §.Insolidum,eod.tit.illis verbis. *Hæredes insolidum denunciandi sunt,omnes quæ debent subsistere,& quolibet defugiente omnes tenebuntur.*

Tertiò,ex l.Cum ex causa,eod.tit.ibi: *Quia insolidum defendenda est venditio,cuius indiuisa natura est.*

Quartò,ex l.Si cum vno.ff.si ex nox.cau.aga. ibi. *Cui insolidum defendendi necessitas est, nec audiatur si pro parte paratus sit defendere.*

A Quintò, ex l.Non tamen.ff.de procu.ibi. *Vt si decem millia petantur, vt existant duo defensores parati in quinque defendere, audiantur.*

Sextò, ex l.Loci corpus. §.Si fundus. ff.si serui vend. ibi. *Quisquis defendit solidum debet restituere,quia diuisionem hæc res non recipit.*

Septimò, ex l Hæredes. §.Si vnus.ff.fam. hercisc. ibi. *Et omnino,quæ pro parte expediri non possunt si vnus cogente necessitate fecerit, familiæ herciscundæ iudicio locus est*, inter ista verò,vt supra tex.defensionem cõmemorauit.

Octauò,ex l.Si rem.62.§.Si ei.ff.de euict. Celsus. *Si ei qui mihi vendidit plures hæredes extiterint, vna de euictione obligatio est, omnibusq́; denunciari, & omnes defendere debent: etsi de industria non venerint ad iudicium vnus tantum ex ijs liti subsistit propter denunciationis vigorem & prædictam absentiam,omnibus vincit, aut vincitur.*

Nonò, ex l.Ex clausula. ff.iud.solui.Venuleius. *Non* B *enim videbitur defensa res boni viri arbitratu,quæ non insolidum defensa sit.*

Decimò,ex l.Iam tantum.§.Si tantum.ff. iudic.solui. illis verbis. *Nam & plures hæredes necesse habebunt dare procuratorem, ne defensio per plures personas scissa incommodo aliquo afficiat actorem.*

Postremò,quia hæc est communior Doctorum sententia teste Alciat.in l.4.§.Cato.num.135.de verb.oblig.ita enim docuerunt Bar.ibi in secunda quæstione *Angelus*, Imola, Castrens.Alex.Ias.Zasius,& alij *frequentioribus* suffragijs.

Sed contrariũ docuerũt Cumanus in d.§.*Cato*. Ruin. nu.68.Socin.iun.num.137: Hornanoi *Detus*,num.436. Hieron.Battigella,nu.158.Crotus,num.*117.& in* 7.rep. nu.65.nimirum hanc obligationem *diuiduam* esse.

Primum argumentũ est, quia agere & defendere correlatiua, sed stipulatio amplius non agi diuidua est, l.4. §.Cato,de verb.obl. ergo & stipulatio de defendendo di-C uidua esse videtur, quia correlatiuorum eadem natura est,l.vlt.C.de ind.vid.toll.l.1.C.de cupressis,li.11.Omissis aliorũ respõsionibus, ita resp.si pro parte agatur, pro parte quoq; defensionem fieri posse,& hoc respectu eandem esse naturam actionis & defensionis. Sed re in abstracto considerata non sequitur,potest quis (puta vnus ex hæredibus) agere pro parte. Ergo & qui defendere tenetur pro parte defendere poterit.Nam licet actio inter hæredes diuidatur per legem 12.tab. defensionis tamẽ natura indiuidua est: nisi enim quis plenè defendat, non videtur defendere. l.Si defensor.ff.de interr.act.

Secundum argumentum est,quia ideo stipulatio amplius non agi,diuidua est,quia potest quis pro *parte agere*,in d.§.Cato. Ergo & stipulatio se defendẽdo *diuidua* est,quia potest quis pro parte defendere.l.j.C.de cõsortib.eiusd.litis. Resp. id verum esse in pluribus consortibus eiusdem litis,vbi nulla de defendendo est obligatio. Nam vnus sine altero agere & defendere se potest: sed D nos loquimur de stipulatione de defendendo; & dicimus neminem posse inuito stipulatore pro parte defendere. Ratio differentiæ est,quia si sint plures consortes, vnus potest iuri suo renunciare, atq; adeò defensionem pro sua parte omittere. Sed nemo potest inuito stipulatore pro parte defendere; quia stipulatori nõ satisfit, nisi plena sit defensio.

Tertium argumentum est ex l.Si communes,in fine, ff.de neg.gestis.ibi. *Quia potius partem meam,ita defenderem, vt socij partem defendere non cogerer*. Resp.nil mirum esse,quia ibi nulla est obligatio de defendendo.Cui enim dubiũ est,si nulla sit obligatio alterum defendendi quin possit quis se tantum defendere,& non alium? Nostra quæstio est de eo, qui tenetur alium defendere; & dicimus non adimplere, nisi in totum defendat.

Quartum argumentum est ex l.2. §.incertam. ff. de præto.stipula.vbi stipulatio iudicatum solui,quæ continet in se clausulam de defendendo,scinditur ex personis hæredum.Resp.Paulum ibi accipiẽdum de stipulatione

iudica-

iudicatum solui per se considerata, non autem quatenus A continet etiam caput defensionis.

Quintum argumentum est ex l. vlt. ff. iud. solu. sed nil ad rem facit. Non enim dicit illa lex posse vnum ex hæredibus defendere pro parte, sed loquitur de plurib. hæredibus, quorum vnus rem defendit, alter nō; Vtrum in solidum defensio sit facienda, vel pro parte fieri possit, nihil ibi dicitur.

Sextum est ex l. Pœnales. §. Iulianus. ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam constare ex iudicatum solui stipulatione siue à parte actoris, siue à parte rei plures extitissent, nō omnibus nec aduersus omnes actiones contingere, sed dumtaxat iis qui vicissent, & aduersus victos, usque aduersus quos res defensa non esset, aduersus eos qui rem non defendissent.*

His enim verbis I.C. indicare videtur, obligationem defendendi inter hæredes eius, qui obligatus est, scindi; quia committitur tantùm contra eos, qui non defenderunt. Si enim esset indiuidua, vno contraueniente, committeretur contra omnes. l. 4. de verb. obl. B

Resp. non hanc esse causam; quia res pro parte defendi possit; sed quia si sint plures fideiussores iudicatū solui, & vnus nō defendat, committitur stipulatio pro parte eius ad interesse, siue ad æstimationem rei in iudiciū deductæ. l. si ex duob. l. iudicatum ff. iud. solui. æstimatio autem rei diuiduæ est, vt patet: esset enim iniquum, alterum, qui defendit, hac stipulatione teneri: quia aut is vicit, aut victus est: si vicit, iam ridiculum est eum teneri; si victus est, tenetur ex capite rei iudicatæ: quare opus non est, vt teneatur ex capite defensionis non factæ.

Septimum argumentum est, quia si obligatio defendendi esset indiuidua, quilibet hæres venditoris in solidum conueniri posset ad rem defendendam contra. l. In executione. §. in solidum. ff. de verb. obl. vbi dicitur omnes hæredes debere subsistere. Sed nihil obstat, quia tex. dicit omnes hæredes in solidum esse denunciandos, hoc est, quemlibet in solidum vt ibi. C

Postremum argumentum est ex l. cum à matre. C. de rei vend. Nam si obligatio defendendi indiuidua esset, filius hæres matris teneretur in solidum emptorem defendere; ac proinde non posset rem vendicare, etiā pro ea parte pro qua hæres non esset: contrarium autem ibi dicitur, ergo, &c. Resp. obligationem istam esse quidem indiuiduam, veruntamen hæredes teneri pro portione hæreditaria de euictione, vt habetur in dicta lege cum ex causa, & in dicta lege. In executione. §. in solidum, de verborum obligatione, quæ res facit, vt in dicta l. cum à matre, filius repellatur tantum pro ea portione, pro qua hæres matris est: non enim pro ea portione rē vendicare pōt, qui de euictione tenetur, & regula iuris est. Quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vendicantem. ff. de euict. Scio in hac quæstione aliis distinctionibus nonnullos, in d. §. Cato, vsos fuisse, præcipuè Ruinum, Alciatū, Bolognetum, & Soc. iun. sed eas referre supersedeo; quia nec satis iure munitæ sunt, & paucis veritatem mihi sufficit attigisse. D

CAPVT LV.

Ad l. Cum à matre. C. de rei vend. vtrum filius hæres pro parte matris vendentis rem ipsius, eam vendicare possit.



Ilius est hæres patris, vel matris, quæ rem suam vendidit, quæritur an eam vendicare possit, & clara extat decisio, in l. cum à matre. C. de rei vend. vendicare nō posse pro ea portione, pro qua est hæres: atque ita rectè docuerunt Soc. Sen. in l. 4. §. vlt. de verb. oblig. Socin. Iun. in §. Cato. d. l. 4. nu. 132. Ruinus, ibidem, nu. 69.

Sed contrarium docuerunt, in d. §. Cato, Alcia. num. 178. & Lancellotus Galliaula ratione, quia obligatio defendendo est indiuidua; consequēter singuli hæredes A tenētur insolidum defendere emptorem: ergo filius hæres pro parte matris suæ quæ rem vendidit, tenetur emptorem insolidum defendere: quo posito infertur, non posse rem vēdicare: quia quē de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vēdicantem. ff. de euictio. Esse insolidum obligatos hæredes ad defendendum emptorem, planum est ex l. cum causa, & l. in executione. §. insolidum, de verb. oblig. Ad l. Cum à matre, respondēt emptorem in eo casu scienter comparasse rem alienam, & ideo non potuisse agere de euictione. l. si fundum sciens. C. de euictio.

Istis non obstantibus priori sententiæ magis consentio pro qua est decisio, in d. l. cum à matre. Nec quicquā valet allata respōsio, quia ratio legis est ī eo posita quod filius sit hæres matris vel non sit. Posteriore casu dicit tex. filium posse vēdicare, priore verò non posse pro ea B parte qua hæres est. Non est vis in scientia, vel ignorantia emptoris: quid enim si promissa esset euictio, nonne agere posset emptor de euictione, scientiæ rei alienæ non obstante. l. si fundum. C. de euictio.

Ad argumentum autem, quod defensionis obligatio indiuidua sit, omissis aliorum responsionibus aduertendū puto si filius hæres sit pro parte dimidia, vel pro tertia, vel quarta parte, & fundum venditum pro eadē parte vendicet, si emptor opponat eum obligatum esse ad ipsum defendēdum. Replicabit ipse, id nequaquam esse verum, quia lis non intēditur, nisi pro parte, pro qua filius ipse actor hæres matris suæ non est. Pro ea parte loco extranei habetur; consequenter defendere emptorē non tenetur. Quod enim dicitur singulos hæredes insolidum teneri ad defendēdum emptorem hunc habet sensum, nō licere vni hæredi super lite emptori mota eum defendere pro parte tātum, omnes enim insolidum assistere debent, & emptorem defendere, sed in hac facti specie, nō tenetur filius emptorem defendere, quia non C est hæres matris, nisi pro parte, & pro ea parte fundum, non vendicat, sed pro alia parte. Si ab alio quam à filio lis emptori moueretur, & filius hæres, pro parte vellet eum pro parte defendere, non rectè faceret, quia teneretur in totū defendere, propter indiuisam vēditionis naturam; vt in d. l. cum ex causa. Præterea potest responderi, licet filius teneatur emptorem defendere, tamē si nō defendat, actionem de euictione pro parte tātum aduersus eum competere, vt dicitur, in d. l. in executione. §. insolidum. Ergo filius non defendet, & ideo de euictione tenebitur pro parte; pro altera verò parte rem suam vendicare poterit.

CAPVT LVI.

In stipulationibus prætorijs vno ex hæredibus promissoris contrauenìente, vtrum aduersus omnes pœna committatur? D



Ectè Bart. in l. 4. §. Cato, in secunda quæstione, non committi docet, sed aduersus eum solum hæredem, qui contrauenit: secuti sunt eādem sententiam cæteri frequentioribus suffragijs teste Soc. Iun. ibi, nu. 135. Fundamentum est solidum, in l. 2. §. Incertam. ff. de præto. stip. ibi. *Respondetur scindi eas in personas hæredum*, & in l. Iulianus. §. Pœnales. ff. ad l. Falcidiam.

Contrarium, & malè, docuerunt Aretinus, Ruinus, Cumanus, in d. §. Cato, & de hac re latè disputat Ripa, ibi, nu. 78. 79. distinctione quadam adhibita minimè necessaria. Nam l. 5. §. vlt. de verb. obl. l. cum ex causa. cod. tit. nihil iuuant eorum sententiam, sicut egregiè disputat Socin. Iun. loco adnotato.

Illud profsus displicet, quod nonnulli dixerunt, & nouissimè etiam Cuiacius ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §.

d.§.incertam, hoc velle Iureconsultum committi stipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contraueniente, seu victo. Nam contrarium dicit nimirum scindi eas stipulationes in personas hæredum licet regulariter ex persona hæredis obligationis condi tio non mutetur. Quod autem tex. subdit. *At in contrarium summa ratione fit vt vno ex hæredibus stipulatoris vi ueniente in partem eius committatur stipulatio* eo pertinet, vt indicet I.C. in hoc casu contrariò nullam oriri difficultatem, atque adeo summa ratione id fieri, quia, scilicet nihil obstat, sicut in præcedenti casu obstat illa *ex persona hæredis promissionis non posse descendentem à defuncto stipulatione diuersam conditionem cuiusque facere, vt in d. §.incertam.*

CAPVT LVII.

Si quis promiserit non offendere Titium, nec hæredes eius sub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offensus, an pœna insolidum committatur, hoc est an offensus cum insolidum petere possit?

Bartolus, in l.4.§.Cato, nu.30.de verb.oblig. respondit soli offenso actionem ad pœnam competere insolidum. Eandem sententiam, secuti fuere Angelus, Romanus, Soc. Bologni. Iaf.num.54. Alciatus, nu.158. & seqq. Ripa, num.99.

Sed contrarium docuerunt multi alij pœnam, scilicet insolidum committi, sed hæredem illum, stipulatoris, qui offensus fuit actionem tantum habere, pro sua parte. Ita post alios quos citat Alexand. in dicto §.Cato, num.52. Ruin.num.85. Socin.iu.alios citans ibidem, nume.151. & hanc esse communiorem sententiam scribit Alciatus, nu.158. quamuis alij quidam sententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Socin.iun.loco proximè citato.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia stipulatio de non offendendo est indiuidua, nec sui natura ad hæredes transitoria: ex eo quod fit indiuidua quilibet offensus habet insolidum actionem: ex eo aût, quod non sit ad hæredes transitoria in personam cuiusq; hæredis cẽsetur esse noua quædam promissio, & proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac si quilibet stipulatus fuisset, quo casu procul dubio insolidum actio vnicuiq; competeret ad pœnam.

Contrariæ sententiæ fundamentum est, in l.3.§.Item si in facto, de verbor.oblig. in illis verbis. Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi hærediq; suo iure agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur interesse, dicemus vtrum insolidum stipulatio committatur, an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adiecta sit insolidum commit tetur stipulatio, sed qui non sunt prohibiti doli mali exceptione submouebuntur. Respon. Bartolus ibi de stipulatione agi, quæ sui natura transit ad hæredes, promissionem autem istam nõ esse sui natura transitoriam ad hæredes.

Alij contra hanc responsionem adducunt l.stipulatio ista, §.si quis ita, ff.de verb.ob. Alex.verò aliter respõdet nimirum in proposita quæstione, dato quod stipulatio de non offendendo, non trãsiret ad hæredes stipulatoris ex natura sua, tamen negari non posse, quin hæredibus competat actio ex contractu defuncti, & sic ex causa hæreditaria. Replicat Ripa licet hæc stipulatio sit hæreditaria, tamen multiplicari in personas singulorum hæredum, atq; tot esse pœnales stipulationes, quos sunt personæ hæredum, ac propterea singulis insolidum competere actionem ad pœnam. Et licet stipulatio ire, agere licere, non transeat ad hæredes, vt in §.si quis ita: tamẽ posse sui natura transire, & in hoc à stipulatione ista de nõ offẽdẽdo differre, quæ omninò est personalis, nec sui natura est apta transire ad hæredes.

Puto ego posteriorem sententiã esse probabiliorem, quia pro se habet tex.in d.l.2.§.item si in facto. His accedit ratio, nam è contrario si vnus ex hæredibus promissoris in re indiuidua contraueniat videmus pœnam committi pro portione hæreditaria contra omnes, iuxta decisionem. §.Cato, & in terminis propositæ quæstionis est communis sententia teste Ripa, ibi.nu.100. Igitur & in quæstione nostra dicendum est, pœnam insolidum committi, hoc est vt actio competat omnibus hæredibus stipulatoris pro portione hæreditaria, veruntamen exceptione repellantur cæteri hæredes, qui prohibiti non fuere.

Malè Alciatus, qui existimauit tex.in d.§.Item si in facto, probare sententiam Bart. dum ait pœnam insolidum committi: istud.n.non est ita accipiendum quasi cõmittatur pœna omnibus stipulatoris hæredibus, sed illi tantum, qui prohibitus est. Nõ rectè, quia tex. declarat quo modo pœna insolidum committatur, & satis apertè indicat singulis hæredibus ipso iure committi pro hæreditaria portione dum subdit: *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.* Nam si soli prohibito in solidum actio competeret, & non aliis hæredibus non esset opus, vt exceptione repellerentur.

Non obstat, quod dicebatur stipulationem de non offendendo, sui natura non esse transitoriam ad *hæredes*, quia vt benè respondet Alexander, satis est in *proposito* nostro ex cõtractu defuncti transire, quia *actio inter* singulos hæredes diuiditur pro portione *hæreditaria*. l.ea quæ.C.fam.hercis.

Non obstat replicatio Ripæ, *scilicet multiplicati* pœnales stipulationes ex personis singulorũ hæredũ, quia id est verum, sed cum sua qualitate, nimirum, vt vno ex hæredib. offenso committatur stipulatio ad pœnam singulis hæredibus pro portione hæreditaria, sic & in d.§. Cato, vno ex hæredibus promissoris cõtrauenient omnes cõtrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam stipulationis *iter fieri*, quot sunt hæredes promissoris, tot videntur esse promissiones, & tamen pœna committitur in singulos hæredes pro portione hæreditaria. Hic igitur nos contemplari oportet, non solum indiuiduam principalis stipulationis naturam, sed etiam pœnalem stipulationem, quæ diuidua est: Et licet nõ sit ad hæredes transitoria ipsa principalis promissio, transit tamẽ ex defuncti contractu, & cum sua natura, vt nimirum pro portione hæreditaria singulis hæredibus committatur. Atque ita sentio.

CAPVT LVIII.

Statuto stante vt homicida capite plectatur, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi, an sufficiat habere pacem à maiori parte hæredum?

Affirmat Bart. sufficere, in l.4.§.Cato, in vlt. quæst. Castr.in l.2.§.ex his, de verb.oblig. Aret.in l.pro hærede, §.vlt. de acq.hære. vbi dicit communem esse, alios citat Soc. iun.in d.§.Cato, nu.155.

Negant autem Iaf. Ripa, Alciatus, qui alios adducũt, in d.§ Cato, & Felin.in c.cum omnes, de constit.col.10. vers. septimò fallit, vbi dicit sententiam Bart. communiter reprobari. Affirmantis sententiæ fundamentum est, in l.& suum, cum l.seqq.ff.de pact.& in l.vlt.C.qui bon. ced.pos.& in l.quod maior, ff.de mancip. Posterioris autem, in l.per fundum, ff.de ser.rust.præd.in l.rescriptum. ff.commu.præd.in l.in casu, de verb.signifi.& in regula, quod omnes tangit, de reg.iur. lib.6. l.si autem plures, de acq.plu.arcen.

Res sanè per quam obscura est, namque ex vna parte verba statuti omnium hæredum exigunt consensum, ex altera pugnat æquitas vt liberetur à pœna mortis occisor.

sor. Non videntur ad rem facere leges adductæ pro sententia posteriore, quia hic non agitur de hæredii præiudicio, sicut quando seruitus prædio imponenda est, imò pacem inire laudabile, & Christianum est. Sed nec leges adductę pro sententia priore admodum vigere videntur quia creditorū intererat, vt hæredi as adiretor vt quin quennalis dilatio cōcederetur, forsitan enim eis satisfie ri aliter non poterat: quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet. Denique sic concludo. Aut hæredes occisi recusant pacem inire ne amittant actionē iniuriarum, & hoc nihil est, quia iniuriarū actio non transit ad heredem. l. si cum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautio. aut recusant ne damna, & expensas atque actionem ex l. Aquilia amittant; & hoc etiam nihil valet; quia remittens iniuriam non videtur remittere damna, expēsas, & interesse, vt probat optimè Antonius Gomezius tit. de iniuria, nu. 13. Aut recusāt, quia volunt necem vendicare, ne incidant in pœnam, iux. l. vlt. ff. ad Syll. & l. 1. C. de his quibus vt indig. & istud nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est vt occisor eondem netur ad mortem, nisi pacem habuerit ab hæredib. occisi. Itaque nullum isti hæredes periculum incurrunt amittendæ hæreditatis. Aut denique pacem facere recusant, vt occisor capite plectatur, vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideo non obstat, quoniam nullum præiudicium continet ipsorum hæredum, & consequenter nos versamur extra casum legum allegatarum pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutem constitui vel aliud ius acquiri, propterea quod res illa omnes hæredes tangit, hoc est præiudicium singulorum continere videtur. Versamur autem in specie non dissimili ab ea quæ continetur in legibus adductis pro sententia priore: Nam hæredum qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus inimicitiam ortam omnemque odij ansam amoueri; & non impediri quominus occisorem pacem petentem à morte liberent.

Ex quibus palam esse potest Bartoli sententiam quæ primi loco relata superius est, nisi aliquod adsit præiudicium hæredis recusantis pacem facere, iuri & æquitati magis consonam esse.

CAPVT LIX.

Vtrum creditor inuitus rogatur accipere particularem solutionem?



Vm partis solutio non minima adferat incommoda, vt ait I.C. in l. 3. ff. fa. hercis. meritò cōmuni Doctorum sententia receptum est, creditorem inuitum non esse cogendum partis solutionē accipere, vt notant omnes Doctores, in l. quidā. ff. si cert. pet. cum scilicet totum debitum est liquidū, ne obstet. d. l. quidam. Et hæc sententia optimè probatur ex lege Tutor. §. Lucius. ff. de vsuris, vbi Modestinus. *Si non hac lege mutua pecunia data esset, vti liceret particulatim quod acceptum est exoluere, non retardari totius debiti vsurarum præstationem*, &c.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alciatus & Corasius, in l. 2. §. & horum, de vet. obl. Fulgosius, & Decius, in d. l. quidam, quorum argumenta refutanda sunt.

Primum est ex d. §. & horum, primo in illis verbis: Quædam partis præstationem recipiunt veluti cum decē dari stipulamur, nec enim id recipiendi deberad eum casum quo creditor consentit; præsertim cum inferius dum agitur de stipulatione hominis dicat tex. *Nam et si Stichi pars soluta sit, nōdum in vlla parte stipulationis liberatio nata est*: etenim hoc intelligendum est inuito creditore; voleti enim creditori aliud pro alio solui potest, l. 2. §. Mutui, de reb. cred. si cer. pet. Ergo & quod superius dictum est cum decem dari stipulamur partis præstationem id recipere, intelligendū est etiam inuito creditore

A Respondeo cum decē dari stipulamur, hanc stipulationem partis præstationem recipere sui natura, quia quantitas hæc diuidi potest, & hæc est mens I.C. Vtrum autē debitor possit partem soluere inuito creditore necne, id ex aliis locis petendum est. Quod aūt in ferius subdit, si pars Stichi soluta sit liberationem nō contingere, huc pertinet vt ostendat I.C. id quod paulò ante dixerat, nimirum, quędam sui natura partis præstationem recipere, sed nisi tota dentur stipulationi non satisfieri. Fateor hoc posterius accipiendū esse inuito stipulatore, seu creditore; sed nego ea, quę sui natura partis diuisionem recipiūt veluti cum decem dari stipulamur etiam inuito creditore, semper recipere. Aliquando, n. inuito creditore solutio partis fit, veluti cum plures sunt hæredes debitoris, & vnus suā partem soluit. l. In executione, §. 1. ff. de verb. obl. l. si testamento, §. 1. ff. de fideiuss. aliquando non potest fieri, veluti cum ipse principalis debitor partem offert, d. l. Tutor, §. Lucius. ff. de vsuris.

B Secundum argumentum est creditor pōt partem exigere inuito debitore, ergo & debitor partem soluere potest inuito creditore; vt correlatiuorum eadem sit natura, l. 1. C. de cupress. lib. 11. Respondeo negando antecedens: namq; creditorem inuito debitore exigere posse partem debiti, iure non probatur. Non ad rem facit. l. 3. tamen. §. pe. ff. ind. sol. sed contrarium probat. l. In commodato. §. duobus, ff. commo. & est communis Doct. sententia, non licere creditori, inuito debitore, partem crediti exigere; ne cōtinentia causæ diuidatur, vel debitor distrahatur pluribus iudiciis: vide Mathesil. singu. 115. Nota, quod si ex centum, & ibi addentes Imol. Alex. & Aretin. in l. 1. ff. de acq. hære.

Tertium argumentum est, quia in fisco locum habet particularis solutio. l. Placuit, C. de colla. fundo pat. lib. 11. ergo multò magis in priuatis. Resp. illud esse specialiter constitutum in iis qui obtinent res emphyteuticas, C vel patrimoniales fisci, ideo non est trahendum in consequentiam ad omnes alios debitores.

Quartum argumētum est, quia si plures sint hæredes promissoris certæ quantitatis pecuniæ, & vnus eorum partem offerat pro portione hæreditaria, liberatur creditore inuito. l. In executione, §. 1. de verb. obl. l. si testamento, §. 1. de fideiuss. Ergo idē est in ipso debitore principali, quia ex persona hæred s non variatur conditio obligationis. l. 2. §. ex his, de verb. obl. Resp. negando cōsequentiam, quia inter principalem debitorem, & ipsius hæredes maxima est ratio differentiæ. Principalis debitor totum soluere tenetur vt fidem suam liberet, & promissori satisfaciat; verum hæredes plures pro portione hæreditaria tenentur. l. 2. C. de hære. act. quia lex 12. tabularum diuidit inter eos obligationem; vt scilicet, non singuli teneantur totum soluere, sed partem pro portione hæreditaria.

Quintum argumentum est, quia lex 12. tabularum diuidens obligationem inter hæredes pro portionib. hæ D reditarijs, esset iniqua, & creditoribus damnosa. l. 3. ff. fa. mil. herci. Resp. nec iniquam esse, nec creditoribus damnosam. Non est iniqua, quia, vt dixi, cum sunt plures hæredes qui succedunt in ius defuncti necesse est, vt inter eos diuidantur commoda, & onera hæreditaria. Nō est damnosa, quia creditores habent actionem contra omnes hæredes. Quare si vnus soluerit partem suam, remanet eis actio contra alios, qua possunt simul totam debiti quantitatem consequi.

Porrò ad l. Tutor, §. Lucius, de vsur. respondent contrariæ sententiæ autores ibi agi de vsura, quæ pœnæ similis est. Pęna verò facit stipulationem individuam. l. 5. §. Si sortem, de verb. obl. si certum pet. quare nec partis solutio admittitur. Nihil moror hanc responsionē, quia si debitor solutione partis liberaretur inuito creditore vsuræ totius summæ nō deberentur. Et quod dicitur de cōparatione pœnæ ac vsuræ, nihil est, quia quod attinet ad l. 5. §. si sortem, illius ratio non est in eo posita, quod

de pœna

de pœna agatur, sed in eo quod aliter fieri non possit si ne iniuria stipulatoris, vt ibi expresse dicitur, & aliàs quoque nos latius explicabimus.

CAPVT LX.

De regulis cognoscendi, an facta sint indiuidua?



NOn malè Bar. in l. stipu. non diuiduntur. de verb. obl. in 3. q. & cum eo cõis interpretũ schola tres constituit regulas ad cognoscẽdum, an facta sint indiuidua vel diuidua. Prima, si tale sit factum, quod pro parte, non afferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam pro toto respectu totius, est indiuiduũ, secus si adferat. Exemplum, si quis promittat opus fieri, puta insulam fabricari, fossam fodi, Romam ire. Probatur aig. l. in executione. §. a. de verb. ob. ibi: *Quia operis effectus in partes scindi non potest*, & l. stipul. non diuiduntur. eod. tit. ibi: *Horum in dusso corrumpit stipulationem*. l. si is qui. §. quędam. ff. ad l. Falc. ait tex. sed opus mancipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neq; n. vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quę ex cosummatione contingit, nõ dederit. Quid. n. est aliud, operis effectum in partes scindi non posse, diuisionem eius corrumpere stipulationem, neque balneum neque theatrum fecisse videri, qui ei propriam formam non dederit; quid ioquã aliud hæc sibi volunt, quàm partem factorum istorum, nõ adferre vtilitatem pro parte, sicut totum respectu totius adferre videtur? Si pars operis pro parte adferret vtilitatem, sicut pars pecuniæ promissæ respectu partis vtilitatem adfert eandem, quam tota respectu totius, certè opus rectè diceretur esse diuiduum ob eandẽ rationem, quæ est in pecunia.

Secunda regula illud factum dicitur indiuiduũ quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, in diuersis rebus fieret solutio. l. in executione, §. pro parte, ff. de verb. obl. ibi: *Solui autem, nisi insolidum non potest; alioquin in diuersis hominibus rectè partes soluerentur*. Hic autem est notandum, non distinguere hoc in loco Bart. inter indiuiduum solutione tãtum, & indiuiduum obligatione & solutione: satis enim est regulam esse aptam ad constituendum factum indiuiduum, siue illud sit solutione tantum, siue obligatione & solutione. Aliàs aũt differentia est vtrum solutione tantum, an verò solutione & obligatione aliquid sit indiuiduum.

Tertia regula: illud factum dicitur diuiduum in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum, quod pro parte impletum adfert tantam vtilitatem respectu partis, quã tam totum respectu totius. Secundum, quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, contingit solutionem fieri in eadem re, vt si quis teneatur ad restituẽdũ sacculum pecuniæ. Exemplũ est in stipulatione, amplius non agi, & rem ratam haberi. vt i. ol. 4. §. Cato, de verb. ob. Malè aotor tract. diuidui & indiuidui, in 2. par. 2. partis, nu. 262. reprehendit has regulas, nam quæ opponit friuola sunt.

Primam regolam ait nihil concludere, quia sequeretur dationem domus vel fundi, aut certi hominis, vel equi non esse diuiduam, sed indiuiduam obligatione & solutione, quoniam pars rei animatæ non adfert vtilitatem. Resp. potest, Bartol. nõ loqui de datione, sed de facto. Nam circa stipulationes quæ consistunt in dando, non sunt constitutæ dictæ regulæ, sed ad eas spectant quæ in faciendo consistuot.

Secũdò obijcit, stipulationem rem restitui diuiduam esse, & tamen non adferre pro parte vtilitatem. Respondeti potest, imò stipulationem rem restitui, indiuiduam esse solutione. l. si duo. ff. depo. nec continere nudum factum, & proinde huc non pertinere. Nec enim Bart. in his regulis tradendis rationem habuit indiuiduæ stipulationis quoad obligationem vel quoad solutionem, sed satis illi fuit regulas tradere, quibus cognoscatur aliquã obligationem facti indiuiduam esse. Nec superfluitatis argui potest, quia nihil nocet rem ploribus explicare, & quæ superabundant non solent viriare scripturas.

Non etiam satisfacit regula, quam ipse tradit anthor dicti tractatus, diuidoas esse obligationes, quando debitum præstari potest pro parte: indiuiduas autem quando non potest, sed totum præstari debet. Nam fateor id verissimè dictum, & hanc esse naturam diuiduæ obligationis vel indiuiduæ. Illud autem quero, an sit aliqua regula quibus intelligi possit totũ præstari oportere, partem præstari non oportere. Author ille nullam eiusmodi regulam docet, ergo nõ tam audacter alios accusare debuit; omni enim culpa carere debet, qui in alterum dicere paratus est. Malè etiam Cumanus, licet habeat Duarenum protectorem, lib. 6. dispur. cap. 59. Facta esse indiuidua quę sunt visibilia, siue vt Duarenus loquitur, corporalia; diuidua aũt, quę sunt inuisibilia, seu incorporalia. *Nam fossam fodere, rem tradere, & similia, quæ vel à demente, & eo qui intellectu & iudicio caret, non minus quàm à sano homine expediri possunt. Cũ enim in hac executione nihil possit animus, sed corpore omnino opus sit; quonam modò potest ea diuisio locum habere, quæ intellectu tantum fiat, non etiam corpore? hæc & similia Duarenus.* Non placent: quia responderi potest in rebus corporalibus animum & intellectum facile diuisionem facere posse, etsi res corpore non diuidatur; & hoc sufficere, vt res dicatur esse diuidoa. Sed de his apicib. iam satis philosophati sumus.

CAPVT LXI.

Testator reliquit mille in constructionem ecclesiæ, & reliquit quatuor hæredes, vtrum obligatio sit indiuidua, vt singuli teneantur insolidum?



AFfirmant esse indiuiduam Angel. Imol. & Castr. in l. in executione, ff. de verb. oblig. Alex. in §. a. §. & harum, nu. 5. eod. tit. & ibi dem Alciat. nu. 6. & lib. 2. Parergon. ca. 21. Iason in l. stipulationes non diuiduntur, nu. 27. eod. Fundamentum est in l. Fideicommissa. §. pe. de leg. 3. Vlpianus: *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemque hæredum in solidum teneri D. Marcus, & Lucius Verus Proculæ rescripserunt.* Hoc accedit quod dicitur dationem ordinatam ad factum pro facto reputari, vt nos in l. Naturalis, §. quod si faciam, de præscripti. verb.

Sed quod attinet ad tex. in §. pen. ille loquitur quando hæredibus à testatore iniunctum est opus, vt scilicet ipsi illud fieri curent, non autem quando certa pecunia relicta est pro opere faciendo. Id patet ex verbis sequentibus eiusdem textus, quæ sic se habent. *Tempus autem cohæredi præstiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solum Proculum voluerunt facere imputaturam cohæredi sumptum pro parte eius.* His enim verbis intelligitur hæredibus iniunctum onus hoc fuisse, vt opus faciendum curarent, & solam Proculam voluerũt facere, imputaturam cohæredi sumptum. Quod verò dicitur dationem ad factum ordinatam, facto comparari, hunc sensum habet, vt si quis seruum dederit vt manomittatur, is manumisisse videatur, sic loquitur Gl. in d. §. quod si faciam. Ex quo potest inferri hæredes qui pecuniam dederint vt opus fieret, videri fecisse ipsum opus; nõ autem inferri põt id quod infertur, testatorem aliquid legantem pro opere faciendo, eodẽ iure habendum, ac si opus illud faciẽdum iniungeretur hæredibus. Ratio. n. differentiæ est, quia cum opus fieri mãdat, omnes hæredes insolidum obligat; cum verò certam pecuniã legat pro costruendo opere, non obligat hæredes ad faciendum opus, vel ad curandum illud fieri, sed ad certã pecuniæ

cuniæ quantitatem persoluendam; quæ diuisionem recipit ex persona cuiuslibet hæredis, pro portione hæreditaria.

Contrariam igitur sententiam in proposita quęstione secuti sunt Dynus, Iacob. Rauenn. Alber. & Bart. in d. §. pen. Alex. in d. l. stipulationes non diuiduntur, col. 6. Socin. & Ias. in d. §. & harum, & hæc est verior. Afferri solet lex pro hac sententia, in l. mortuo. §. vlt. de leg. 2. qui reuera ad rem non facit, vt præclare ostendit Alciatus, lib. 2. parergon. cap. 22. Probatur igitur hęc verissima sententia, ex generali regula, quæ docet omnem obligationem esse diuiduam inter hæredes, si agatur de re, quæ diuisionem recipit, veluti est, pecuniam præstari. l. 2. §. & harum, de verb. obl. l. pro hæreditariis. C. de hæred. act. l. hæredes. §. idem iuris. ff. fam. hercisc. At in proposita facti specie, testator pecuniam præstari mandat; ergo est diuidua obligatio ipsorum hæredum pro hæreditaria portione. Quod enim opus faciendum sit ex pecunia illa, non hoc pertinet ad onus hæredum, sed ad alios quorum interest, vel iure incumbit opus fieri: hoc tantum hęredibus onus iniungitur, vt soluant pecuniam. Quare si eam pro portionibus hæreditarijs inferre parati sint, nihil proponi video cur ad aliud teneantur,

CAPVT LXII.

Conciliatur l. & ideo, de verb. oblig. cum l. Martius. ff. locati, & l. mora. §. pen. ff. de vsuris cum l. penultima. ff. de duobus reis.

IN hac materia diuiduę, & indiuiduæ obligationis occurrit antinomia quædam inter l. & ideo, de verb. oblig. & l. Martius. ff. locati. Fateor antiquos glossatores ac interpretes non tam acute vidisse, sicut recentiores quidam viderunt. Nā in d. l. Martius de conductore agi operis faciendi, patet ex verbis textus: ideo nihil mirum si periculum ex terræmotu, non vitio operis proueniens, ad eum non spectat. Quid enim aliud ei iniūctum est ex contractu locationis, quam vt opus faciat; si fecerit illud, & sine culpa sua perierit, periculum est domini, nō autem conductoris; quia res perit domino non alteri l. si creditor. C. de pign. act. & quæ fortuitis casibus eueniunt, in nullo bonæ fidei iudicio præstantur. l. quæ fortuitis. C. eod. tit. l. contractus, de reg. iur. At in l. & ideo, non agitur de conductore operis, sed de eo qui erat obligatus ad id faciendum, vel ex promissione, vel tanquam hęres alterius: si partem operis fecit, vel fieri curauerit, quæ incendio consumpta sit, periculum ad eum spectat; quia suæ obligationi non satisfecit, donec opus absolutū præstiterit. Recte etiam idem monet. l. mora. §. pen. ita conciliari posse cum l. pen. ff. de duob. reis: factum vnius rei debendi, alteri nocet correo; vt in d. l. pen. quantum ad principalem obligationem; ideo si alter correus seruum debitum occidat, vel aliquid delinquat circa rē, quę præstari debet, non idcirco alter correus liberatur. Mora autem vnius correi alteri non nocet, quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur, ita vt & vsuras præstare teneatur, sicut in bonæ fidei iudicijs præstantur ex mora; vt in d. l. mora: quæ lex de his vsuris cum loquatur in principio, videtur etiam de eisdē loqui, & ad eas respicere inferius, dum agit de mora vnius rei, & ait alteri reo non nocere. Cæteræ expositiones veterum, non sunt ita perspicuę; diuinant, & ad scopum non collimant.

A

CAPVT LXIII.

Explicatur materia diuidui, & indiuidui, præpositis conclusionibus breuiori & faciliori via.

SEd operępretium duxi, istam materiam in aliquot veluti theses conijcere; quò facilius percipi possit, cum difficillima sit, sæpe igitur repetita non displicebunt.

1 Ad cognoscendum quę sit diuidua, vel indiuidua stipulatio, nullum doctorem Paulo I. C. meliorem habemus: is enim. l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig. *Stipulationem*, inquit, *quædam in dando, quædam in faciendo consistunt, & harum omnium, quædam partium præstationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur; quædam non recipiunt; vt in his quæ natura non admittunt diuisionem; veluti cum viam, iter, actum stipulamur.* Diuidua igitur est obligatio, quę diuisionem recipit: indiuidua, quæ non recipit. B Exempla affert Paulus quæ vides.

2 Cui & Vlpianus consonat, in l. 72. eod. tit. cum ait; *Stipulationes non diuiduntur, earum rerum quæ diuisionem non recipiunt, veluti via, itineris, actus, aquæductus, cæterarumq; seruitutum.*

3 *Sed quædam*, inquit Paulus, in d. l. 2. §. 1. *partis quidem præstationem natura sui recipiunt, sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit; veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet aliud vas.*

4 Nec enim vt, nostri monēt interpretes, ea esse potest mens stipulantis, vt partē vasis, hominisve cōsequatur.

5 Et hoc est quod Vlpianus ait in d. l. 72. *Harum enim rerum diuisio, corrumpit stipulationem.*

6 Et loquitur ibi, exēplumq; proponit, cū quis *faciendum aliquid stipulatus est, vt puta fundū tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid ijs simile.*

7 Vis rationem cognoscere huius rei? eā pete ex Caio, C in l. 79. §. quædam. ff. ad l. Falcid. *Sed si opus*, inquit, *municipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neque enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit.*

8 His cōgruit Vlpiani respōsum, in l. 11. §. pe. de leg. 3. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemque hæredum insolidum teneri*, & paulo infra, *ergo & in statua, & in seruitute, & in cæteris, quæ diuisionem non admittunt idem est dicendum.*

9 Non idem est dicendum si pecuniæ certa quantitas legata sit in opus aliquod faciendum; tunc enim inter hæredes obligatio diuiditur: vt rectè docuerunt Dyn. Iacob. Rauenn. Albericus, & Bart. in d. l. 11. §. pen. de leg. 3. & multi alii.

10 Non quidem ex responso Iureconsulti, in l. mortuo. §. vlt. de leg. 2. illud enim aliam habet interpretationem, quam Alciatus affert, lib. 2. parergon. cap. 22.

D 11 Sed ob regulam generalem, quæ ex lege 12. tabularum descendit, & obligationem inter hæredes diuidit, si modo res diuisionem patiatur. l. 2. C. de hæred. act. pecuniæ vero quantitas diuisionem recipit.

12 Qui vero contrarium docuere, Angelus, Imola & Castr. in l. in executione, de verb. obl. & alii, forsitan hallucinati sunt eam ob causam, quod l. 11. §. pen. de leg. 3. de istiusmodi facti specie loqueretur: Aut enim initio: *Si in opere ciuitatis faciēdo aliquid relictum sit:* Sed vlteriora verba spectare oportuit, quibus apparet non certam pecuniam ad faciendum opus relictam fuisse, sed hæredibus iniunctum opus, ibi. *Tempus autem cohæredi præstiterunt intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere, &c.*

13 Sed quid est, quod ait Pomponius, in l. 5. §. vlt. de ver. oblig. *Si sortem promiseris, & si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi vnus ex hæredibus tuis portionem suam ex parte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæ-*

redi soluatur? Hic agitur de pecunia quæ diuisionem recipit; cur ergo indiuiduæ obligationis naturá imitatur?

14 An quia, vt dicebat Bar. in l. 4. § Cato de verb. oblig. obligatio hæc in dando consistat; Et ideo si hęres nó soluat portioné cohęredis, sit in culpa; quia id potest facere, & postea repetere iudicio fam. herciſc. iux. l. 2. §. ex his. l. in executione. §. quod si stipulatus, de verb. oblig. Secus vbi stipulatio consistit in faciendo; quia non est in potestate cohæredis efficere, vt cohæres faciat, vel non faciat; ideo pœna committitur pro parte contrafacientis tantú, vt in d. l. 4. §. Cato de verb. oblig.

15 Minimè gentium: nam sequeretur pęnam cessare si hæres id præstare non possit; quod repugnat. l. in executione. §. pen. de verb. oblig.

16 Nec enim placet quod Bar. docet, quempiam rei alienæ dominium transferre posse pro solutione debiti sine consensu domini; id enim pugnat cum l. id quod nostrú de reg. iur. cum l. 1. C. de comm. rerum aliena.

17 Nec si id faciat pro solutione æris alieni. l. 4. C. de rebus alien. non alienand.

18 Non iuuat Bart. l. si procuratorem. §. si ignorantes. ff. mand. quia nó dicit text. id fideiussori licuisse, sed narrat factú, & ideo intelligendus est in casib. à iure permissis, vt puta si fideiussor potestatem habeat id faciendi ex cósensu debitoris, qui rei est dominus.

19 Nil facit Auth. si captiui. C. de epis. & cleri. quia ius est singulare fauore captiuorum, quò facilius redimátur.

20 Nil suffragantur alia iuris loca. Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. ag. opor. glos. in l. venditor. de iudicijs l. si cum vno. si ex noxa. cau. agatur: quia non huc pertinet, vt legenti statim apparebit.

21 At dices, vtiliter gerenti negociú, cósensum esse pręstandú. l. Póponius. ff. de neg. gest. est autẽ vtile ad euitandam pœná, vt hæres cohæredis sui rẽ stipulatori tradat.

22 Sed quid si magis vtile foret pœnam soluere?

23 Pręterea negocia aliena gerẽtis potestas nó vsque eò porrigitur, vt alienare bona possit, p̃sertim fundú, & alia immobilia: id tibi probat. l. 4. C. de reb. alien. nó alienan.

24 An dicemus l. in executione. §. pe. de ver. obl. nó loq. de hæredibus, sed de principali promissore, qui fundum promisit sub pęna? Sic. n. dicebat Soc. iun. in d. §. Cato.

25 Non acquiescit animus huic Socini iunio. responsioni; quia tex. in §. pen. indefinitè loquitur, vt totus fundus det, nullo discrimine cóstituto inter p̃missoré & hẽdes.

26 Ergo auscultemus Cuiaciú, perpendenté, in §. Cato iniuriá stipulatoris, cuius meminit I. C. ĩ d. l. 5. §. si sorté: dum ait, aliud nó posse fieri sine iniuria stipulatoris: ná eũ solutio particularis, non modica habeat incommoda. l. 3. ff. fam. hercis. hinc oritur iniuria stipulatoris; quia ex solutione partis, incommodum sentit; ideoq; pęná rectè petit; quia stipulationi satisfactum nó videtur: hęc ratio iniuriæ stipulatoris locum non habet, in §. Cato; quia stipulatori nihil est præstandum, ibi, *sed amplius non agi ei permissum est; quare si pro parte agatur, ab vno ex hæredibus. pœna tantum pro parte committitur; nec enim amplius stipulatoris interest.*

27 Redeo ad Paulú, in d. l. 2. §. 1. de verb. oblig. is rectè quidem docet, diuiduam esse stipulationem præstationis pecuniæ; sed non rectè docent qui ex hoc putant inuito creditori solui posse partem debitæ pecuniæ.

28 In húc scopulum incautè impegere Alciatus, & Corasius, in d. §. 1. in quibus nec suffragatur tex. ibi, & maximè repugnat. l. tutor. §. Lucius. ff. de vsuris.

29 Si enim partis solutio rectè fieret inuito creditore, cur totius summæ vsuræ deberentur, deposita parte pecuniæ? Cur l. C. ibi exigeret pactum expressum, quo particularis solutio fulciretur?

30 Nihil moror responsiones quę afferentur, vsuram esse similẽ pœnæ, ac proinde solutioné partis impedire, sicut & pœnæ stipulatio impedit; iux. l. 5. §. si sortem, de verb. obl. nam in §. si sortem est ratio, quá iam ex Cuiacio istus indicaui. Nihil moror argumenta reliqua; ea

A enim confutaui lib. 12. controuers. cap. 6.

31 Cõcludo vna cum Paulo, diuiduas esse stipulationes earum rerum quę diuisionem recipiunt: Indiuiduas autem, quę non recipiunt. Hoc enim sufficit ad sciendum, quid sit diuidua, & indiuidua stipulatio.

32 Non quæras meliorem magistrú Vlpiano, in l. 85. de verb. oblig. *In executione obligationis quatuor esse causas: Nam interdum est aliquid, quod à singulis hæredibus diuisim consequi possumus: aliud quod totum peti necesse est, nec diuisim præstari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solui nisi totum non potest: aliud quod solidum petendum est, licet in solutione admittat sectionem.*

33 *Prima species pertinet ad promissorem pecuniæ. Secũda ad opus quod testator fieri iusserit. Pro parte autem peti, solui autem nisi totum non potest; veluti cum stipulatus sum hominem incertum. Insolidum vero agi oportet, & partis solutio affert liberationem, cum ex causa emptionis intendimus.* Sic Vlpianus vbi supra.

B 34 Paulo rudius, & crassiori filo Batt. in l. 4. §. Cato. Indiuiduum aliud esse contractu, obligatione, & solutione, veluti iter fieri: aliud obligatione, & solutione: aliud solutione tantum.

35 Non male etiam idem Bart. in l. stipulationes nó diuiduntur, nu. 18. res dici diuiduas vel sc̃dm naturá, vel secundú iuris dispositionem. l. non amplius. §. vlt. de leg. 1.

36 Ité diuiduũ recipere partes multiplicatiuas, *puta dimidiá, tertiam, quartá*: quandoq; partes *iuridicas, vt est* vsusfructus, & p̃prietas rei; qñq; discretas *partes, veluti* sunt res mobiles, quæ in partes diuiduntur separatas.

37 Alij alia indiuiduorum genera comminiscuntur, sed quid opus est aurum cum inueneris, *illud cum* ære permutare? Ex fontibus legum, & receptis doctorum traditionibus hæc inspice signa ad intelligendum, quæ sit diuidua vel indiuidua obligatio.

38 Aut in obligatione est ré dari, q̃ cósistit in quátitate, vel, in ijs rebus quę pódere, numero, & mẽsura cósistũt,

C veluti pecunia, frumentú, oleú, & statuas esse diuiduam obligationem. l. 2. §. 1. l. in executione. §. 1. de verb. oblig.

39 Aut est certa species, puta, lances; & est diuidua petitione, & obligatione. l. si stipulatus. §. 1. ff. de solution.

40 Aut in obligatione cótinetur species in genere, puta homo; vel alternatiue, puta, homo vel leo, & tunc est diuidua obligatione, & petitione; solutione autem indiuidua. l. in executione. §. pro parte, de verb. oblig.

41 Aut seruitus deducitur in stipulationé, & dicas esse indiuiduam. l. 2. §. 1. l. stipulationes non diuiduntur, de ver. oblig.

42 Excipe vsumfructum, quia diuiduus est. *l. 5. de vsufr.*

43 Non idem est in vsu; est enim indiuiduus. *l. vsus pars,* de vsu, & habi.

44 Vis causam scire? Vsusfructus est pars dominij. l. 4. de vsufructu: dominium est diuiduum; refertur enim ad fundum, & ad fructus fundi, qui sunt diuidui; ideo & ipse diuiduus est.

D 45 Vsus autem refertur ad personæ indigentiam, & necessitatem, quę res diuisionem non accipit; quis enim diuidet personæ cuiusdam indigentiam?

46 Aut conditio adijcitur obligationi, & facit eam indiuiduam. l. sicut fundus, de cond. & dem.

47 Quandoq; enim pœna adiecta facit, vt obligatio indiuidua sit, vt in l. 5. §. vlt. de verb. oblig. propter iniuriá stipulatoris, vt dixi.

48 Quandoq; res natura sua diuisionem recipit, sed nisi totum detur, stipulatori non satisfit; vt in l. 2. §. 1. de ver. oblig. vbi exempla afferuntur.

49 Aut in obligatione sunt facta, veluti ré tradi, fossam fodi, insulá fabricari, & hęc indiuidua esse dubium non est. l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.

50 Regulæ vero cognoscẽdi facta indiuidua tres à Bart. constituuntur, in d. l. stipulationes nó diuidũtur. Prima si tale factú sit, quod pro parte non afferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam totum, respectu totius.

51 Exem-

51 Exempla habes in l. in executione. §. 2. de verb. oblig. & in d. l. stipulationes non diuiduntur, & in l. si is qui, §. Quædam. ff. ad l. Falcid.

52 Altera est regula. Factum indiuiduum est, quando si pro parte fieret, & pro parte id quod interest præstaretur, contingeret in diuersis rebus fieri solutionem. l. in executione. § pro parte. eod. id autem indiuiduum est, respectu solutionis, nō autem obligationis, vel petitionis, vt ibi dicitur.

53 Factum dicitur diuiduū, in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum quod pro parte impletum affert tantā vtilitatem respectu partis, quātā totum respectu totius: Secundum quod si pro parte adimpleatur, & pro parte interesse præstetur, adhuc contingit solutionem fieri in eadem, non autem in diuersis rebus: vt si quis teneatur restituere sacculum pecuniæ: si enim pro parte præstetur id quod promissum est, fiet solutio in pecunia. Si nō præstetur tenditur promissor ad interesse, & illud in pecunia consistet: idem puto in promissore amplius non agi, & rem ratam haberi iux. l. 4. §. Cato, eodem.

54 Non placet Cumani doctrina licet ei Duarenus adstipuletur, lib. 1. disput. cap. 59. facta esse indiuidua, quæ sunt visibilia siue corporalia; diuidua autem quę sunt inuisibilia, siue incorporalia.

55 Cur enim animus ac intellectus facta corporalia & visibilia diuidere non possit?

56 Primum omnium satis constat, hoc operari indiuiduam obligationē, vt nec principalis promissor, nec hæredes satisfacere possint, nisi totum præstiterint. l. 2. §. ex his de verb. oblig.

57 Secundò: si indiuidua sit stipulatio, vno ex hæredibus contrauenientie, pœna quoad omnes cōmittitur, quia omnes fecisse videntur id, quod nisi in solidum committi potest. l. 4. §. Cato de verb. oblig.

58 Tertiò: si res sit diuidua, vno ex hæredibus promissoris contrauenientie, pœna committitur pro parte illius tantum d. l. 4. §. Cato.

59 Respectu tamen ipsius principalis promissoris, etiā si diuidua sit stipulatio, veluti rem ratam haberi, pœna in totum committitur, si pro parte ratum non habeat, d. l. 4. §. Cato in fine.

60 Hæc enim stipulatio rem ratam haberi, non diuiditur, nisi in personis hǣdum l. 2. §. incertā. ff. de præt. stip.

61 Quartò: si obligatio sit indiuidua solutione tantum, & vnus hæredum totius rei restituendę facultatem habeat, officio iudicis compellitur ad totam restituendam, l. 3. §. hęres. ff. commod.

62 Quintò: etiam hoc operatur indiuidua obligatio solutione, vt non contingat hęredibus liberatio, nisi integræ rei præstatione. l. si duo. ff. depos.

63 Ex facto in proprio, siue ex proprio delicto hǣs quilibet obligatur insolidū, ipse solus licet ex parte hǣs sit. l. in deposito. ff. depo. l. in commodato. §. si ex facto. ff. cōmod.

64 Et notandum est, si duo sint obligati ad rē restituendam, insolidum teneri ad præstandū dolum, & culpam. l. si vt certo. §. si duobus. ff. commod.

65 Hoc caput concludo cum Iuliani responso in l. 54. de verb. obl. *In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. Cum species stipulamur necesse est inter dominos, & inter heredes ita diuidi stipulationem, vt partes corporum cuiq; debeantur. Quoties autem genera stipulamur, numero fit inter eos diuisio; veluti cum Stichum & Pamphilum quis stipulatus, duos heredes æquis partibus reliquit, necesse est vtrique partem dimidiam Stichi & Pamphili deberi. Si autem idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines singulis heredibus eius deberentur.*

66 Prima quæstio est, an stipulatio rem tradi, sit indiuidua solutione & obligatione; dubitationem facit. l. stipulationes non diuiduntur. de verb. obl. illa verb. *Idem puto, etsi quis faciendum aliquid stipulatus sit, vtputa fundum tradi*. Comparatio n. fit cum seruitutum stipulatione, quā constat & obligatione, & solutione indiuiduam esse.

A 67 Sed cur absolutam in omnibus, & per omnia similitudinem exigimus; ergo stipulatio rem tradi indiuidua erit, etiam contractu, sicut et seruitutum stipulatio: quod nemo dixerit, quia potest quis stipulari partem fundi tradi.

68 Expende verba sequentia. *Harum enim rerum diuisio corrumpit stipulationem*. Nam si totum non tradatur, si totum opus non perficiatur, stipulatio effectum non habet, non consummatur, non perficitur; quod ipsum ad solutionem pertinet, non ad obligationem.

69 Ergo stipulatio rem tradi, indiuidua est solutione, sicut seruitutes; non etiam obligatione: etenim fac plures hæredes esse eius, qui tradere promiserat, cur omnes dicimus obligatos insolidum esse ad tradendum, & non potius pro hæreditariis portionibus; l. 2. C. de hęred. act.

70 Quid? quod insolidum teneri hæredes in his rebus, quæ natura diuisionem respiciunt, nihil aliud est, q̄ oēs teneri pro portione hǣditaria. l. adeò in fine de reg. iur.

B 71 Nunquid lex obligat ad impossibile? Certe nō, l. impossibilium de reg. iur. cur igitur hæredes singuli totam rem tradere teneantur, si eam non habeant nisi pro portione hæreditaria?

72 Si opus aliquod hæredibus iniunctum foret, obligatio esset indiuidua; quia hæres quilibet, vel facere totum opus, vel vt fiat curare pōt sumptibus suis, eosq; à cohęredibus repetere; vt in l. fideicommissa. §. si de opere. de leg. 3. sed hic agit de tradendo fundo, qui nō est in potestate singulorum hęredum sed pro portione hęreditaria?

73 Secunda quęstio est, de obligatione rem restitui, quo pacto sit indiuidua: & receptum est, indiuiduam esse solutione tantum: quę sententia probatur in l. 3. §. hæres. ff. commod. iuncta. l. si duo. ff. depo. hic enim dicitur, liberationem non contingere, nisi restitutione integræ rei: ibi autem responsum est, hæredem teneri ad rem restituendam pro ea parte pro qua hæres est.

74 Sed quid est, quod ait Vlpianus in l. 1. §. *Si apud duos.*
C ff. depo. *Si apud duos sit deposita res, aduersus vnūquemq; eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur*. Existimo hoc Vlpianum velle, quod & in l. si vt certe. §. si duobus. ff. commod. *& dolum & culpam, & diligentiam à singulis præstandam esse in totū; quare duo quodammodo rei habebuntur*. Ad dolum igitur & culpam referenda hæc esse existimo, quam singuli depositarii præstare debeant; non autem ad primariam obligationem rei restituendæ: hoc enim inter hæredes diuiditur. l. 3. §. hæres. ff. commod. & verba sequentia Vlpiani in d. § si apud duos. nostram confirmant expositionem; ait enim. *Proinde si ambo dolo fecerint, &c.* & rursus. *Idem q; etsi alter dolo non fecerit & idcirco sit absolutus, nam ad alterum peruenietur*.

75 Excipe casum hunc cum vnus hęres totius restituendę facultatem habet, nam condemnandus est ad totam rem restituendam, quasi id boni iudicis officio cōueniat vt inquit I. C. in d. l. 3. §. hæres. ff. commod.

D 76 Sed actio cōmodati est bonę fidei, merito si vnus totius rei restituendæ facultatē habeat, cōdemnat. Nunqd fit idē in iudiciis siue contractibus quæ dr̄ stricti iuris? Bart. Affirmat idē esse dicendum, si cū actione personali concurrat rei vendicatio §. si plures. ff. de vi & vi arm.

77 Verum toto errat cęlo. Nec enim ibi concurrit actio realis cum personali, nisi spoliatus sit dominus: frustraq; adducitur. l. si quis emptionis. C. de præscript. longiss. tēporis; quia postea condita est, & multa alia requirit quæ non concurrunt in d. l. si plures.

78 Ergo quod ait Paulus in d. l. si plures. *Interdum, insolidum teneri eum heredem ad quem tota res peruenerit, quamuis ex parte hæres sit*, fundm̄ habet in regula iuris ex delicto defuncti hæredes obligari, inquantum ad eos peruenit. l. vnica, C. ex delict. defunctor. l. 2. C. vnde vi.

79 Quid ergo ad propositam quęstionē de contractibus stricti iuris respondebimus? Vrget ratio, quod omnis obligatio inter hęredes sit diuidua, l. 2. C. de hęred. act.

l.2. C.ſi ex plu. hæred. niſi contrarium ſit conſtitutum. Non eſt autem contrarium conſtitutum in contractibus ſtricti iuris? ergo.

80 Nec enim argumētari licet à cōtractibus bonę fidei ad ſtricti iuris, quia diuerſam habent naturam. l. mora. §. in bonę fidei. ff. de vſuris. l. cum fundus. ff. ſi cert. pet.

81 Sed cum æquitate ſuadente ſic deciſum ſit in cōtractu commodati, vt hæres qui totius rei reſtituendæ facultatem habet inſolidum condemnetur, quaſi id boni iudicis officio conueniat, vt inquit I.C. in d. l. 3. §. hæres. ff commod. cur nos id non porrigimus etiam ad contractus ſtricti iuris eandem æquitatis rationem ſecuti?

82 Placuit. n. in omnib. iudiciis, æquitatis magis, quam ſtricti iuris rationem habendam. l. placuit. C. de iud. l. in omnib. quidē, de reg. iur. l. ſi me & Titium. ff. ſi cer. pet. l. ſi ſeruum. §. ſequitur, de verb. oblig. quę duę leges vltimæ de contractibus ſtricti iuris loquuntur.

83 Differentiæ vero inter contractus bonæ fidei, & ſtricti iuris alio ſpectant, ſ. ad fructus, & acceſſiones quæ in bonæ fidei contractibus ueniunt ex natura contractus. l. quia tantundem. iuncto. §. vlt. legis præced. ff. de reg. geſtis. Vide Menoch. de arbitr. iud. q. 3. Albertū Bolognet. de lege iure, & ęquitate cap. 33.

84 Tertia quæſtio eſt an in contractibus bonę fidei vno ex hæredibus contra promiſſionem defuncti faciēte, teneatur ipſe ſolus inſolidum ad pęnam. Non puto, ſed pęnam cōmitti exiſtimo aduerſus omnes hęredes pro portione hæreditaria, l. 4. §. Cato, de verb. obl.

85 Licet enim de ſtipulatione loquatur ibi I.C. quę ſtricti iuris eſt, tamē ſtipulatio plerumq; interponi ſolet ex aliqua cauſa; vnde dicitur pendere ex negocio cōtracto. in l. 5. §. conuentionales. eod. tit.

86 Ergo poteſt interponi tā ſuper contractu bonæ fidei quam ſtricti iuris, cum non diſtinguat I.C. inter contractus bonæ fidei, & ſtricti iuris, recte inferri poteſt pœnā cōmitti aduerſus omnes hęredes vno contrafaciente, ſiue agatur de contractibus ſtricti iuris, ſiue bonę fidei.

87 Obijcitur. l. in depoſiti. ff. depo. q̄ nihil obſtat; loquitur enim de hęrede, qui delinquit, & ſic in proprio delicto obligatur. Audi verba eius. *In depoſiti actione ſi ex facto defuncti agam aduerſus vnum ex pluribus hæredibus, pro parte hæreditaria agere debeo.* Vides hic primariam obligationem ex facto ſiue promiſſione defuncti in hæredes deſcēdere pro portione hęreditaria: ſed pergit tex. de ſecundaria obligatione oriente ex facto proprio hęredū. *Si vero ex ſua delicto, pro parte non agam: merito. quia æſtimatio refertur ad dolū quē inſolidū ipſe hæres admiſit.*

88 Quarta quęſtio: quid ſi vnus ex hęredib. emphyteutę non ſoluerit canonem pro ſua parte, an incidant omnes hęredes in pœnam caducitatis? Placet eum ſolum incidere, qui non ſoluit: ne factum, & culpa vnius alteri noceat. l. de pupillo. §. ſi plurium. ff. de ope. noui. nunc. l. vlt. ff. ad Syllan. Facit ad rem l. fraudati. ff. de publicanis. l. ſupra iter. §. apud ferocem de acq. plu. arcen.

89 Confirmatur hęc ſnia quia canonis ſolutio diuiſionē recipit: in his autem quæ diuiſionem recipiunt, pęna cōmittitur aduerſus eum ſolum hæredem, qui contra promiſſionem facit. l. 4. §. Cato.

90 Alij in contrariam ſententiam abiere: alii diſtinguere ſolent aliter atque aliter, ſed nullum video fundamentum preterquam, in l. 5. §. ſi ſortem, de ver. oblig. vbi vno hęrede ceſſante, committitur pœna contra omnes hęredes, ſed ſuam habet ſingularē rationem illud reſponſum ſicut ſupra annotauimus concl. 26.

91 Addo nunc Cumanum lib. 6. cap. 2. in fine circa d. §. ſi ſortem. *In his ſtipulationibus pœnalibus* inquit, *aliter ſi cōſtituatur, iniuria ſit ſtipulatori qui vel ob eam cauſam maxime ſibi cauit promiſſione pœna, vt non neceſſe habeat à ſingulis hæredibus quod ſibi debetur per partes petere, & perſequi, ſed vt ab his, ſicut à debitore totum ſuum debitum conſequeretur.*

92 Non ſic dure agitur cum emphyteuta, qui non ſol- A uendo per triēniū cadit à iure ſuo, l. 2. C. de iure emphy. vel ſi res eccleſiaſtica ſit, per bienniū c. potuit de locato; idq; pcedit ex diſpoſitione legis, nō ex pęnali ſtipulatione. Mitior eſt igitur lex quā homo. l. Celſus. ff. de arbitr.

93 Quinta quæſtio; vtrū in contractib. ſtricti iuris ſi plures ſint promiſſores, & agatur de re indiuidua omnibus contrafacientibus, pęna contra omnes inſolidū committatur. quidni: Nam in contractibus bonæ fidei oēs inſolidum teneri receptum eſt ex l. 1. § ſi apud duos, & l. ſi duo. ff. depo. l. ſi vt certo. §. ſi duob. ff. commod. non eſt ratio differentiæ inter hos, & contractus ſtricti iuris.

94 Adde cum ſtipulatio indiuidua eſt, omnes teneri ad rem principalem, inſolidum l. 2. §. ex his, de verb. oblig. ergo & ad pœnam inſolidum omnes tenentur, quia pęnalis ſtipulatio eſt acceſſoria principalis ſtipulationis, & eius naturam ſequitur vt docet Bart. in l. vlt. in 2. quæſt. ff. de duob. reis.

95 Sexta quæſtio: ſi pœna rei indiuiduæ adijciatur facto B indiuiduo, vel diuiduo vno ex hæredibus contraueniente, quomodo committatur? Reſpondetur, pęnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ aduerſus omnes hæredes inſolidum committi vno contrafaciente. Bar. in §. Cato. in 1. quæſt. Rip. Iaſ. Alciatus, & alii.

96 Ea enim quæ in partes diuidi non poſſunt, ſolida à ſingulis hæredibus debentur, lege ea quæ, de reg. iur. Huc ſpectat. l. 2. §. ex his, de verb. obli. & l. hæredes, §. in illa. ff. fam. hercisc.

97 Si verò pœna facti indiuidui adijciatur promiſſioni rei diuiduæ. Reſponderunt Ang. Imola, Paulus Caſtr. & Iaſ. in §. Cato, pęnam committi aduerſus eum hæredem ſolum, qui contrauenit, argum. l. in commodato, §. ſi ex facto. ff. commod. & l. in depoſiti, ff. depo. & quia pœna ipſa diuiſionem non recipit.

98 Malé iſti: quia leges adductæ, non loquuntur de contractu defuncti, hoc eſt de obligatione primaria defuncti quæ in hæredes tranſit, ſed de ſecundaria, quæ ex pro- C prio delicto, ſeu facto hæredum proficiſcitur.

99 Magis placet communis ſententia, quę ſic ſtatuit ſtipulatorem agere poſſe inſolidum aduerſus hęredem qui contrafecit, ſed offerre oportere cæteris cohæredib. æſtimationē partis cuiuſque; ita dicebat Petr. vt refert Bart. in d. §. Cato, q. 1. Aret. Alex. Soc. iun. num. 130. Probatur ex d. §. Cato ibi. At ſi de eo cautum ſit quod diuiſionem recipiat veluti amplius non agi, tunc eum hęredem qui aduerſus ea fecerit pro portione ſua ſolū pęnā committere.

100 At dices, pęna indiuidua eſſe ſupponitur, ergo non poteſt pro parte tantum committi. Reſpondeo quoties vnus ex pluribus hæredibus ſolus tenetur aliquid præſtare quod ſit indiuiduum, age orem offerre oportet æſtimationem pro parte aliorum hæredum, niſi ſecerit exceptione repellitur. l. cum filius, de leg 2. l. ſi is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad l. Falcid.

101 Septima quæſtio: verum ſtipulatio de defendendo ſit diuidua vel indiuidua? Exiſtimo indiuiduam eſſe D authoritate. l. 4. § vlt. de verborum obligation. ibi. *Ipſi autem promiſſori pro parte neque reſtitutio neque defenſio contingere poteſt*, & l. 10 executione. §. inſolidum eod. tit. & l. cum ex cauſa. eod. & l. ſi cum vno. ff. ſi ex nox. cau. aga. ibi. *nec auditur ſi pro parte paratus ſit defendere*, & l. loci corpus. §. ſi fundus. ff. ſi ſerui vend. ibi. *Quiſquis defendit ſolidum, debet reſtituere, quia diuiſionem hæc res non recipit*, & l. hæres. §. ſi vnus. ff. fam. hercisc. & lege, ſi rem. 62. §. ſi ei. ff. de euict. & lege, ex clauſula. ff. iud. ſolui. ibi. Non enim videbitur defenſa res boni viri arbitratu, quæ non inſolidum defenſa ſit, & l. iam tamen. §. ſi tamen. ff. eodem.

102 Et hæc eſt communis ſententia teſte Alciato, in §. Cato, numero 132. ſed contrarium docuerunt ibi Cumanus, Ruynus, numero 68. Socinus iunior, numero 152. Hormanotus Decius, numero 436. Butigella, num. 158. Crotus, num. 112. nimirum hanc obligationem diuiduam eſſe.

103 Pri-

103 Primum, quia agere, & defendere sunt correlatiua, sed stipulatio amplius non agi, diuidua est, l.4. §. Cato, ergo & stipulatio de defendendo est diuidua, quia correlatiuorum eadem est natura, l. vlt. C. de indi. vidui tollen. l.1. C. de emptoribus lib.11.

104 Respondeo si pro parte agatur, pro parte quoq; defensionem dari, & tunc eandem esse naturam actionis, & defensionis. Sed re in abstracto considerata non rectè infertur. Vnus ex hæredibus potest agere pro parte, ergo & qui defendere tenetur potest pro parte defendere. Nã licet actio inter heredes diuidatur, defensio tamẽ indiuidua esse dicitur, quia is qui plenè non defendit nõ videtur defendere, l. si defensor, de interrog. actio.

105 Secundò, quia potest quis pro parte defendere, l.1. C de consortib. eiusdem litis.

106 Non valet argum. quia sermo hic fit de stipulatione de defendendo quæ indiuidua est; ibi agitur de pluribus consortibus eiusdem litis quorum vnus sine altero agere ac se defendere potest, quia nulla præcessit defendendi obligatio; ibi quilibet suæ defensioni potest renunciare, iux. l. pen. C. de pactis, hic non potest inuito stipulatore suscipere pro parte tantum defensionem, quia nisi integra, & plena defensio sit, stipulatori non satisfit.

107 Tertium argum. est ex l. si cõmunes, in fi. ff. de neg. gest. ibi. *Quia potius partem meam ita defendere, vt socij partem defendere non cogerer.*

108 Nil mirum, quia ibi nulla de defendendo est obligatio, & nulla præcessit stipulatio.

109 Quartum est ex, l.7. §. incertam, ff. de præto. stip. vbi stipulatio iudicatũ solui quæ clausulam defensionis continet, diuiditur ex personis heredum.

110 Responderi potest Paulum ibi accipiendum de stipulatione iud. solui per se considerata, non autem quatenus continet etiam clausulam defensionis.

111 Quintum est ex l. vlt. ff. iudicatum solui. Sed nihil ad rem facit: non enim dicit illa lex, posse vnum ex hæredibus defendere pro parte de pluribus heredibus loquitur quorum alter defendit, alter non defendit.

112 Sextum est ex l. penales. §. Iulianus, ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam constare ex iudicatum solui stipulatione siue à parte actoris siue à parte rei plures extitissent, non omnibus nec aduersus omnes, actiones cõmingere, sed dumtaxat ijs qui vicissent, & aduersus victos ijsq; aduersus quos res defensa non esset, aduersus eos qui rem non defendissent.*

113 His enim verbis I.C. indicare videtur obligationem defendendi inter heredes eius qui defendere obligatus est, scindi: quia committitur tantum contra eos qui non defenderunt: si enim esset indiuidua, vno contrauueniente, contra omnes committeretur l.4. §. Cato.

114 Rñdeo non hanc esse causam, quia res pro parte defendi possit, sed quia si plures sint fideiussores iudicatum solui, & vnus non defendat committitur stipulatio pro parte eius ad interesse siue ad æstimationem rei in iudicium deductæ, l. si ex duobus, l. ex iudicatum, ff. iud. solui, æstimatio autẽ rei, diuidua est; vt patet, esset enim iniquum, alterum, qui defendit, hac stipulatione teneri: qa aut is vicit, aut victus est: si vicit, iam ridiculum est eum teneri: si victus est, tenetur ex capite rei iudicatæ: quare opus nõ est vt teneatur ex capite defensionis non f..ctæ.

115 Septimum argumentum est quia si obligatio defendendi esset indiuidua, quilibet hæres venditoris insolidum conueniri posset ad rem defendendam, quod pugnat cum l. in executione, §. insolidum, de verb. oblig. vbi dicitur omnes hæredes debere subsistere.

116 Respondeo text. dici omnes heredes insolidum esse denunciandos, hoc est quemlibet insolidum, vt ibi.

117 Postremum argumentum sumi potest ex l. cum à matre, C. de rei vend. Nam si obligatio defendendi indiuidua esset, filius heres matris ibi teneretur insolidum defendere emptorem, & consequenter vendicare non posset rem venditam, etiam pro ea parte pro qua hæres non esset, cuius contrarium ibi dicitur.

A 118 Respondeo obligationem istam esse quidem indiuiduam verumtamen hæredes teneri de euictione pro hæreditariis portionibus, lege cum ex causa, lege. in executione §. solidum, de verborum obligationi, quæ res facit, vt in dicta lege. cum à matre filius repellatur tantum pro ea portione pro qua hæres matris est, non enim pro ea portione rem vendicare potest, quia de euictione tenetur. l. vendicantem, de euictionibus.

119 Septima quæstio an in stipulationibus prætoriis vno ex hæredibus promissoris contrauueniente aduersus omnes pœna committatur? Respond. nõ cõmitti, sed aduersus eum solum hæredem, qui contrauenit, ita Bartolus, in dicto §. Cato, in 13. quæstione, quem secuti sunt alii frequentioribus suffragiis teste Socino iun. nu.135.

120 Fundamentum est, in l.2. § incertam, de verb. obli. illis verbis: *Respondetur scindi eas in personas haredum*, & in l. Iulianus. §. pœnalea ad l. Falcid.

121 Contrarium, & male docuerunt Aretin. Ruyn. Cuman. in d. § Cato. Ripa distinguente, nu.78 79.

B 122 Nam l.5. §. vlt. & l. cum ex causa, de verb. obli. quas adducunt nil eorum sententiam iuuant, vt Soc. iun. ostẽdit loco adnotato.

123 Illud prorsus displicet, quod nonnulli dixerunt, & nouissime etiam Cuiacius ad lib.73. Pauli ad edictum, in d. §. incertam hoc velle Iurisconsultum, committi stipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contrauueniẽte, seu victo. Nam contrarium dicit, nimirum scindi eas stipulationes in personas hæredũ, licet regulariter ex persona heredis conditio stipulationis non mutetur. l 2. §. ex his. ff. eod.

125 Quod autem tex. ibi subdit. At in contrarium summa ratione fit vt vno ex hæredibus stipulatoris vincente in partem eius committatur stipulatio; eo spectat vt indicet I.C. in hoc casu cõtrario nullam oriri difficultatem atque adeo summa ratione id fieri, quia scilicet nihil obstat sicut in præcedenti casu obstabat illa ratio. *Ex persona haredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem, diuersam conditionem cuiusque facere*: vt in d. § incertam.

C

125 Octaua quæstio: si quis promiserit non offendere Titium, nec hæredes eius. sub pœna, & vnus ex hæredib. fuerit offensus, an pœna insolidum committatur? hoc est an offensus eam insolidum petere possit? Bart. in §. Cato, nu.30. respondit soli offenso actionem ad pœnam dari in solidum. Idem responderunt. Angelus, Roman. Bologn. Ias. nu.54. Alciatus, nu.158. Ripa, nu.99.

116 Quia stipulatio de nõ offendẽdo, indiuidua est, nec sui natura ad heredes transitoria. Ex eo quod sit indiuidua quilibet offensus habet actionem insolidum. Ex eo autem quod ad hæredes transitoria non sit, in persona cuiusque hæredis censetur esse noua quædam promissio, ac proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac si quilibet stipulatus fuisset; quo casu insolidum actionem vnicuique insolidum ad pœnam competere certum est.

D

127 Sed contrarium docuerunt multi alii, pœnam, scilicet insolidum committi, sed heredem illum stipulatoris qui offensus fuit actionem tantum pro sua parte habere Alexan. in §. Cato, nu 52. Ruynus, numero 85. Socinus iunior, numero 151. & hanc esse communem sententiam Alciatus scribit, numero 158. quamuis alii quidam sententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Soc. iun. loco proxime citato.

128 Fundamentum est in l.2 §. item si in facto, de verb. obl. illis uerbis. *Cõtra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredíq; suo rē. agere licere, & vnus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus vtrum insolidũ stipulatio committatur an pro parte eius qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adiecta sit insolidum, committetur stipulatio, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.*

129 Rñdet Bart. ibi. de stipulatione agi quæ sui natura

transit ad hæredes; promissionem autem istam non esse sui natura ad hæredes transitoriam.

130 Alij aduersus hanc responsionem adducunt, l. stipulatio ista. §. si quis ita, de verb. obl.

131 Alexander vero aliter resp. dato quod stipulatio de non offendendo non transiret ad hęredes stipulatoris ex natura sua, tamen hæredibus actionem cōpetere ex contractu defuncti, & sic ex causa hæreditaria.

132 Replicat Ripa licet hæc stipulatio hæreditaria sit multiplicari tamē in personas singulorum hęredum atque adeo tot esse pœnales stipulationes, quot sunt personæ hæredum, at propterea singulis insolidum competere actionęm ad pœnam.

133 Et licet stipulatio ite, agere licere, non trāseat ad hęredes vt in d §. si quis ita, posse tamen sui natura transire & in hoc à stipulatione ista de non offendendo differre, quæ omnino personalis est nec sui natura apta est transire ad hæredes.

134 Puto ego posteriorem sentētiam esse probabiliorē, quia pro se habet tex. in d. l. 2. §. item si in facto. His accedit ratio: nam è contrario si vnus ex hæredibus promissoris in re indiuidua contrauenias, pœna committitur pro portione hæreditaria contra omnes iuxta §. Cato, & cōmunem doctorum sententiam teste Ripa, ibi. num. 100.

135 Igitur & in quæstione nostra dicendum est pęnam insolidum committi hoc est ita, vt actio detur omnibus hęredibus stipulatoribus pro portione hæreditaria verūtamen exceptio eis obstet qui offensi non fuerunt sicut in d. §. item si in facto exceptio obstat cæteris hæredibus qui prohibiti non fuere.

136 Malè Alciatus dum putauit tex. in d. §. item si in facto probare Bartoli sententiam cum ait pœnam insolidū committi; id enim non sic accipiendum esse quasi pœna committatur omnibus stipulatoris hæredibus, verum ei dumtaxat qui prohibitus est.

137 Non rectè quia tex. declarat quomodo pœna insolidum committatur, & satis aperte indicat singulis hæredibus ipso iure committi pro hæreditaria portione dum subdit. *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.* Nam si soli prohibito insolidum actio competit, & non alijs hæredibus, non opus esset vt exceptione repellerentur, quia nulla actio eis competeret.

138 Non obstat quod dicebatur stipulationē de non offendendo sui natura non esse transitoriam ad hæredes, quia vt bene resp. Alexan. satis est in proposito nostro ex contractu defuncti transire, nam actio diuiditur inter singulos hæredes pro portione hæreditaria l. ea quæ. C. fam. hercisc.

139 Non obstat replicatio Ripę, scilicet multiplicari pęnales stipulationes ex personis singulorum hæredum, quia id est verum, sed intelligendum est cum sua qualitate nimirum vt vno ex hæredibus offenso committatur stipulatio ad pœnam singulis hæredibus pro portione hæreditaria.

140 Sic & in §. Cato vno ex hæredibus contrauenientе omnes contrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam stipulationis *Iter fieri* quot sunt hæredes promissoris, tot videntur esse promissores, & tantum pœna committitur in singulos hæredes pro portione hæreditaria.

141 Hic igitur nos contemplari oportet nō solum indiuiduam principalis stipulationis naturam, sed etiam pęnalem stipulationem quę diuidua est, & licet non sit ad hæredes transitoria ipsa principalis promissio, transit tamen ex defuncti contractu, & cum sua natura vt nimirum pro portione hæreditaria singulis hæredibus committatur.

142 Nona quæstio. Statuto stante vt homicida capite plectatur, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi an sufficiat pacem habere à maiori parte hæredum. Affirmat Bart. in §. Cato, in vlt. quæst. Castr. in l. 2. §. ex his, de verb. oblig. Aretin. in l. pro hærede. §. vlt. de acq. hæred. vbi dicit communem esse: alios adducit Soc. iun. in d. §. Cato, num. 155.

143 Fundamentum est, in l. et suum cum l. seq. ff. de pactis, in l. vlt. C. qui bon. ced. poss. & in l. quod maior ad Municipalem.

144 Negant autem Iason, Ripa, Alciatus qui & alios afferunt, in d. §. Cato, & Fely. in c. cum omnes, de constit. col. 10. vers. septimo fallit, vbi dicit Bartoli sententiam communiter reprobari.

145 Fundamentum est in l. per fundum. ff. de seru. rust. pręd. in l. rescriptum. ff. comm. præd. in l. in vsu, de verb. sign. in l. si autem plures. ff. de acq. pln. arc. & in reg. quod omnes tangit, de reg. iur. lib. 6.

146 Res sanè obscura est. Namque ex vna parte statuti verba omnium hæredum exigunt consensum, ex altera pugnat æquitas vt liberetur à pęna mortis occisor.

147 Non videntur ad rem facere leges adductę pro sententia posteriore, quia hic non agitur de hæredum præiudicio; sicut quando seruitus prædio imponenda est, imò pacem inire laudabile, & pium est.

148 Sed nec leges adductæ pro sententia priore admodum vrgere videntur, quia creditorum intererat vt hæreditas adiretur, & vt quinquennalis dilatio debitori concederetur: forsitan enim eis aliter satisfieri non poterat: quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet.

149 Denique sic concludo. Aut hæredes *occisi recusant* pacem inire ne amittant actionem iniuriarum, & *hoc* nihil est, quia actio iniuriarum non transit ad hæredes. l. si eum. §. qui iniuriatum, ff. si quis cau.

150 Aut recusant ne damna & espensas atque adeo actionem ex l. Aquilia amittant, & *hoc* etiam nihil valet, quia remittens iniuriam non *videtur* damna remittere, expensas, & interesse vt bene docet Ant. Gomezius tit. de iniuria, num. 13.

151 Aut recusant, quia necem vindicare volunt ne incidant in pęnā Senatusconsulti, lege vltima. ff. ad *Syllan.* lege prima, C. de his quibus vt indign. & istud *quoque* nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est, & *occisor* cōdemnatus ad mortem, nisi pacem habuerit *ab hę*redibus occisi. Itaque nullum hæredes periculum *incur*runt amittendæ hæreditatis.

152 Aut denique pacem facere recusant vt *occisor capi*te plectatur vel quia nolunt ei gratificari, & *hoc idem* nō obstat quia nullum præiudicium continet *istorum hę*redum: consequenter nos versamur extra *casum legū* allegatarum pro sententia posteriore, in quibus *vnius* dissensus impedit seruitutem constitui vel *aliud ius acquiri*, propterea, quod illa res omnes hæredes tangit, *hoc est*, singulorum præiudicium respicere videtur.

153 Versamur verò in specie non absimili ab ea quæ continetur in legibus pro priore sententia relatis. Nam hęredum, qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus omnem inimicitiam, & occasionem odij.

154 Sic denique volo, sic statuo, rigorem verborum posterioris sententiæ adstipulari, priori autem iustitiam æquitatisque rationem verbis statuti præferendam. Inter leges obscuras in hac materia diuiduę atque *indiuiduę* obligationis principem sibi locum vendicat, *l. 4.* §. Cato: sed eam latè in publicis lectionibus explicaui, secutus communem intellectum; cui & Zasius, & Iacob Cuiacius adstipulantur; & nihil moror quæ nouissimè dixerunt Connanus, & Ant. Faber, & aliàs in eis refellendis opera mea non desiderabitur.

155 Post hanc sequitur lex, si seruus, §. si plurium, ff. si quis cautio. quo loci Vlpianus sic ait. *Si plurium seruorum nomine iudicio sistendi causa vna stipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licet vnus status non sit Labeo ait, quia verum sit omnes status non esse. Verum si pro rata portione vnius offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum qui ex hac stipulatione conuenitur.*

156 Pu-

156 Pugnare videtur primo cũ.§.Cato in fine, vbi promissor pro parte ratum habere non potest quin scilicet pœna committatur.

156 Deinde pugnat cum l.si is qui ducenta, §.com ita, ff.de reb.dub. vbi Iulianus. *Velut propius accedamus, fingamus ita stipulationem factam si Stichum & Damam, & Erotem non stiteris decem dari, neque enim dubitamus quin æquè omnis sisti oporteat.*

158 Non placet Martini responsio, volentis ea §. si plurium semper pœnam quidem committi, sed obstare exceptionem.

159 Nam verisimile non est eo responso, quod loquitur de iudicialibus stipulationibus normam accipere cætera responsa quæ de contractibus loquuntur.

160 Non satisfacit solutio Bar. in §. Cato, licet communis sit teste Soc.iun.ibi, nu.120. illud responsum habere locum in iudicijs: aliter esse constitutum in contractib. in iis enim pœna cum effectu committitur argum. d. §. cum ita.

161 Nam.§.cum ita, non potest ad contractus restringi, quoniam stipulationes de sistendo plerumque in iudicijs interponuntur.

162 Aliter Ruynus & Alciatus soluunt Soc. iun. reluctanté. Sed mihi sententia Petri magis placet, quam secuti fuere Ias.in d.§.Cato & Alber. in d.§.si plurium.

163 Hæc est solutio: cum vnum factum in stipulationē deducitur, pęnam integram committi, nisi promissa fecerit, vt in d.§.Cato: si plura sunt facta, committi pęnam ex iuris rigore, ut in §.cum ita. Sed obstare tamen exçeptionem ex æquitate, vt in §.si plurium.

164 Nam quot sunt facta in stipulationem deducta, tot uidentur esse stipulationes, l.scire debemus, de verbor. obligat.

165 Secundum hanc regulam non videretur pœnam committi in §.si plurium, respectu eorum qui stati fuere in iudicio.

166 Verum ipso iure committitur, quia unica stipulatio ne quis promisit omnes sistere, quę offenditur simul atque unus vel alter status non est, *Quia significatio quæ sumitur ex uniuerso in quo aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit.* l.si is qui ducenta. §.vtium, ff.de rebus dubijs.

167 Obstat tamen exceptio pro parte eorum seruorum qui stati sunt, quia promissio vniuersalis de sistendo seruos omnes, resoluitur verborũ rigore posthabito in plures promissiones quasi si vnus seruus tantum non sistatur, merito eius solius nomine pœna rectè exigeretur, non aliorum qui stati fuere.

168 Tertio loco offert se.l.in executione, §. 2. de verb. oblig. vbi Vlpianus ait, operis effectum in partes scindi non posse, & in l.stipulationes non diuiduntur, ubi dicitur operarum stipulationem esse indiuiduam, & in l. libertus, qui post.de oper.libert.

169 At contra, videtur recipere diuisionem, vt in l.in stipulationibus, §. operarum eo.ti.

170 Sed quis non videt nullam esse antinomiam: cum §.Operarũ loquatur de numerali diuisione operarũ ibi. *Non in partes operarum, sed in numerum cedit*: diuiduntur enim operæ numero, l.libertus, qui post. de oper.libert. non diuiditur autem opera in partes, ut in d.§. operarum, & in l. stipulationes non diuiduntur, & in d. l.libertas, ubi ait. *Et neque promitti, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.*

171 Quid igitur est, quod ait Vlpianus in d. §.operarũ de parte operæ? Respon. cum Bartolo in l.stipulationes non diuiduntur, nu. 11. de verb. obli. illum tex. explicari debere ex l.si quando duobus, ff.de oper.liber. ubi Pomponius. *Si quando duobus patronis iurauerit libertus operas se daturum, Labeoni placet & debere & peti posse partem operæ, cum semper præterita opera quæ iam dari non possit petatur.*

172 Diuiditur ergo hæc stipulatio operarũ quoad æstimationem, non quoad ipsam operæ præsentationem: illa enim pro parte peti non potest, at æstimatio operæ iam præteritæ, & quæ iam amplius præstari non potest rectè diuidetur.

173 Rectè enim Celsus refert Tuberonem existimasse, vbi quid fieri stipulemur si non fuerit factum, pecuniam dari oportere l.stipulationes non diuiduntur uers.sic. Celsus.de uerb.oblig.

174 Quarto videtur esse quædã antinomia inter l. pen. de duobus reis & l.mora ff.de vsuris.

174 Sed rectè monent, qui dicunt l.pen.loqui de principali obligatione; l.mora loqui quantum ad vsuras: itaque factum vnius rei debendi nocet correo quoad principalem obligationem.

76 Non nocet mora vnius rei alteri correo quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur vsuræque debeantur.

177 Quinto videtur pugnare l.& ideo.de verb.oblig.cũ l.maritus ff.locati.

178 Non pugnant. Nam in l. Martius agitur de conductore operis faciendi; merito periculum ad eum non spectat.

176 At l.& ideo loquitur de eo, qui obligatus erat ad faciendum opus, vel ea propria obligatio, vel tanquam hæres alterius: is si partem operis fecerit, vel fieri curauerit quæ incendio consumpta sit periculum merito præstat, quia donec opus præstiterit absolutum suæ non satisfacit obligationi.

180 Sed Cato pugnare videtur c. suam de pœnis cum legibus Cæsareis: sed non pugnat: siquidem ex visceribus iuris Cęsarei sumptus videtur, id est ea l. Celsus ff. de arbitris, vt docet Ripa in §.Cato numero 68. vt ego alias latè disserui.

181 Plura de stipulationibus diuiduis, uel indiuiduis q. scire cupit præter Cabalini, qui circumfertur tractatum adeat Ant.Gomez. tit. de diuid. & indiuid. Connanum lib.6.c.2. Gregorium Tholozanum Syntagm.li.5.c.3.& noui ac ueteres interpretes in §.Cato, & in l. stipulationes non diuiduntur, videri poterunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum Auth. Hoc nisi C. de solut. locum habeat in debitore qui iurauit.

NOn habere locum eam Cæsaris constitutionem, cuius summariũ habetur in auth. Hoc nisi C.de solu. in debitore qui iuramento obstrictus sit, authores sunt multi: Gozadin. consi.32.nu.9. Bruniis de cessione bonor.q.34.& alij vt per Serafinum de priuileg.iuramenti Priuil.84.nu.207. Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcise ad factum: glo.in l.si pecuniam vers.quia iurasti. de cond. ob caus.

Sed contrarium docuerunt Rota Bononien.decis.28. & Iosephus. Lud.decis. Perusin.64. parte 2. qui alios citat nouissimè Hondedeus cons.28.num.39.& seq. lib.1. quib.& ego assentior. Nam etsi iuramẽtum præcise obliget factum, id tamen intelligitur, quando id seruari potest, secus si non possit seruari: tunc enim per æquipollẽs ei satisfit c.ex literis 2. vbi gloss. & Abb. desponsalibus. Berous cons.137.nu. 5. & nume.14.libr.1. nec enim iuramẽtum referri potest ad impossibile; Rimi. Iun. consilio 268.nu.47.lib.3. sic etsi controuersia est, an debitor qui iurauit, obijcere valeat compensationem, in debitore tamen in paupere compensatio facile admittitur Parisius cons.121.nu.42.lib.1. Grat.cons.121.nu.4.libr.1. Afflict. decis.163.nu.3.& 4. Gabriel.ti.de iureiu.concl.7.nu.11. Cum igitur constitutio ista supponat, debitorem satisfacere non posse in pecunia, non video quo pacto cogi præcise possit, propter iuramentum. His tollitur fundamentum cõtrariæ opinionis, quia iuramentum obligare præ

cise

A eſſe ad factum tunc intelligitur, quando id fieri poteſt alias ſecus, Crau. conſ. 12. nu. 1. Gabriel comm. concl. tit. de iureiur. concl. 8. in fine,

CAPVT LXIV.

Singularis quadam obſeruatio, de fideiuſſore adhibito in contractu cenſual.

SOlent, qui emunt annuos cẽſus, pro cautione, præter rẽ, in qua cenſus fundatur, & obligationem venditionis, accipere fideiuſſorem, qui ſe obliget principaliter & inſolidum pro ſolutione annui cenſus, Sciant nullius eſſe momendi eiuſmodi obligationem fideiuſſoris, vti principalis & inſolidum, licet ualere poſſit, vt acceſſoria obligationis, principali obligationi accedens, in qua locum non habet impedimentum, quod ſubijciam, quapropter fideiuſſor obligatus vti principalis & inſolidum B conueniri non poterit, niſi facta excuſſione principalis debitoris, & prout regulariter fideiuſſor conueniri poteſt, iux. not. in auth. Præſente C. de fideiuſſo. Ratio ſuperioris dicti poſita eſt in conſtitutione Pii V. ſuper annuis cenſibus; Illa enim, vt omnibus notum eſt, requirit, vt ſuper certa re fundetur cenſus, immobili &c. ergo fideiuſſor qui principalis eſſe vult, ſeque vti principalem inſolidum obligare, debet & ipſe fundum aliamve rem idoneam ſupponere, ſi non ſupppoſuit, non poteſt obligari, vt principalis, licet maximè velit, quia conſtitutio illa id vetat, ita latè deducit Ioan. Petrus Surdus conſi. 318. lib. 3. huic doctrinæ locum eſſe non puto, cum in inſtrumento, fideiuſſoriç obligationis adeſt clauſula, omni meliori modo, cum iuramento & renunciationibus, beneficijs competentibus. Poteſt renunciari per fideiuſſorẽ ſimplicem beneficio excuſſionis, & clauſula omni meliori modo operatur, vt ſi non ualet obligatio eo modo quo facta fuit, valeat eo modo quo poteſt valere; & ſic C operabitur, vt ſi non poteſt fideiuſſor conueniri, vt principalis & correus, poterit conueniri vt fideiuſſor. Renunciatio autem iurata operabitur, vt licet fideiuſſor ſit, non tamen habeat beneficium excuſſionis, quia ei renunciauit. Vide Natt. conſi. 426. nu. 28. Crau. conſ. 293. num. 6. Teſſaur. deciſ. 166. n. 4. de clauſula autem illa, plena ſunt omnium ſcripta. Bald. in l. Vinum. ff. ſi cer. pet. idem Surdus conſ. 333. nu. 13. & 305. nu. 49. li. 3.

CAPVT LXV.

Ad l. Vſuræ C. de Vſuris.

BArtolus ita dicit. Quod dicitur, vſuras non debere excedere duplum, intelligitur de vſuris vnius anni. Idem ſcribit Paul., Caſtr. Bal. vero ſic. Computatio vſurarũ fit in fine cuiuslibet anni. Salic. ita, licet plu D tes prę̃ſtationes vſurarũ per plures annos factæ in vnum collectæ excedant duplum veræ ſortis, non propterea iudicantur illegitimæ, quia non coaceruatio, ſed ſingulorum annorum præſtatio debet conſiderari.

Senſus eſt ſecundum Surdum conſilio 302. tunc vſuras excedere duplum, & conſequenter non deberi, cum excedunt ſortem habito reſpectu ad unum annum. Vtputa creditor centum dedit, ſi vno anno recipiat vltra centum pro vſuris dicitur excedere duplum, quo nihil eſt abſurdius. Qui. n. fieri poterit a quouis immani creditore, ut tantum uſurarum nomine vnius anni exigat, quantum ſors ipſa debita valet? Centum procentum? Niſi iſtos fefellerit vſura centeſima, quę eſt duodecim pro centum: ipſi autem putarunt, centum eſſe pro centum, de quo errore alias dixi. Sed & in hæc interpretatio repugnat verbis litterę, quæ ſic habent. *Vſuræ per tempora ſoluta non proficiunt reo ad dupli computationem: Tunc enim vltra ſortis ſummam vſuræ exiguntur, quoties tempore ſolutionis ſumma vſurarum excedit eam computationem.* Quis nõ videt ſenſum eſſe manifeſtum, quem Budæus in notis ad Pand. in l. 1. ff. ad l. Iul. Maieſta. Alciat. libro primo. Paregon, cap. 33. Duaren ad tit. C. de uſuris, c. 3. indicát: ut uidelicet vſurarum ſolutiones, quæ fiunt per partes diuerſas temporis, non coaceruentur, nec duplum computentur? Igitur lex quæ vetat ultra duplum vſuras exigi, intelligenda eſt cum tempore ſolutionis ſumma, quæ exigitur excedit eam computationem, vt bene iſti docent.

At inquit Surdus loco annotato, eſt eadem ratio tam reſpectu vſurarum ſolutarum, quàm ſoluendarum; ergo idem ius. Concedo, & idcirco abrogata eſt hæc lex, vt patet, &c. Nouella 121. ut ibi notat Cuiac. & ante eum Alciat loco ſupra citato, quę ſunt notatu digna pro Antonini legis vera cognitione.

B

CAPVT LXVI.

De omittente ſcienter ponere in inuentario omnia bona defuncti, & de legitimato per reſcriptum, an excludat ſubſtitutum: & ad cap. l. 1. lib. 9. & ad cap. 36. lib. 3.

DIxi de his alias: Addo pro confirmatione opinionis meæ, quod is qui ſcienter omiſit aliqua in inuentario apponere, amittat beneficium inuentarii: quæ latiſſimè diſputant Hondedeus conſ. 34. lib. 1. & Turretus conſ. 47. lib. 2.

Quod attinet ad legitimatum per reſcriptum, an excludat ſubſtitutum, vide nouiſſimè & adde doctiſs. Laderchium conſ. 23. Dixi lib. 9. c. 51. in quæſtione illa diſtinguendum eſſe inter deportatum & relegatum. Pro qua diſtinctione adduxi Cuiacium: Reperi tex. expreſ- C sè ita diſtinguentem in l. cum ratio, §. vlt. de bonis damnat. Circa c. 36. lib. 3. adde Petrum de Ledeſma tract. de matrimonio in add. ad 3. partem, q. 47. art. 5. verſ. eſt ſecundum dubium.

CAPVT LXVII.

Conſenſus Pontificis Maximi in alienationibus rerum eccleſiaſticarum neceſſarius, an præſumendus ſit interueniſſe ſpatio triginta vel quadraginta annorum.

SEmper reſpondi, & non ſemel iudicaui ſpatio longiſs. temporis triginta uel quadraginta annorum nõ eſſe præſumendum Summi Pontificis conſenſum, qui de iure eſt adhibẽdus in alienatione rerum eccleſiaſticarum, iuxta Pauli 2. conſtitutionem. Extrau. ambi- D tioſæ, de rebus eccleſ. non alienan. & alias recentiores conſtitutiones; quia facta non præſumuntur, ſed probanda ſunt, ſecundum regulas uulgatas. Et quia ſolemnitas extrinſeca non præſumitur, ſed probanda eſt l. quæcunque, §. vltimo, de publicia. Et denique quia ſummus Pontifex non præſumitur notitiam habere harum alienationum quæ fiunt in partibus remotis: Approbatio autem & confirmatio notitiam præſupponũt, ut omnes norunt: cum ignorans non poſſit dici conſentire, & ita docuerunt Alexand. conſ. 9. num. 7. lib. 3. Afflict. deciſ. 107. Felyn. in c. ſicut, nu. 33. de re iud. Soc. iun. conſ. 5. & 6. nu. 24. lib. 2. cum plurimis aliis nouiſſimè adductis per Menoch. de præſump. lib. 3. præſump. 132. nu. 70. 71. & ſeq.

Sed nouiſſimè opponebatur Hiero. Gabriel. *conſ. 82.* nu. 31. 32. lib. 2. ubi poſt Aret. Dec. Iaſ. Grat. ſcribit *præſumi* etiam conſenſum Papæ ex lapſu 30. annor. propter comunem illam concluſionem, quæ docet ſolẽnitatem extrin-

eatrinsecam præsuml ex lapsu temporis.cap.peruenit de empt.& ven. Nec refert, inquit, quod consensus nõ possit considerari sine scientia, quia sicut præsumitur consensus, ita per necessarium antecedens præsumitur scientia: siquidem scientia inducitur ex postulatione gratiæ, si in euidentem, & eius impetratione: quæ cum necessariã sit, ad actũ præsumitur impetrata, quia facile cõceditur.

Sed hęc iure nõ probantur, nec iuris regulis sunt consentanea: Fateor sciẽtiam induci ex postulatione gratiæ, Sed quomodo probatur isthæc gratiæ postulatio? Facile conceditur si in euidentem. Facile concedo, sed factã nõ præsumo: At solemnitates extrinsecæ præsumuntur ex lapsu triginta annorum.c.peruenit de empt. & vend. Fateor, data scientia, sicut ibi; mulier enim consensum præstiterat: debuit iterum consentire, ius præsumit secundũ hunc consensum; quia post primum interpositum, passa est emptorem 30.annos possidere. Scientia & patientia inducit nouum consensum. Vbi scientia cessat, non potest induci consensus.l.mater.de inoff.testa. cum vulgaribus alijs textibus. Si tollas tex.d.c.peruenit, via habet fundamẽtum in quo consistat illud axioma, solemnitas extrinseca lapsu triginta annorum præsumitur, in re grafui & præiudicium inferente.

CAPVT LXVIII.

De emphyteuta, an possit donare irrequisito domino.

Dixi non posse, lib.3.cap.97. & confirmaui meam sententiam; refutaui contrariam lib.6. cap.98. Nunc addo quæ pro eadem sententia inueni apud doctissimum Laderchium consil.16. Et mirum est, inquit, quomodo doctores tam supinè errauerint hac in re; qui ideo putant, non oportere denunciare, quia cessat arbitrium offerendi, quasi uero Imper.in ea lege adigat emphyteutas, ut interrogent dominos, an sibi donari velint, non etiam vt diligenter conditionem nominati emphyteutæ explorent. Certum sit itaque, necessario præcedere debere interpellationem in quacunque alienatione, quidquid male scripserint multi in d.l.& Aret. cons.41. Id enim tam apertè exprimitur in dicta constitutione, vt nihil apertius. Tertio ex his consulitur domino ipsi, ne cogatur litigare de canone cum secundo emphyteuta, nec de laudatiuo; ille enim non aliter consentiet alienationi, quàm soluta quinquagesima, & re à secundo emphyteuta in emphyteusin accepta: alioqui actio personalis, quæ primum constringebat, secundum non teneret: & ita dominus tam quoad canonis obligationem, quam quoad cæteras quæ instrumento comprehensæ essent, periclitaretur: ut tradunt omnes post Bar.in d.l.fi.& Aret.in d.cons.41. & passim.

Huic rei ut doctores occurrant, nam & ipsi magnum domini periculũ hac in re versati fatentur, dicunt, quod non inducetur acquisitor in possessionem post contractum, nisi prius denuncietur domino. Fulgos.d.l.fin.vbi & Salic.nu.5.& Iason, nu.69. Imola in l.si domus.§.fin. de leg.1. Anan.in cap.potuit, num.5. de locato: & est de mente omnium qui exigunt traditionem rei, ut locuta sit poenæ d.l.fi. Sed profecto hoc non facile admitti debet. Nam denunciatio hæc secunda nunquam poterit extorqueri ex verbis dictæ constitutionis, in qua Imper. sub eadem clausula definit, denunciari debere domino venditionem meliorationum, & iuris translationem: & inde in ver. necessitatem compellit eum, consentire venditioni, aut translationi: Mox in versic. sin autem nouum: lapsis duobus mensibus, concedit emphyteutæ, vt vel uendat, vel transferat, semper autem agit Iustinianus de eadem denunciatione, quæ præcedit, non quæ subsequitur contractum. Præterea fragile est remedium hoc doctorum, & domini rationes conturbari poterunt. Namque post ipsam puta venditionem, so-

A luto precio statim nouus emptor, authoritate sua rem inuadet: quod per iuris dispositionem, secundum multos, ei permissum est Abb. Imol. Castrens. in l.si ex stipulatione de acquir. poss. Angel. in l.eum qui de fur. quod tamen plerique alij in d.l.si ex stipulatione negant: vel saltem ob clausulam vsitatam; scilicet dedit, & uendidit; in qua te omnes consentiunt. Alber. in d.l.si ex stipul. ubi & Comen.nu.2.& Ias.nu 4. Bald. in l. nec ex vera nu. 4. C.de acqui. possess. quæ tamen clausula venditorem non facit incidere pœnam, vt per Aret.d.cons.21. vel præcedenti titulo nixus iniustè etiam occupabit. Quod si euenerit, quomodo consuletur domino? Non poterit agere contra emphyteutam, qui non induxit in possessionem, quique omni dolo carere potest: nouus autem possessor non facile poterit deijci; quia omnes difficultates occurrent, quas doct. ipsi considerant, vbi possessio a venditore tradita esset.

Plana ergo & facilis via est, quæ ab ipso Iustin. com- B monstrata est: vt denunciatio ipsa omnem alienationis contractum præcedat: quare nisi hæc obseruata sint, emphyteuta iure suo decidet; vt in postrema parte eius constitutionis disertè expressum est. Et cautelæ illæ quæ adhiberi solent, obtenta licentia, & non aliter, ac similes, parum ponderis habent, & repugnant verbis apertissimis dictæ constitutionis: sin autem, inquit Imperator, fuerit versatus, iure emphyteutico cadat, & hæc mea declaratio est tam vera, quam quæ verissima: sed quorundam doctorum magni nominis authoritate communita est, qui quod ad hanc rem attinet, dictã constitutionẽ rectè intellexerunt. Cynus ibi ad finem, qui, inquit, etiam in donatione debere præcedere denunciationem, quia lex vult vt secundus approbetur a domino, non ab emphyteuta; quod Iustin. ipse explicauit illis uerbis, nõ contradicere, sed nouum. Hoc etiam tradit Alberic. ibidem nu. 2. dum ait non cessare rationem requirendi consensus in donatione. Ita etiam voluit Butr. in d. cap. potuit C nu.14. qui in ea quæstione, an emphyteuta donare possit, ita commodè opiniones conciliat, vt si agatur de denunnunciatione an dominus sibi donari velit; ea non sit necessaria: si vt consentiat, secus: idem probat Imola sub nu.11. qui & Zabarell. ibi n.12. ita sensisse putat: quin & Iason ipse in d.l.fi.nu.66. qui particulas dictæ legis accõmodat donationi, exigit, vt dominus ab initio interpelletur, vt cognoscat an idoneus sit donatarius: mirumque in modum in sua interpretatione sibi placet: & num.67. & 69. concludit, hoc esse ex mente omnium doctorum, quamuis paulo infra in vers. bene; parum memor, aut potius imprudenter exigat denunciationem post ipsum cõtractum, antequam tradatur possessio. Hactenus ille.

CAPVT LXIX.

Ius accrescendi an transeat in emptorem.

D Qværitur vtrũ ius accrescendi transeat ad emptoré, vel venditorem hæreditatis. In qua quidem quęstione variæ sunt DD. sententiæ, quas ordine referam, & post amplectar quæ mihi verior videbitur.

Prima est opinio Bar. in l.re cõiuncti in 5.q.p.q. princ. de leg.3. quæ communis fuit vsq; ad tempora Decij, ut testatur ipse in l.vni in ult.nota. C. quando non pet.par. Ius accrescendi transire ad emptorem.

Primo per text.in l.2.in princ.ff.de hær.vel act.vend. vbi dicitur emptorem hæreditatis non minus iuris habere, quam ipse hæres habiturus esset. Sed vt animaduertit Rim.Iun.in d.l.vni.nu.139.& seq. loquitur ille rea. respectu partis venditæ, quod ex eo patet, quia d.l. ibi quærit an venditor teneatur cauere de euictione, quod necessario intelligitur respectu partis venditæ.

Secundo per tex. in d.l.2.§.illud a contrario sensu; dũ enim ibi dicitur, vendita hæreditate paterna, non censeri ven-

ri venditam hæreditatem pupilli, quoniam alia hæreditas est; Inferri posse videtur in proposito nostro, vendita parte hæreditatis, contineri in venditione aliam partem quæ per ius accrescendi aduenit, cum eadem sit hæreditas & non diuersa. Sed responderi potest satis diuersam esse ab illa parte quæ vendita est, cum ad venditorem nō peruenerit tempore venditionis, & consequēter actum videri non possit inter contrahentes, de huiusmodi partis venditione.

Tertio adducitur tex. in d. l. 2. §. sicuti, vbi dicitur, omne lucrum ad emptorem pertinere. Sed tollitur facillimè, quia debet intelligi de lucro prouenientе ex portione vendita.

Quarto inducitur tex. in d. l. 2. §. cum quis, dum ibi dicitur, emptorem sustinere vicem hæredis. Sed rectè occurrit Rim. iun. in d. l. vni. num. 135. quia tex. ibi non dicit absolutè vicem hæredis sustinere, verum respectiuè tantum, quantum, scilicet, ad hunc effectum, vt ipsi venditori satisfaciat.

Quintò adducitur tex. in l. sentio ff. de vsufr. vbi dicitur ius accrescendi naturam alluuionis imitari, & ideo portionem sequi, non personam: at portio vendita est apud emptorem, ergo portio deficiens illam sequitur, & emptoris lucro cedit, sicut & alluuio l. id quod ff. de peri. & cōm. rei vend. sed facile respondetur, sequi naturam alluuionis illud ius accrescendi, hoc modo, vt excepto vsufructu, portio deficiens accrescat personæ quæ suam portionem agnouerit, non autem personæ simpliciter, nec portioni simpliciter, sed personæ coniunctæ, quæ suā portionem acceptauerit; qualis certè emptor non est: etsi enim habeat portionem emptam, non tamen est persona coniuncta cui propterea deficiens portio accrescera debeat secūdum mentem legis vel testatoris. Adde quod venditor videtur habere suam portionem vēditam, cum habeat pretium l. si & rem & pretium. de pet. hær. l. quia qui pretio ff. de vsufru. non obstat quod dicebat Polit. in repet. d. l. re coniuncti: istud non militare in hærede qui suam portionem donauit; omissa enim responsione Ripę ibi considerantis antidoralem obligationē contra quam obstat tex. in l. sed etsi lege §. consuluit de pet. hær. vt bene deducit Rim. Iun. vbi supra; uidetur respondendum esse in hærede donante per tex. in l. si pignore ff. de furt. quatenus ibi dicitur speciem esse lucri, cum quis habet beneficij debitorem. Postremo pro hac sententia adducitur tex. in l. si totum. ff. de acq. hær. in illis uerbis; *quia rem habere videtur*: considerando id uerificari, etiam in uenditore, quia rem uendidit, & sic rem non habet.

Sed istud nihil est; quoniam ut dixi, uerius est uideri rem habere propter pretium quod habet; & quia tex. in d. l. si totam: tollitur ex responsione Dec. Ias. & aliorum in d. l. un. sub num. 20. quoniam loquitur de eo, qui tacitè rogatus fuit restituere incapaci, & propterea amisit portionem suam: confiscatur enim hoc in casu l. si quilibet ff. de his quib. ut indig. l. ex facto §. Iulius ff. de vulg. merito est perinde ac si non fuisset hęres institutus: & absurdum esset, vt qui ob delictum suam partem amisit, alterius partem lucrifaciat, argumento l. itaque fullo, ff. de fur. Igitur hæc sententia Bart. mihi non satisfacit.

Minus satisfacit sententia Dec. in d. l. uni. in ult. not. portione accrescere uenditori, sed obligatum esse, eam restituere emptori, quod & Alc. docuit lib. 4. parad. c. 9. & quidam alij. Namq; mouentur primum ex d. l. 2. §. non tantum ff. de hæred. & act. uend. secundo ex l. hæredem ff. mandati. Tertio ex doctrina Bart. in l. qui hæredi §. cū hæreditas in fin ff. de cond. & dem. Sed quod attinet ad tex. in d. §. non tantum, loquitur de eo quod peruenit ad venditorem ex hæreditate uendita, non autem aliunde Quod uero attinet ad tex. in d. l. hæredem: uenditor ibi actionē mandati merito cedit emptori hæreditatis, quoniam emptor est qui debet soluere id quod creditoribus solutum fuit. Ad doctrinam Bart. respondeo, id quod datum est hæredi causa conditionis implendæ, meritò spectare ad emptorem hæreditatis, cum immediatè proueniat ex ipsa hæreditate. Alia distinctione vtitur Ripa in d. l. re coniuncti nu. 100. & Bolog. in d. l. vni. num. 24. aut quis vēdidit partem suam hæreditatis simpliciter, & tūc portio accrescit venditori, aut vendidit cum omnibus iuribus ad eam spectantibus, & ad ipsum venditorem occasione illius rei, & tunc accrescit emptori, ex doctrina Bart. in l. si pro te §. ult. ff. de euict. sed quod attinet ad vltimum hoc membrū distinctionis, res videtur satis perspicua, nisi obstaret illud quod infra dicam. Quod vero attinet ad primum mēbrum distinctionis, veritas illius pendet ex iis quæ statim subiiciam.

Communior igitur sententia est, ius accrescendi transire ad venditorem, vt testantur Rimi. iun. in d. l. vni. nu. 93. & ego alias dixi lib. 5. contro. iur. cap. 101. Sed illius argumenta facile euitari possint.

Primo enim adducitur tex. in d. l. ex facto §. Iulius ff. de vulg. vbi is qui amisit suam portionem, nihilominus consequitur alterius portionem ex substitutione: ius autem accrescendi est quædam tacita substitutio l. si Titio §. 1. de leg. 2. Sed respōderi potest, in substitutione aliud esse, quia personam respicit, non autem portionem.

Secundo adducitur pro hac sententia illa ratio, quod venditor repræsentat personā defuncti, & directas actiones habet l. 2. C. de hær. vel act. & vend. quę ratio nihil mouet; quia potest dici etiam emptorem habere vtiles actiones, & ex persona venditoris repræsentare personā defuncti quia subrogatum sapit naturam eius, in cuius locū subrogatur l. si eū, §. qui iniuriarum, ff. si quis caut.

Tertio adducitur, quia cessante ratione legis, cessat lex, l. adigere, §. quamuis, de iure patr. Sed ratio legis quæ induxit ius accrescendi cessat in emptore, cum ipse nequaquam sit coniunctus, ex qua coniunctione oritur ius accrescendi, l. uni §. vbi autem, C. de cad. tol. l. re coniuncti. de leg. 3. Nam respondatur, non venire emptorē ex persona sua, sed ex persona venditoris, qui cōiunctus est.

Quarto affertur ratio, quia in emptorem hæreditatis non transeunt actiones, quę non erant tempore venditionis l. hęredem, ff. mandati. Sed tollitur hæc ratio, quia potest dici ad portionem deficientem ius cōpetisse tempore venditionis; quoniam retrotrahitur repudiatio facta ad diē mortis testatoris l. 1. §. vtrum, ff. si quid in frau. patr. l. si ubi homo, §. cum seruus de leg. 1. tex. notabilis à contrario sensu in l. hæres quandocunque ff. de acq. hær.

Quinto affertur tex. in l. Papinianus, ff. ad Treb quatenus ibi deciditur, portionē accrescere fideicommissario; quia hæres grauatus fuit coactus adire, videtur enim dicendum à contrario sensu, non accrescere fideicommissario, sed ipsi hæredi grauato, si sponte adiret. Sed aliud est in hærede grauato, aliud in venditore, quia apud hęredem grauatum remanet quarta pars ex Trebelliano §. restituta in Instit. de fideic. hæred. quæ merito ad se trahit partem deficientem.

Sexto adducitur tex. in l. si in testamento, ff. de vulg. & ibi Bart. vbi dicit ius accrescendi immediatè ex lege induci, & ex uoluntate quadam testatoris tacita; quæ quidem voluntas testatoris, aut legis dispositio, nequaquam militare videtur in emptore hæreditatis, sed tantū in venditore. Sed responderi potest, id quidem verum esse simpliciter, considerando personam emptoris; secus autem considerando eam quatenus in locum uenditoris succedit.

Postremò adducitur ista ratio: inter succedentes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi l. sed cū patrono de bon. poss. sed emptor succedit diuerso iure ab eo cuius portio deficit, ut patet ergo &c. Responderi enim pōt, succedere eodem iure, considerando personam venditoris in cuius locum successit emptor, quod satis est vt dicatur eodem iure succedere, cum & ipsum accrescendi ius trāsmittatur ad hæredem l. si ex pluribus ff. de suis & legit. qui quidem hęres diuerso iure succedit, ut patet.

Sed licet hęc argumenta refutari possint, mihi tamen

magis

magis placet communior sententia pro qua confirmanda. Primo facit doctrina Bartol. in d. l. si a te. §. vlt. ff. de euict. quam adducit Ripa in d. l. re commenti, nu. 110. scilicet ad emptorem non transire ius proueniens occasione rei venditæ, nisi expresse dicatur; nam istud ius accrescendi prouenit occasione rei, & ipsi venditori tanquam coniunctio acquiratur. Ergo non transit in emptorem, nisi fuerit dictum.

Secundo, quia cum quæritur quid veniat in venditione hæreditatis, inspicitur primò quod actum est inter contrahentes, etsi hoc non appareat, attenditur tempus venditionis factæ l. 2. §. 1. ff. de hæred. & actio. vendit. sed tempore vēditionis factæ portio nondum defecerat, ergo non potest videri in venditione comprehensa. Non obstat si dicatur, imo portionem defecisse eo tempore, propter retrotractionem; quia istud venditor diuinare non poterat, nec emptor; ignorabant enim contrahentes, an cohæres repudiaturus esset suam portionem. Quā obrem contractus non extenditur ad ignorata, nec potest videri venditor cessisse ius emptori, quod ignorabat sibi competere l. mater. ff. de inoff. test.

Tertio, quia in dubio, nunquam intelligitur venditum *ius futurum*, sed tantummodo quod de præsenti competit, vt notat Bart. in l. 3. circa fi. C. de pact.

Quarto, quoniam venditor hæreditatis ipsam hæreditatem possidere dicitur l. 4. §. vlt. ff. si quis om. cau. test. *Ergo* nihil prohibet, quo minus portio ipsi accrescat; cū nō obstante venditione dicatur adhuc habere suam portionem.

Quinto, quia negari non potest, quin hęc res sit dubia: in dubio autem fit interpretatio contra emptorem circa accessiones rei venditæ. l. si in emptione, ff. de contrah. empt. quamuis vbi quęstio oritur ambigua circa rē ipsam venditam, interpretatio fiat contra venditorem, l. Labeo. l. cum de lege. ff. eo. tit.

Sextò, nam consideranda est natura venditionis hoc in casu, quæ facta est de portione certa hęreditatis, & certo pretio; Vnde iniquum videtur, vt emptor aliam portionem consequatur, minimè venditam, nullo pretio soluto: semper autē illa facienda est interpretatio in dubio, per quam absurditas & iniustitia euitari potest, l. nā absurdū, de bon. liber. & illa quæ neutri partium est captiosa, latè Menoch. de arbit. iud. casu. 159.

Septimò considerandum est, iuris accrescendi naturā & proprietatem, non istam esse, vt portio sequatur portionem absolutè, sed vt sequatur portionem personę coniunctæ; sic enim loquitur. l. si Titio. ff. de vsufr. cum igitur venditor sit persona illa coniuncta; emptor autē minimè; iustius est vt portio venditori accrescat, nō autem emptori.

Vltimo, ego puto attentari posse & hanc conclusionē rectè defendi, quod portio proueniens ex iure accrescendi antequam deficeret, nō possit vendi vel donari, etiam expresse, quia non ualet pactum de hæreditate viuentis cum sit cōtra bonos mores. l. vlt. C. de pact. & dicitur esse *improbus*, qui est solicitus de hæreditate viuentis, l. quidam. §. 1. ff. de donat. & hoc procedit etiam ante ius quæsitum viuenti. l. 2. §. interdum, ff. de vulgar. nemo igitur præsumitur facere voluisse, id quod iuste facere non potest. l. merito. ff. pro socio.

Nō obstat si dicatur vendi posse ius substitutionis pupillaris: etiam viuēte pupillo. l. 2. §. illud. ff. de hęr. & act. vend. quia responderi potest in illo tex. abundare dictionem maximè, vt notat ibi gl. uel illud esse specialiter constitutum in pupillari substitutione, quia est sequela hęreditatis paternæ, ut notat Deci. l. ult. n. 21. C. de pact. quæ quidem ratio specialitatis non militat in proposito nostro, cum nullo iure probari possit, vnam partem hæreditatis, alterius partis sequelam esse, & accessoriam, partes. n. accedunt toti, & illud sequuntur. l. malum. de uerb. signi. non autem una alteri parti accedere dicatur. Nō obstat si dicatur vnam partem accedere alteri per ius accrescen-

A di; quia istud est verum, postea quam defecit, non autem ante; sed in casu nostro pars deficiens non consideratur postquam defecit, sed antequam deficiat; quia tempore venditionis nondum defecit.

Quæ omnia his addenda erunt quæ alias scripsi de hac eadem quæstione.

CAPVT LXX.

An in præteritione paterna filij in potestate, locum habeat Auth. Ex causa. C. de lib. præter. & in corpore vnde sumitur.

TRactauj alias hanc quæstionem; sed nunc plenius iuuat retractare. Communis est sententia locum habere etiam in præteritione paterna vt testantur in d. Auth. ex causa, C. de lib. præter. Cagn. n. 14. Bologn. num. 27.

B Primò ex §. aliud quoque capitulum in Auth. vt cum de app. cogn. vers. sin autem. hæc obseruata non fuerint: considerando verbum *exhæredatis* quod est ibi positum, largè continere præteritionem l. si patronus. de bonis liberti. l. non putauit §. Non quęquis de bono. poss. contra tab. Respondet Bologn. ubi supra nu. 24. id nō esse verū, quia hoc modo præteritio esset species exhæredationis, at id stare non potest: quia species est in genere suo l. si quid earum §. inter emptum de leg. 3. Sed præteritio excludit exhæredationem, tantum abest vt in exhæredatione insit, tanquam in suo genere §. eadem inst. de hæred. quæ ab intest. Ad textus adductos respondet, non probare: quia dicunt præteritionem haberi pro exhæredatione. Aliud est esse tale, aliud haberi pro tali: glo. in l. mercis, de verb. sig.

Secundum arg. est, quia ratio constitutionis locum habet etiam in pręteritione paterna. Illa est ratio: ne *filij falsis accusationibus damnentur* vers. sine autem hæc obseruata non fuerint. **C** Hæc ratio locum habet etiā in pręteritione paterna: ergo fit extensio etiam in correctoriis, cum ratio sit expressa in lege corrigente Ias. in Authen. quas actiones nu. 12. C. de sacrosanct. eccle. Ripa in l. si constante nu. 66. sol. matr. Respondet Cagnol. ubi supra nu. 14. extensionem non posse fieri quando lex est correctoria, & pęnalis simul, Dec. in c. translato num. 3. in 1. lect. de constit. Iason d. Authen. quas actiones num. 22. Quod sit pęnalis videtur probari ex §. sin autem hæc omnia non fuerint obseruata ibi. *Et hæc quidem exhæredationis & preteritionis sit pœna.*

Tertium argum. sumitur ex §. sin autem hæc omnia, vbi dicit Imperator, ipsi intentionē esse iniuriam exhæredationis & præteritionis auferre. Respon. verbum præteritionis referri ad lineam maternam; exhæredationis autem verbum ad lineam paternam: glo. in eadem Nouella in §. sancimus in ver. præterit.

Quartum arg. est ex initio dictæ constitutionis, quod **D** est generale: ideo licet referat postea casum specialē, nihilominus generaliter lex est accipienda l. regula §. & licet. de iu. & fa. ig. Respondet Cagnol. nu. 24. initium constitutionis non esse generale; quia verbum præteritionis refertur ad linea maternam, vt supra dictum est.

Quintum argum. est, loquitur hæc constitutio de filio exhæredato sine iusta causa; & ita inter omnes conuenit. Sed istiusmodi exhæredatio, est præteritio. l. non putauit §. non quęquis. de bono. possess. contra tab. §. eadem inst. de hæred. quæ ab intest. ergo loquitur etiam de præteritione. Respondetur negando minorem: quia tex. allegati loquuntur de exhæredatione non ritè facta id est, non solēniter, ut conuenit fieri: Non autem loquitur de exhæredatione sine causę insertione; quia illa solemnitas causæ inserendæ, olim non erat necessaria, sed hac constitutione inducta fuit.

Sextu pro hac sentētia Cagno. adducit tex. in §. sin autem hæc omnia. ubi tex. dicit ea quæ supra dicta sunt esse

de

de exhæredatione & præteritione. Respond. loqui ibi de præteritione patris, quæ pro exhæredatione habetur glo. in l. 1. de inoff. testam.

Septimum argum. est Bologn. dicentis, constitutionẽ sane non loqui de præteritione patris, sed tamen ad eam extendi, quia ratio est in ea expressa, quæ conuenit etiam præteritioni & in correctorijs fit extensio, vbi ratio est in lege expressa, ut per Ias. in d. Auth. quas actiones nume. 22. sed responderi potest ut supra, extensionem non fieri ubi lex est correctoria & pęnalis simul.

Contrariam sententiam amplexus est Fulgo. Oldrad. cons. 138. & Bolog. dicit esse veriorem ubi supra, quia tex. loquitur de exhæredatis liberis ut patet ibi in §. si autẽ: hæc *nullum exhæredatis liberis fieri præiudicium*. Confirmari potest, quia verba strictè sunt accipiẽda in materia odiosa, sicut est exhæredatio c. Rodulphus de rescrip. & sic verbum exhæredatis strictè videtur accipiẽdum pro exhæredatione, nõ autem pro præteritione. Rursus quia Imperator hac constitutione voluit fauere filijs, ne circumscriptionem patiantur: Sed ubi filius est præteritus non indiget fauore Imperatoris, quia tunc testamentum est nullum, & legata corruunt l. filio præterito de iniusto rupto testa. & ideo potius in odium filij retorquetur hæc constitutio, si de præteritione paterna sit accipienda, quia sic filius præteritus legata præstare tenetur, ego puto communem sententiam esse probabilem.

Primo ex §. sancimus d. constit. dum ait *Non licere patri vel matri filium exhæredare, vel præterire*. Hæc verba sunt clara, & verbum præterire refertur tam ad patrem quam ad matrem.

Secundo quia si nullum potest fieri præiudiciũ exhæredatis vt habetur in §. si autem hæc, ergo nec præteritis: quia in tota illa constitutione æquiparantur exhæredatio & præteritio; ergo dispositum in uno, locum habet etiam in alio glos. in l. si quis seruo, C. de furtis, etiam in materia correctoria Ripa in l. si cõstãte nu. 69. sol. matr.

Tertio quia ratio in lege expressa locum habet etiam in præteritione, ergo fit extensio, etiam in materia correctoria Ias. d. Auth. quas actiones, nu. 22. & Ripa in d. l. si constante, nu. 72. Nec est verum, quod sit correctoria & pœnalis simul sicut loquitur glo. in clem. 2. de ætate & qual. in uer. Eisdem, vnde sumitur dicta limitatio: loquitur enim de pęna propriè quæ est coercitio delicti, ut per doct. in rub. de pœnis.

Quarto quia hæc opinio fauet testamento, vt, scilicet, valeat quantum ad alia, excepta institutione, igitur est sequenda in dubio l. si pars de inoff. testa. Menoch. de præsump. li. 2. præsum. 71. nu. 30. Non ob verbum exhæredatis, quia iam patet ex responsis. Non ob. præiudicium liberorum in soluendis legatis; quia Imp. non tam voluit liberis fauere, quàm testamento; ut ipse declarat, licet ex eo iura antiqua remaneant correcta.

Nouissimè Anton. Faber de erroribus pragmaticorum Decade 20. errore 4. Scribit eam constitutionem loqui de testamentis, quæ rescinduntur per querelam, & ideo non pertinere ad testamentum nullum ex causa præteritionis, quia quod nullum est, rescindi non potest. l. nam et si. de iniusto rup. irr. test. Nec obstare verbum præteritionis, quo frequenter Imperator est vsus in illa constitutione, quia intelligitur de pręteritione, quę pro exhęredatione habetur. Respondeo dictam constitutionem loqui etiam de pręteritione, vt verba ipsa sonant; consequẽter loqui etiam, vbi testamentũ est nullum. Et quod verbũ pręteritionis accipiatur pro ea, quæ uim habet exhæredationis, diuinationem continet. At præteritioni non conuenit illud quod de insertione causæ dicitur. Respõ. imo conuenire, quia si dicit, Filium meum prętereo absque causa, vel quia me verberauit; est præteritio, & non exhæredatio, ut docet Bar. in d. Auth. ex causa nu. 10. C. de lib. præt.

A

CAPVT LXXI.

Legitimati per subsequens matrimonium, an excludant substitutum sub conditione, si institutus decesserit absque filijs de legitimo matrimonio natis.

De hac quæstione dixi li. 4. c. 54. postea plenius inueni tractatum a Peregrino de fideic. art. 24. nu. 14. nunc argumenta mihi soluenda esse uidẽtur, quibus nouissimè doctissimus Laderchius cõs. 24. contra substitutum mouetur. His enim omnibus simul coniũctis, uix aliud in hac quęstione desiderari poterit.

Primò is mouetur ex l. cum quis, in fi. C. de natu. lib. in illis uerbis. *Sed qui ex eisdẽ matrimonijs procreati sint, simili perfruantur fortuna Ecce* (inquit,) *hic Imperator appellat hos legitimatos, procreatos ex matrimonio*; idem probatur in §. fin. de nupt.

B Sed certe illa uerba referuntur ad alios filios, qui post matrimonium nati sunt, non autem ad eos qui ante: illa dictio *eisdem* non includit natos ante, quasi eadem sint matrimonia & ijs & illis qui ante sunt nati: neque enim potest esse matrimonium, respectu eorum qui ante sunt nati: quia tunc non erat contractum, & text. paulo post eos appellat natos *ante dotem*: si antè dotem, igitur & ante matrimonium, *quia illo iure* absque dotalibus instrumentis non erat. *Si ante matrimonium* sunt nati, ergo non ex matrimonio: Non igitur merum commẽtum est, sed ualde probabilis̃ expositio. Vtitur autem Imperator phrasi qua uti solemus, cum semel fecimus mentionem alicuius rei: quasi dicat ex *eisdem* matrimonijs, id est, illis de quibus proximè facta est mentio, ex illis met quæ secuta sunt, postquam natus erat filius.

Secundo mouetur ex cap. tanta, qui filij sint legitimi, coniungendo rubeum cum nigro, & illa uerba. *Post contractum matrimonium legitimi habeãtur*:

C denotant ueritatem ex doctrina Bart. in l. si is qui pro emptore, nu. 19. de usucap. Resp. ponderanda esse uerba illa, *Post contractum matrimonium*: ergo non ante: nec text. dicit retrotrahi, nec id iure probatur, pręsertim cum de tertij præiudicio agitur Alc. li. 5. paradoxorum, c. 12. peregr. d. ar. 24. num. 34.

Tertio mouetur uigore exæquationis factæ inter legitimè natos & hos legitimatos d. l. cum quis. C. de nat. lib. §. reliqui in auth. quib. mo. ad off. leg. Resp. exæquationem, quæ fit iuris interpretatione, cessare, quando uerba requirunt ueritatem, & non fictionem l. ult. C. de his qui ueniã ætat. impet. & ita exęquatio locũ habere potest in dispositione legis: secus autem in dispositione hominis, in qua sonus uerborũ attendi debet; ut in proposito ex pluribus demonstrat Peregr. d. art. 24. nu. 42.

Quarto adducit tex. in cap. cum in cunctis. & in c. Innotuit cum ibi not. per doctores de elect. ubi admittitur

D ad Episcopalem dignitatẽ legitimatus per subsequẽs matrimonium; licet Pontifex Max. requirat, ut sint nati de legitimo matrimonio. Monstrum igitur esset, non haberi pro legitimo, quantum ad actus sæculares, qui pro legitimo habetur, quantum ad dignitates ecclesiasticas, ut inquit tex. in c. per uenerabilem, qui filij sint legiti. Resp. omissis aliorum responsionibus text. allegatos non dicere, quod legitimati per subsequens matrimonium admittantur ad Episcopatus: sed est glos. quæ hoc dixit in d. ca. Innotuit, per tex. in d. c. tanta. Igitur negari potest id uerum esse, quia tex. in d. c. tanta id non probat, sed tantum probat legitimatum per subsequens matrimonium pro legitimo haberi. At nos legitimè natum requirimus, non autem legitimatum. Et authoritas doctorum euitari potest, quia ijdem sunt, qui & in quæstione nostra sunt pro legitimato: præterquam quod, ut sępe dixi, non authoritatibus, sed rationibus agendum est in disputando.

CAPVT LXXII.

Ad Auth. Præterea. C. Vnde vir & vxor.

NOn placet quod reſpondit Natta in conſ. 605. uxori inopi vſumfructū quartæ partis deberi, ſi mortuus ſit vir filiis ſuperſtitibus, qui defuncti poſtea ſint. Fundamētum enim ipſius in eo conſiſtit, quod ſcilicet filijs ius dominii quęſitum fuerit, ſic ad hæredes tranſmiſſum: ex quorū perſona non debet obligationis qualitas immutari.

Nego ius quæſitum eſſe. Nullo iure id probatur. Non eſt bonum argumentum de vſufructuaria muliere relicta, quod legatum in alimenta reſoluitur ex conſuetudine *Bulgari*; & ſic remanet etiam defunctis liberis, niſi plura ſint legata: veluti cum dictum eſt, donec vixerit, ad trad. per Bart. in l. Titia. §. Titia. de l. 2. Quia mulier a principio habet dominium, non autem uſumfructum tantum: licet illud liberis, ſi extiterint, reſeruare teneatur. Verba Irnerii, quem in hoc nullus interpretum accuſat malæ traiectionis ex authentico, ſunt iſta. *Vt tamē eiuſdem matrimonij liberis proprietatem ſeruet, ſi extiterint. His vero non extantibus, vel ſi nullos habuerit, potietur etiam dominio*: quomodo conſeruabit liberis proprietatem, ſi ipſa uxor eam non habet, ſed liberi; eſt planè ſimile exemplum de muliere tranſeunte ad ſecundas nuptias, quia conſeruat proprietatem bonorum liberis primi matrimonii: uerum ſi moriantur, eam ipſa habet, non autem hæredes filiorum defunctorum. l. fœminæ. §. illud. in fine. C. de ſecun. nupt. Ripa ibi, num 5. Bald. conſ. 153. lib. 5. latè Gabriel. tit. de ſecun. nupt. concl. 1. nu. 23. Quod ſimile exemplum non labefactatur ea reſponſione, quod ibi ſit ita conſtitutum. Nam ſimiliter & hic conſtituendum videtur a nobis interpretatione iuxta. l. non poſſunt de legibus. Nec ualet illa interpretatio, *his uero non extantibus, vel ſi multos habuerit, potietur etiam dominio, non extantibus tempore mortis patris*. Quis intelligo illa verba abſolute, quandocunque non extent: quia iam dixit text. vxorem inopem ſuccedere vnà cum liberis in quartam. *Succedit*, inquit tex. *vna cum liberis communibus in quartam.* Si iam ſucceſſit vxor in quartam etiam ſtantibus liberis, & ſucceſſit ſimul cum liberis; ergo mortuis liberis liberata eſt ab onere conſeruandi eiſdem proprietatem dictæ quartę, de quo onere ſtatim fit mentio: ergo ſupponendum eſt, liberos extare tempore mortis patris, & nihilominus uxorem ſuccedere in proprietate quartæ vnà cum liberis: ergo illa uerba, *non extantibus*, referenda non ſunt ad tempus mortis vxoris: quę proprietatem non tenentur conſeruare eiſdem liberis, ſi non extent: prius enim ipſa mulier ſuccedit pleno iure cum eis; ſed poſtmodum conſeruare tenetur filiis extantibus, ſcilicet poſtquam ipſa uxor bonis erit fruita toto vitæ ſuæ tempore. His accedit quod Imperator in auth. vt liceat matri & auię. §. quia vero legem, ait vxorem habere quartam partem ſubſtantiæ viri una cum filiis: deinde iubet, ut dominium ipſis filiis ſeruetur, quos ſex illis nuptiis habuerit: ergo prius ipſa debet frui; ut illa uerba indicant, *ita quippe ut ipſa vxor uſum ſolum habeat*: ergo reſeruatio dominii, de qua ſtatim loquitur, debet referri ad tempus, quo uxoris finitus eſt vſusfructus; eo igitur tempore filiis reſeruabit uſumfructum, ſi extiterint. Si non extiterint, pleno potietur dominio, ut interpretatur Irnerius: cuius authoritatem cæteris anteponere iuſtum mihi videtur: atque ita ſentio, meliori iudicio ſaluo.

CAPVT LXXIII.

De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus, an iuramento firmetur?

PActum legis commiſſorię in pignoribus iuramento firmatur, ex iuris canonici regulis; quibus declaratur, omne iuramentum ſeruandum, quod ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ, licet iure ciuili reijciatur ac improbetur. cap. cum contingat de iureiur. cap. quamuis de pact. in 6. Vſque adeo, vt locum iſtud habeat etiam in debitore, qui iurauit ſe ſoluturum vſuras. cap. debitores de iureiur. Et hæc eſt veriſſima & receptiſſima doctorum ſententia. gloſſ. & doct. in c. cum contingat de iureiu. in c. ſignificante de pignu. & alibi. Late Serafinus de priuileg. iuramenti priuilegio 51.

Contrarium docet nouiſſime Antonius Faber de erroribus Pragmaticor. decade 21. errore 8.

Cuius fundamētum eſt in eo poſitum, quod iuramentum non poſſit efficere id, quod per rerum naturam fieri nequit: Fieri autem nequit vt eiuſdem rei pignus & venditio ſimul contrahatur, aut contracta eſſe intelligatur.

Sed pace doctiſſimi I.C. non eſt hoc impoſſibile: quia venditio fit ſub conditione, ſi non ſoluatur pecunia tempore conuento: quod venditionis genus receptum eſt, eius rei quæ oppignerata fuit; niſi odium creditoris obſtaret, qui minus iuſto pretio rem acciperet ob legem commiſſoriam. *Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecæve, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptionis poſſideat rem, iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio* l. ſi fundus 16. §. vltim. ff. de pignoribus. At vbi non eſt adiecta iuſti pretii mentio, non valet pactum, odio creditoris. Sic enim ait Conſtantinus in l. vlt. C. de pact. pignor. *Quoniam* (inquit) *inter alias captiones, præcipue commiſſoriæ pignorum legis creſcit aſperitas, placet infirmari eam, & in poſterum omnem eius memoriam aboleri.*

Nam cum res pignori obligari ſoleant longe ſuperualentes debito, nolebant creditores mutuam dare pecuniam, niſi ſub lege & pacto expreſſo commiſſi pignoris, niſi pecunia in termino conuento ſolueretur. Huic legi facile debitores pecunia egentes ſe ſubiiciebant, ſperantes interim rebus ſuis conſulere, & tempore conſtituto, pecuniam reſtituere: quod cum præſtare non poſſent, res proprias amittebant, eaſque creditores acquirebant: ſic doctores noſtri, & recte. Bartolus in lege prima, & vltima C. de pactis pignoris & ibidem Cuiacius in Paratitlis. Neguzan. de pign. 4. parte princ. in prin. Modernus Pariſienſis de vſuris numero 364. quæſtione 52. Didacus Conar. variar. reſol. libro 3. cap. ſecundo, numero octauo, Syluester in ſumma verſ. Pactum quæſtione decimaquarta, Connanus libro 4. comment. iuris cap. decimooctauo numero 8. Non igitur male. S. Pontifex in cap. ſignificante. de pigno. exiſtimauit, hanc pactionem, odio creditoris improbatam eſſe: quia hæc eſt vera ratio, non illa, *quod ſit de re impoſſibili, & implicante contradictionem.*

CAPVT LXXIIII.

De argumento, à Cessante ratione legis, *quadam non vulgaria.*

OMnes sciunt regulam, *cessante ratione legis cessat lex*. l. quod dictum. ff. de pactis. lege adigere. §. quamuis, de iure patrona. cũ alijs quæ tradit Euerard in cent. legali, loco *à cessatione rationis*. Sed non omnes norunt, (nisi fallor) quo pacto sit intelligenda; quoniam Eucrard. vbi supra non sat plenè rem attingit. Reperio hanc regulam sic esse accipiendam, vt procedat, quando cessat ratio legis generaliter; secus autem si cesset in casu particulari: ita Aret. in l. 2. col. 5. vers. Tu autem aduerte. ff. de vulg. Tiraquell. tract. cessante causa. limita. 32. Couarr. in c. cum esses, num. 9. de testam. & in epith. de sponsalib. par. x. cap. 6. §. 9. nu. 8. fundamentum est in Clem. Ad nostram, de hæret. & in l. 1. in fi. de mi-
B norib. Sed difficultas est in eo, quòd tex. in l. quod dictũ. de pact. in lege adigere, §. quamuis de iure patronat. ex quibus sumitur dicta regula, & alij textus cõcordantes, loqui videntur in particulari casu; si ergo cessaret ratione legis in illis casibus particularibus, cessaret legis dispositio; qui fieri potest, vt declaratio subsistat, qua sic cantum est, vt cessante ratione legis in vno actu particulari, non cesset lex?

Hæc sanè difficultas sæpe me torsit. Cæterum cùm rem Perillustri Comiti Nicolæ Clericato Vicentino auditori meo, iuueni certè omni virtutum genere prædito, & ad omnem gloriam nato declarassem, is mihi luculẽtam attulit huiusrei enodationem. Quod dicitur, in d. l. 1. in fi. de mino. res minorum committi solere aliorũ administrationi, licet rem suam bene gerant; id pertinet ad particularẽ vnius vel alterius minoris personam: Ideoque, licet sciret legumlator aliquos fore minores industrios atque sagaces, voluit tamen res minorum ab alijs
C gubernari, quia plerumque fragile est minoris cõsilium. & multis captionibus cãpositũ, vt dicit I. C. in d. l. 1. licet ergo in Titio, puta, cesset ratio ista, vel in Caio minoribus, propter sagacitatem eorum; non cessabit legis dispositio, quia cessat ratio in casu particulari, non autẽ generaliter in omnibus: At in l. adigere. §. quamuis. de iure patro. ratio legis non cessat in vno vel altero particulari, sed in omnibus Castratis: nullus enim est, qui possit generare: meritò in eis cessat legis dispositio, generaliter in omnibus, nõ autem in vno vel altero tantũ. Idem & de alijs textibus mecum discurrebat, egregie sane, vt mihi visum est: quamobrem totam hanc explicationem nobilissimo viro acceptã ferre debent studiosi, ad quos nostra hæc scripta peruenient.

CAPVT LXXV.

Ad l. 4. § Cato, de verborum obligation.

D
DVæ sunt facti species proponendę, ex quibus sententia clarissima huius. § apparebit. Prima: Titius Caio vendidit prædium Sempronianum, promisitque ei ire, agere licere per aliud prędium; neque per se neque per hæredes factum iri, quominus ei ire, agere liceret: si aduersus ea factum esset, pœnam Caio stipulanti promisit.

Moritur Titius venditor relictis pluribus hæredibus: vnus hæredum prohibet emptorem, quo minus eat ad fundum emptum. Quæritur an pęna sit commissa aduersus illum solum, an vero etiam aduersus alios cohęredes, pro portione hæreditaria, qui non prohibuerunt. Respõdit Paulus ex sententia Marci Portij Catonis, cuius meminit Pompon. in l. 2 de orig. iur. pœnam committi aduersus omnes hæredes, pro portione hæreditaria. Ratio dubitãdi est: quia factum vnius, nõ debet alteri nocere.

A l. de pupillo. §. *Si plurium*, de ope. no. nunc. pœna enim suos tenet auctores, l. Sancimus. C. de pœnis. cap. si compromissarios. §. porro, de elect. libro 6. nec alteri per alterum debet iniqua conditio inferri. l. non debet, de regul. iur. ratio decidendi est; quia quod ab vno ex hæredibus fit, ab omnibus factum videtur; hoc est, idem est, ac si ab omnibus factum esset: quia stipulator non in partem prohibetur ire agere; sed in totum, ut ait idem Paulus, in l. in executione. §. quod si stipulatus, eod. tit. tanti igitur interest stipulatoris ab vno prohiberi, quãti si ab omnibus prohiberetur: quia ire, agere, est indiuiduum. l. 2. §. vlt. supra eod. tit. In summa, est idem, ac si promissor dixisset, si vllus hęredum prohibuisset ire agere, pœnam solutum iri: quo casu si vnus prohiberet, sine dubio pęna contra omnes committeretur, pro portione hæreditaria; quia lex 12. tab. diuidit obligationem inter hęredes pro portione hæreditaria, l. hæredes §. Idem iuris. ff. fam. herc. l. pro hæreditarijs. C. de hæred. act. l. 1. C. si cert. pet.

B Non obstat ratio dubitandi; quia licet pœna committatur contra omnes hæredes: tamen ipsi, qui non *prohibuerunt*, actionem habent pro indemnitate. l. In executione. §. quod si stipulatus. l. 2. §. item si in facto. eod. titul. de uerb. oblig.

Sed contra: quia nemo ideo obligatur, quod *receptrus* sit ab alio id, quod ipse præstiterit. l. nemo ideo, de reg. iur. quia posset fieri nõ soluendo. l. *Supraiter*. §. apud ferocem, de aqu. plu. arc. aliqui dicunt alios hæredes, qui non prohibuerunt, cedẽdo actionem liberari, secundum reg. l. quod debetur, de pecul. l. quod *si* possessor de peten. hæred. cum similibus. Sed refellit hanc sententiam *Spec.* Iun. in d. §. Cato, nu. 26. tum quia tex. dicit *pœnam* exigi posse; tum quia hæres non habet actionem antequam soluat. Nec ideo tenẽtur cohæredes, quod actionem habent, sed quia stipulatio est indiuidua: & ideo ab omnibus factum uidetur, quod vnus fecit: ideo non est locus regulæ. l. quod debetur, de pecul. Respondere potest, legem
C alter prouidere non potuisse; quoniam defuncti obligatio est indiuidua; quamobrem hæredes non possunt conqueri de lege sic eos obligante, sed de *ipso defuncto*, qui sic eos obligauit.

CAPVT LXXVI.

Ad eundem §. Cato l. 4. de verborum obligation.

ALtera facti species est ista. Promisit *Sẽptonius* se amplius non acturũ: si amplius ageret, pœnæ nomine cẽtum, mortuo Sẽpronio vnus ex *hæredis* bus cõtrauenit. Quęritur, an pęna sit cõmissa contra oẽs cohæredes; Respondetur in tex. commissam esse contra eum hæredem solum qui contrauenit. Ratio dubitandi est ex l. 5. § vlt. infra eod. Ratio decidendi est, quia stipulatio est rei diuiduæ, ut in tex. Ad d. l. 5. §. vlt. respondebat
D olim Ioãnes ibi agi de stipulatione, quæ consistit in dando; hic de ea quæ consistit in faciendo. Male: quia ibi pœna incurritur ex eo, quod arbitri sententiæ non paretur, quę tamen potest consistere etiam in faciendo; id est, iubere vt aliquid fiat. Melior est *responsio*, in d. §. vlt. pęnam in totum committi: quia aliud statui non potest in huiusmodi stipulationibus sine iniuria stipulatoris: & hoc est, quod ait I. C. in l. 3. fam. hercis. solutionem partis non minima incommoda habere. Ideoque creditor inuitus, non cogitur partem summæ accipere. l. tutor. §. Lucius ff. de vsuris.

CA-

CAPVT LXXVII.

Ad eundem. §. Cato, l. 4. de verb. obl.

VEnio ad vers. *Sed videamus* gl. ibi scribit sensum esse, his verbis quæri an idem sit in stipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, quod in stipulatione iter fieri: an verò magis idem, quod in stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum: & respondet Paulus non idem esse. Non placet; quia *Iter fieri, & per te non fieri* &c. non sunt duæ distinctæ stipulationes, sed vnica stipulatio est, continens affirmationem & negationem: hoc modo. Iter fieri licere: & per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat; vt patet ea l. a. §. pen. & vlt. supra. eod. tit. huc accedat, quod si stipulatio, *Iter fieri*, quam initio pro exemplo posuit. I.C. indiuiduę stipulationis, non esset eadem cum stipulatione per te non fieri, inepta esset ratio, quæ in tex. habetur: cum scilicet tex. dicit, in stipulatione iter fieri pęnam committi contra omnes hæredes; quia nisi insolidum peccari potest, & ab omnibus factum videtur in illa stipulatione, *per te non fieri*. Quid enim hoc ad rem facit, si stipulatio per te non fieri, diuersa est à stipulatione iter fieri? Quæ causa est, vt nec mihi probetur Alciati expositio, hoc in loco ab eo tradita, & in commentariis de diuisionibus stipulationum, Paulum dubitare, an stipulatio, per te non fieri, eadem sit cum stipulatione, iter fieri, vel amplius non agi: quoniam & hæc interpretatio differentiã constituit inter stipulationem, iter fieri, & per te non fieri, quæ constituenda non est; vt dixi.

Doctissimus Taurellus dicebat hic quæri, vtrũ stipulatio, *dolum malum abesse*, cuius fit mentio in principio legis, sit eiusdem naturæ cum stipulatione, per te nõ fieri: an vna potius cum stipulatione, rem ratam haberi? Et hanc sententiã Pauli esse, eandem esse cum stipulatione, *rem ratam haberi*; vt probatur in l. in stipulatione ff. rem rat. hab. & quia prætoriæ stipulationes sunt eiusdem naturæ l. pœnales, §. Iulianus, ff. ad l. Falcid. Nõ placet, quia non est verisimile, hunc versiculum esse referendum ad principium legis tam remotũ, & de quo Paulus iam separatim dixerat. Deinde, quia stipulatio, rem ratã haberi, est diuidua; vt hic probatur & in l. inter, §. siquis ita stipulatus. fam. hercisc. At stipulatio, dolũ malum abesse, indiuidua est, vt hic in principio legis probatur, & in d. l. inter, §. quod si ex facto, ff. fa. hercisc. Nõ obst. l. pęnales, § Iulianus quia non habet locum in stipulationibus indiuiduis, vt in l. 2. ff. de præto. stipul. Non obstat l. in stipulatione, quia hoc tantum dicit, in stipulationem, rem ratam haberi, venire id quod interest, & idem iuris esse in stipulatione, siue in clausula, dolum malum abesse.

Communis igitur expositio (nam quæ recentiores dicunt omitto) mihi verissima videtur, quã attulerunt antiqui glossatores, Iason, Ripa, Socinus senior, ac iunior, nouissimè Zasius & Cuiacius; Paulum quærere, ac dubitare, an idem sit iuris in stipulatione, amplius non agi, quod in stipulatione, per te non fieri; an verò magis idẽ, quod in stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum, & concludere, idem esse, quod in hac stipulatione de rato; quoniam stipulatio rati diuidua est, sicut & stipulatio, amplius non agi. Ista expositio verbis text. est contentanea. Ait enim Paulus. *Videamus an non idem hic sit*. id est, in dicta stipulatione, amplius non agi, *quod in stipulatione, per te non fieri: an verò magis idem quod in stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum*. Nam stipulatio de *rato recipit diuisionem, quia is solus tenetur, qui ratum non habuit, & is solus agit, a quo fuerit petitum* quasi dicat; stipulatio de rato eiusdem est naturæ, cuius est stipulatio amplius nõ agi. Illa enim verba, *& Paulus respondit in eadem esse*, non sunt agnoscẽda, quia non extant in Pandectis Florentinis: Cõfirmatur hæc sententia. Nam Paulus vnam ex stipulationibus istis confert cum stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum. Non est dicẽdum eum conferre stipulationem, iter fieri vel per te non fieri, quia sunt indiuiduę: illa verò diuidua est. Ergo conferre videtur stipulationẽ, amplius non agi, quæ similiter est diuidua. sicut stipulatio, Titiũ hæredemque ratum habiturum. Ratio dubitandi erat, quia dominus pro parte ratum habere non potest; igitur nec hæres; quia ex persona hæredis non mutatur conditio obligationis l. 2. §. ex his. eod. tit. Ratio decidendi est, quia vtraque stipulatio, id est, amplius non agi & rem ratam haberi, diuisionẽ recipit, vt in tex. dicitur. Nõ obstat reg. d. l. 2. § ex his, quia locum nõ habet in stipulatione, rem ratam haberi, vt docet idem Paulus in l. a. § incertam. de prætor. stipul.

CAPVT LXXVIII.

Vt pœnalis promissio sit, an oporteat esse promissum expressim, nomine pœnæ.

NOtat Areti. ex l. 4. §. Cato de verborum oblig. pęnalem promissionem seu stipulationem nõ dici, nisi fuerit expresse dictũ, noĩe pęnæ aliquid dati vel fieri. Nam tex dicit *pœna certæ pecuniæ promissa*. Idẽ voluit ibidem C. tot. Io. And. in c. bona fides de depo. Roman. in l. stipul. ista §. alteri. de verborũ oblig. Cæterum illud argumentum facile potest euitari. Licet enim text. dicat pęnam certæ pecuniæ stipulationi adiectam; non tamen negat esse pęnalem promissionẽ, si non fiat mentio pęnæ. Pro eadem sententia affertur text. in § non solum inst. de eod. tit. ibi. *nisi feceris, dabis centum nomine pęnæ*? Verùm eodem modo potest responderi, non negare Imperatorem, quin pęnalis stipulatio sit, licet non fuerit dictum nomine pœnæ. Tertio adducitur l. qui res §. qui stipulatur. de solution. vbi requiritur pęnæ nomine promitti decem, nisi quinque dentur Titio. Sed ibi necessarium est exprimere, ad tollendam obscuritatem: cum enim dicitur, *dabis mihi decem, aut Titio quinque*. potest esse sensus, vt in totum decem dentur, quinque Titio, & quinque stipulatori; ideo necesse fuit adiicere, nomine pœnæ.

Quarto affertur l. si ita stipulatio de oper. libert. vbi 20. obligationi adiecta sunt loco operarũ promissarum; quasi operas tanti stipulator æstimauerit. Sed non propterea inferri potest, quantitatem promissam in aliis casibus, pro pœna intelligi non posse.

Contrariam igitur sententiam amplexi sunt Iason in d. §. Cato num. 3. Ripa nume. 8. Soc. iun. num. 12. quibus & ipse assentior.

Probatur in l. vlt. & ibi not. Bartolus de prætoriis stip. & in l. in executione §. quod si stipulatus & ibi gloss. in ver. dari. eod. tit. de verborum oblig. & in §. pen. eiusdem l. & in l. vlt. ff. de eo per quẽ factum fuerit, & in l. nouissime. ff. iud. sol.

Et ratio est, quia pœna est, quicquid est supra rem debitam l. si seruus ea lege. de ser. expor.

CAPVT LXXIX.

De verbo, conuenit; in scriptis redacto, an importet stipulationem.

VErbum, conuenit, in instrumento appositum nõ importat stipulationem secundum Bart. in l. lecta colum. 4. si cert. pet. quem secuti sunt Bald. Angel. Salic. & alii communiter, teste Ripa in rub. de verborũ obligation. numero decimo sexto, quibus & ego consentio. Fundamentum est, quia de verbo *promisit*, quod stipulationem importet, testimoniũ habemus in § si scriptũ instit. de inut. stip. de verbo autẽ *conuenit*, nulla est lex talẽ quid dicens. Verbũ enim *conuenit*, commune erat om-

nibus pactis & contractibus. At verbum promitto stipu- A
lationis proprium est §.2. inst. de verborum obligationi.
dicimur enim promittere rogati, vt ex latinis authori-
bus ostēdit Duarenus in §. adeo l. iurisg. ff. de pact. quan-
quam verborum solemnitas Leonina constitutione sub-
lata est l. omnes C. de contrah. & comm. stip.

Contrarium docuerunt in d. l. lecta Folgo. Roman. Castr. & Iason in 3. not. & quidam alii in rub. de verborum oblig.

Primum, quia verbum *conuenit* tacite includit promissionem. Taciti autem & expressi, par est virtus l. cum quid ff. si cer. pet. Nihil est; quia stipulatio requirit verba l. 1. de verborum oblig. ex quibus colligatur interrogationem praecessisse, & responsionem subsecutam esse l. Obligamur §. verbis de act. & oblig.

Secundum est, quia eadem est ratio circa verbum *conuenit*, quae est de verbo promisit, vt videantur omnia solemniter acta l. sciēdum de verborum oblig. Responde- tur, imo esse diuersam rationem; quia verbum *conuenit* B
est generale; at verbum *promisit*, speciale & proprium stipulationis.

Tertium est ex l. 1. C. de vsur. Resp. non loqui de promissione facta in instrumento; itaque non facit ad rem: eadem ratione nec ad rem facit l. 1. C. de dot. promiss. quę solet allegari.

Quartum est ex l. si extraneus ff. de cond. cau. dot. & ibi glos. in ver. *conuenit*, quae dicit, scilicet per stipulationem. Respond. loqui de conuentione facta à patre, quae non valet sine stipulatione l. auia C. de iure dot. ideo vt actus valeat, intelligitur per stipulationem.

Quintum est ex l. si seruus ff. de ser. ex por. quatenus ibi dicitur, *conuenit citra stipulationem*: Ergo ipsum verbum conuenit importat stipulationem: quia si non importaret stipulationem, nō erat opus adijcere, citra stipulationem. Respond. ad maiorem claritatem adiecta fuisse, ne quis existimaret stipulationem subiectam fuisse; sicut olim moris fuisse indicat l. iurisgen. §. quod fere. de C
pact. l. lecta. si cert. pet. & l. qui Romae §. Chrysogonus. de verborum oblig.

CAPVT LXXX.

Exceptio rei iudicatae in iudicio summario, an obstet in ordinario.

Quod est cognitum & decisum in iudicio summario, potest iterū deduci in ordinario l. à Diuo Pio §. si super de re iud. l. pen. de his qui sui vel alie. iuris sunt. l. si quis à liberis §. si vel parens. de lib. agnosc. l. 3. §. causae cognitio de Carbon. edi. l. si autem §. si quocunque. de neg. gest. Et ideo probationes factae in iudicio summario, non nocent in ordinario. c. veniens 2. de testib.

Sed controuersia est, an idem sit dicendum vbi probationes factae in summario sunt plenae: Negant idem esse D
dicendum Alex. in d. §. si super rebus nu. 6. Dec. cons. 69. Panormit. cons. 50. lib. 1. Ripa in l. qui Romae §. duo fratres. de verb. obl. nu. 21. Socin. iun. nu. 60.

Primò quia ideo sententia lata in summario, non pręiudicat in ordinario, quia in summario sufficit semiplena probatio. l. 3. §. causae cognitio de Carbon. edi. Haec ratio cessat, vbi probationes factae in iudicio summario sunt plenae; ergo cessare videtur legis dispositio. Responderi potest, non cessare prorsus rationem legis, quia potuisset pars esse diligentior, si ordinarium fuisset iudicium, vt dicebat Aret. in c. causam quae nu. 29. de testib. & attest.

Secundò, quia sententia lata super principali, nocēt etiam super incidenti, quādo plene fuit cognitum super incidenti glos. in l. 2. C. de ord. cog. Sed hoc nihil ad rem facit, quia non agimus hic de incidenti quaestione.

Tertiò ex l. fin autem. §. vlt. de neg. gest. & l. quod in diem. §. 1. de compensation. Sed ibi non agitur de iudicio ordinario & summario; agitur de exceptione semel cognita in vno iudicio, quae non potest in alio iterum deduci.

Contrariam sententiam amplexi sunt Aret. in d. cap. causam quae, nu. 29. de testib. Bald. in l. 2. in fi. C. de eden. Crot. in d. §. duo fratres.

Primò, quia litigator non praesumitur tam diligens in iudicio summario, sicut in ordinario fuisse. Resp. Socin. iun. imò de diligentia satis constare, quia probationes sunt plenae.

Secundò, quia probatio non necessaria non releuat, l. vlt. & ibi glos. C. qui leg. perso. stare in iudic. Sed plenae probationes in summario iudicio non sunt necessariae; ergo factae nihil releuant. Resp. d. glos. loqui de probatione impertinenti: sed nos loquimur de pertinenti, licet non sit necessaria.

Tertiò, quia iudicium summarium caret forma veri iudicij; ergo sententia in eo lata nō nocet in alio iudicio. Nihil est; quia quaestio praesupponit probationes factas esse secundum formam iudicij ordinarij, id est, *post litem contestatam* ina. tit. vt lit. non contest.

Breuiter mihi magis placet Aretini sententia: tum quia leges non distinguunt, quibus cautum est sententiam latam in summario iudicio, non praeiudicare in ordinario, non distinguunt vtrum probationes sint plenae vel non: tum quia sententia quae lata non est *secundum* ordinem iudiciorum, non habet vim rei iudicatae, l. prolatam. C. de sent. & interl. omn. iud. Talis est sententia quę fertur in iudicio summario: ergo non habet vim rei indicatae; & ideo bene dicebat Bald. in *l. 2.* in fi. C. de eden. processum summarium non fieri secundum formam iuris. Forma autem iuris non in hoc solum est posita, vt probationes fiant post litem contestatam, sed vt libellus detur, litis contestatio fiat, & seruetur forma iudicij, de qua glos. loquitur in d. l. prolatam.

CAPVT LXXXI.

Sententia lata in iudicio ordinario, an possit in alio iudicio retractari?

Ex traditis per Bart. in 4. opp. in l. qui Romae. §. duo fratres de verb. oblig. colligitur haec conclusio: Sententia lata in iudicio ordinario contra actorem pro excipiente, non potest retractari in alio iudicio, in quo agitur ad rem accessoriam, veluti ad poenam vel ad fructus. Probatur in d. §. duo fratres. Confirmatur ex reg. Accessorium de reg. iur. in 6. Adducit Ripa text. in l. ex diuerso. §. 1. de rei vend. sed loquitur quando pronunciatum est pro actore contra excipientem.

Altera cōclusio est ex dictis Bartoli; quod est decisum in iudicio ordinario, sed incidenter, potest in alio iudicio retractari, principaliter agendo. Egi confessoria pro seruitute debita fundo meo; debui incidenter probare me dominum fundi. l. si coti. §. sed si quaeratur. ff. si seru. vend. & ibi glos. l. vti frui. §. 1. ff. si vsufr. pet. Victus sum, quia non probaui; possum in alio iudicio fundum vendicare. l. sed si ante. ff. de except. Iason, Rip. Soc. iun. & omnes in d. §. duo fratres in 4. opp. Bart. Secus esset, si prius fundum vendicassem, & fuissem victus, quia non possem seruitutem vendicare. l. fundum. ff. eodem titu. de except.

Tertia cōclusio: Quod est decisum incidenter in iudicio plenario siue ordinario cōtra excipientem pro actore, non potest in alio iudicio principaliter deduci, si concernat causam status: ita Bart. in d. 4. opp. cum quo omnes transeunt arg. l. 1. C. de ord. cog. voluit allegare notata per gl. in l. 2. in vlt. gl. Ratio est, quia intelligitur pronunciatum super incidenti. l. 1. C. de ord. iud.

Quarta cōclusio: Quod est decisum in iudicio ordinario pro actore contra excipientem, non potest in alio iudicio

dicio æquè principali deduci, & in dubiũ reuocari, quando agitur ad eundem finem Bart. & omnes in d. §. duo fratres in 4. opp. arg. l. quod in diem. §. 1. de compensat. Et dicitur agi ad eandem finem, quando agitur de eodem facto, licet per diuersa media. l. duobus de except. rei iud. Secus si agatur ad diuersum finem, vt per Bart. & alios comm. teste Ripa, num. 27. arg. l. vendicantem cum l. seq. de euict.

CAPVT LXXXII.

De eadem materia & ad l. vendicantem cum l. seq. de euict.

SEd obijcitur l. vendicantem cum l. seq. ff. de euict. vbi probatur, quod est in iudicio decisum & cognitum per modum exceptionis, posse in alio iudicio deduci atque cognosci. Respondet Bart. in l. qui Romæ. §. duo fratres de verb. oblig. in 4. opp. illum tex. loqui de sententia lata contra excipientem, in cuius potestate nõ erat agere. l. putè. § vlt. de doli mali except. Non placet Alciato ibi, quia non est ratio diuersitatis inter actorem & reum. l. 1. de edict. & l. vlt. C. de fruct. & lit. expen.

Secundò igitur loco dicebat Iason in d. §. duo fratres, num. 49. loqui, quando res diuersa in iudicio deducitur, & ad aliam finem agitur. Nõ placet Alciato, quia potest reus dicere, aut dicis me vendidisse, aut non: non potest dicere, me vendidisse, quia si vendidissem, non potuissem rem euincere: aut dicis me non vendidisse, & tunc frustra de euictione agis. Respondet igitur Alciatus, ibi agentem in alio iudicio, non impugnasse sententiam directè latam in priori iudicio; quia fieri potest, vt contra eum pronunciatum fuerit, non quia aduersarius nõ vendidisset, sed quia id non probasset arg. l. quod in diem. §. 1. de compensa. & l. si autem. §. vlt. de neg. gest. Non satisfacit; quia in illa specie emptor probauit venditorem fuisse, qui rem vendicabat, & reiectam fuisse istam exceptionem.

Ergo vera est interpretatio, ibi non fuisse rationem habitam exceptionis oppositæ; quo casu idem in alio iudicio peti posse clarum est; quando iudex reiecit exceptionem, non quia vera non esset, sed quia non obstaret in illo iudicio d. l. si autem. §. vlt. de neg. gest. d. l. quod in diem. §. 1. de compensat.

CAPVT LXXXIII.

Sententia lata ex falsa causa, an sit nulla?

BArt. in l. qui Romæ. §. duo fratres in 6. oppo. dicit sententiam latam ex falsa causa, dolo aduersarij, esse nullam; alias secus. Alexan. autem, & post eum Iason ibidem, num. 3 a dicunt esse nullam, si error fuerit expressus in sententia. Cum Bartolo transeunt alij communiter, teste Socino iun. nu. 68.

Cæterum, quod sententia ex falsa causa lata, sit nulla si de falsitate causæ constet ex actis, docuit Iason in l. 1. num. 11. C. de err. calculi Felyn. in cap. inter cæteras in 2. concl. de re iud. Rota decis. 347. Nota quod licet in antiquis Crau. cons. 134. in fi.

Pro sententia Bart. & sequacium adducuntur. 1. l. si iudex. §. Marcellus de iud. 2. l. 2. C. quando prouo. non est necesse. 3. l. prætes de re iud. 4. l. si expressit. de app. 5. l. 1. ff. quæ sent. sine app. rescin. 6. doctr. Bart. in l. 1. C. de err. calc. quæ comm. est & ibi per Dec. sententiam valere, licet error ex actis appareat, nisi referat se ad acta. idem tradunt Abb. & Felyn. in l. not. in cap. inter cæteras de re iudic. 7. l. prima, C. si sæpius in integ. rest. fuerit postul. 8. quia causa non est expressa in sententia, cap. sicut nobis. de re iudic. Alexander

A in dicto §. duo fratres num. 37. ergo si exprimatur & falsa sit, non vitiatur sententia, arg. l. vni. C. de rei va. act. 9. l. ciues C. de appell.

Pro contraria autem sententia adducuntur. 1. l. qui testamento de excusat. tuto. 2. l. cum vero. §. subuentum de fideic. libert. 3. Clem. Pastoralis de sent. & re iud. 4. cap. sollicitudinem ad fi. de appel. 5. cap. inter cæteras de sent. & re iud. 6. l. si pars de inoff. testa. 7. cap. cum ad quorundam. de excess. prælato. 8. Quia ex falsitate causæ apparet adhibitam non fuisse causæ cognitionem, ergo nulla l. 2. C. de sent. ex breui. recitan. l. vlt. C. Communia. Epist. & l. ex stipulatione C. de senten. & interl. om. iud. 9. Quia transactio ex falsa causa corruit. Menoch. consilio 91. numero quadragesimo, ergo & sententia; quia æquiparatur transactioni l. non minorem C. de transact. 10. Adducitur l. Seia. ff. de mto. & cura. dat. ab his. 11. Quia sententia notoriè iniusta ex actis, nulla est. Vant. de null. ex def. process. num. 127. Gabriel.

B tit. de sent. concl. 10. nu. 5.

Ego vt breuiter me expediam, distinguendum puto. Aut falsa causa fuit expressa in sententia; aut non. Primo casu est nulla; secundo vero casu, valet.

Ratio est, quantum ad primum casum, quia apparet iudicem non adhibuisse causæ cognitionem, sicut oportet dicta l. 2. C. de sent. ex breui. recitan. & cessat illa bona præsumptio; quæ est pro iudice. Confert tex. in l. qui testamento. de excus. tuto. vbi consideratur vitium in pronunciatione.

Ratio secundi casus est, quia si talis sententia esset nulla, omnes sententiæ iniustæ essent nullæ; quod falsum est; Sæpe enim iudex mouetur ex aliqua causa, vera vel falsa. Confert text. in l. 1. & 2. C. si ex fals. instr. quatenus ibi rescinditur sententia lata ex falsis instrumẽtis per in integrum restitutionem.

Non obstat doctr. Bart. in l. prolatam numero octauo, C. de sent. & interl. om. iud. dum ait causæ cognitionem

C in hoc consistere, vt partes sint præsentes vel citatæ; quia consistit etiam in multis alijs. l. in causæ cognitione §. causa cognita de mino. dicta l. 2. C. de senten. ex breui. reci. l. ex stipulatione C. de sent. & interl. om. iud. c. vendicantem 30. quæst. 5.

Non obstat l. vn. C. de rei vx. act. quia ibi lex fingit stipulationem ex omni parte perfectam; hic autem lex non fingit sententiam latam ex vera causa.

Non obstat l. si iudex §. Marcellus. quia ibi locus est querelæ, quod intelligo per restitutionem in integrum, sicut in l. 2. C. si ex fals. instr.

CAPVT LXXXIV.

Conciliatur l. qui Romæ § duo fratres de verb. oblig. cum l. rescriptum §. si pacto de pactis.

D PRima conciliatio est, pœnam peti posse, sed compensandam cum exceptione; & exigi posse id, quod est plus in pœna argumen. l. prædia ff. de act. empt. l. si quis à socio ff. pro socio Iason in dicto §. duo fratres numero 54. Alcia. numero 36. Soc. iun. nu. 78. Nõ placet Alciato: quia videtur esse contra mentem Scæuolæ in d. §. duo fratres; volentis pœnam committi, & consequenter cum effectu.

Secunda solutio est Baldi in titu. Impera. Lotharius Eugenio Papæ, in vsibus feudorum, pœnam committi, quia de facto, & non de iure sententiam obtinuit argum. l. debitor §. vltim. ad Trebel. Non placet Alexan. quia is qui sententiam obtinet iniquam, non potest eius iniquitatem allegare, ad sui commodum l. si seruus plurium §. 1. de legat. 1.

Tertia solutio est Bartoli in d. §. duo fratres in 7. opp. in d. §. si pacto. petitum fuisse, & non obtentum, in §. duo fratres, promissum fuisse, nihil contra diuisionẽ fieri, & factum fuisse contra diuisionẽ, petendo hæreditatẽ,

tanquam ex fideicommisso. Non placet Alex. quia stante hac solutione non posset peti id, quod est plus in pœna, in d. §. si pacto.

Quarta solutio est, in d. §. duo fratres. adiectam fuisse in diuisione clausulam, *Rato manente pacto*, vt in glos. iuxta. l. qui fidem de transact. non placet Alciato, quia continet diuinationem: nulla enim mentio fit in d. §. duo fratres adhibitam fuisse dictam clausulam.

Quinta solutio Alciati est in d. cap. duo fratres. partes promisisse, nil facturas contra diuisionem, ideoque sublatum fideicommissum. l. si vnus. §. pactus de pact. Pœnam vero adiectam fuisse, ne de facto agerent in contemptum: quo casu res & pœna peti potest. l. si quis rem de aib. quæ ratio cessat in d. §. si pacto. non placet Socino iun. quia repugnat communi sententiæ doct. in d. §. duo fratres, quæ habet, sententiam ibi fuisse iniustam; quo stante non fuit per diuisionem sublatum fideicommissum. Secundo, quia non ipso iure fuisse sublatum, sed ope exceptionis, vt patet ex illis verbis. *Quasi de fideicommisso quoque transactum esset.* Adde quod nihil interest, an ipso iure actio non competat, vel obstet exceptio. l. nihil interest de reg. iur.

Puto ego solutionem esse probabiliorem, si dicamus multa concurrere in §. duo fratres, quæ non concurrunt in §. si pacto: primò, diuisio facta fuit; secundò promissum non contrauenire; tertiò de fideicommisso transactum: quartò pœna promissa. Ergo est perinde ac si fuisset pœna promissa cum clausula. *Rato manente pacto.* Hic enim partes promiserunt se nil facturos contra diuisionem; & insuper pœnam promiserunt. Ergo vtrunque actum est; vt contractus seruaretur; & pœna committeretur, si fieret contra diuisionem.

Vel dicendum est priorem sententiam quam retuli supra, amplectendam esse, quam & Cuiacius sequitur d. §. duo fratres, ibi responsum Scæuolæ hoc tantum velle, quod pœna sit commissa; de quo erat interrogatus: quod est intelligẽdum secundum formam aliarum legum; & sic secundũ tex. in d. §. si pacto. Scæuola erat solitus breuiter & ad rem respondere; vt patet ex l. qui Romæ. §. Augerius. l. Lucius. §. Collegio de leg. 3. l. taberna de fund. instr. l. Imperatores de probat. & alibi ut iam diu Duarenus in Scæuola docet.

CAPVT LXXXV.

Ad §. æque inst. de act.

DVæ sunt difficultates huius loci. Vna, circa illa verba. *Velut si quis agat, ius sibi esse altius ædes suas tollendi, &c.* Altera in illis verbis. *Sane vno casu, &c.* Piget aliorum sententias, absque vllo operæ pretio commemorare. Dicam igitur quid sentiam. Circa primum difficultas oritur ex eo, quod cuique ius est altius ædes suas tollere. l. altius. C. de seruit. l. cuius. de ser. vrb. præd. Ergo superflua videtur actio, ob hoc ipsum iure prodito. Omitto quid Faber, quid Homez, Iason. Cuiac. Balduinus, & alii omnes dixerint. Tolli videtur hæc difficultas ex interpretatione glossæ dicentis, cum me ius habere dico ædes meas altius tollendi, verbis quidem hanc esse cõfessoriam actionem, at reipsa negatoriam, quia inclusam habet negationem, hoc est, meas ædes seruitutem quo minus altius tollantur, non debere, sed liberas esse. Cum autem ago ius non esse aduersario ædes suas altius tollendi; etsi verbis negatiua sit actio, vt tamen ipsa confessoriam esse; quia hoc ego contendo, ædes tuas hanc mihi debere seruitutem, vt altius tollere eas non possis.

Quod attinet ad secundum, mitto aliorum expositiones, & textus emendationes. Sunt enim qui legant, *sane in hoc casu.* Alij *sane non vno casu.* Alij aliter. Ego non discedo à verbis textus & pondero illa verba. *sane vno casu is qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet.* Non

A dicit actorem esse, sed actoris partes obtinere. Exemplũ ergo erit secundum glos. quando reus possidet, & excipit contra actorem qui dominium probauit: Etenim hoc in casu actoris partes obtinet, quia suã probare tenetur exceptionẽ l. 1. de except. Exemplum est in exceptione rei iudicatæ opposita vendicationi l. in exceptionibus, §. vlt. de proba. & in alijs exceptionibus de quibus in l. veriuis eod. tit. l. eum qui eod. l. siue possidetis, C. eod. & in alijs quæ latius in Pandectarum libris habentur: Vnus autem casus est, non plures, & in hoc consistit, vt is qui possidet, nihilominus actoris partes sustineat, quatenus suscipit in se onus probandi exceptionem oppositam, alioqui succumberet, nisi suã probaret exceptionem l. 1. de excep. Regulariter reus qui possidet, non tenetur probare. §. commodum instit. de interd. l. 1. §. interdictum ff. vti possid. vbi vides Vlpianum dicere, actionem nunquã dari *vltrò* possessori. Quod verbum *vltrò* non est in §. æquè, quia nõ loquitur de *vltrò* agente, id est, de ipso qui
B sponte & non inuitus actionem mouet; sed loquitur de eo, qui obtinet partes actoris, & ita sentit hic glos. Vel si de ipso actore exemplum velis, non displicet quod est in l. officium de rei vend. vbi dominus rei & possessor vendicat rem suam à depositario, commodatario, & similibus, qui habent rei restituendæ facultatem.

CAPVT LXXXVI.

Conclusiones ex Bartoli combinationibus ad l. naturaliter §. nihil commune de acq. possess.

SI actor intentat petitorium, & postea transeat ad possessorium retinendæ, & reus fateatur ipsum actorem possidere. debet absolui ab obseruatione iudicij petitorij. Comm. est: Ripa numero 119. Probat ex §. vlt. instit. de perpet. & tempor. action. & quia implicat repu-
C gnantiam; quod actor possideat, & possit exercere petitorium §. æquè instit. de actio. Sed intellige cum Soc. iuo. numero 208. quando agitur de vna & eadem possessione, tam in petitorio, quàm in possessorio: secus si de diuersis, vtputa si actor ciuiliter possideret, reus autem naturaliter.

2 Confessio facta in iudicio possessorio, probat in petitorio inter easdem personas: est comm. Ripa nu. 120.

3 Nemo potest se fundare in confessione aduersarij, quã impugnauit: Ripa numero 121. & probatur in c. ex eo de reg. iur. nu. 6.

4 Actor dicens contraria, repellitur l. 1. C. de fur. fallit quando reus negauit vnum ex contrarijs. Ripa nu. 125. Probatur ex doctrina Bald. in l. si quis testibus, C. de testibus. vbi potest quis aduersari suæ confessioni iam factæ quando aduersarius eam impugnauit, & ex alijs de quibus ibi per Ripam.

5 Agens petitorio, videtur renunciare possessioni quam
D habet; & per consequens possessorio, quando scit se possidere; secus si ignoret. Comm. est. Ripa nume. 126. Probatur quia supponitur vna tantum possessio, nec distinguitur inter ciuilem & naturalem; ideo si petitorio agã, dico aduersarium meum possidere non me, per consequens renuncio possessorio; facit l. de pup. §. meminisse de ope. no. nunc.

6 Obliuione perditur possessio rei immobilis gl. in l. si id quod ff. de acquir. poss. Non autem mobilis l. 3. §. Nec tu eod. tit.

7 Statur declarationi libellantis, pro qua possessione intentauerit petitorium, & pro qua possessorium l. inter stipulantem §. si Stichum de verborum oblig. l. si quis intentione de iud.

8 Hanc tamen declarationem ad hæredes non transmittunt l. Pomponius scribit si frumentum §. vlt. de rei vend. l. inter stipulantem, §. 1. de verb. obl.

9 Petitorium & possessoriũ adipiscẽdæ possunt cumulari,

lari, nisi sit cōclusum in causa petitorij cap. pastoralis de causa possess. & propriet. vel simus in casu l. vltimæ, C. de codicill.

10 Petitorium & possessorium recuperandæ cumulari possunt l. cum fundum, §. vlt. ff. de vi. & vi. arm.

11 Petitoriū proponens potest illud suspendere, & proponere possessorium recuperandæ; & hoc in odium spoliatoris: clem. 1. de causa poss. & propriet.

12 Qui proposuit petitorium & possessorium simul, si vicit in possessorio recuperandæ, tunc vincit etiam in petitorio; licet non probet se dominum, quia onus probandi pertinet ad aduersarium l. liberis, §. vlt. ff. de lib. cau. l. vis eius C. de proba.

13 Petitorium & possessorium retinendæ possunt cumulari pro iuribus incorporalibus, §. æquè institutionibus de actionibus.

14 Petitorium & possessorium retinendæ pro rebus corporalibus non possunt cumulari respectu eiusdem possessionis, quam tempore moto petitorij habebat actor, & sciebat se habere; & hoc propter contrarietatem. l. s. C. de fur.

15 Nullum possessorium habēs admixtam causam proprietatis, potest cumulari cum petitorio; obstante regula l. fundum & l. fundi, ff. de excep.

16 Possessorium retinendæ datur ei, qui litis contestatę tempore possidebat l. 1. ff. vtrubi, §. sed hodie institut. de interd.

17 Possessorium recuperandæ facit silere petitorium prius ab altero intentatum, propter priuilegium spoliati, vt ante omnia restituatur: iux. cap. 1. de restit. spol. & l. si quis ad se fundum C. ad l. Iul. de vi. pub. l. 1. C. si per vim vel alio modo.

18 Nisi spolium factum fuerit lite pendente super petitorio; tunc enim super vtroque procedi potest; arg. l. si constiterit C. fin. regund.

19 Nisi spoliatus petat reuocari per modum attentati id, quòd est factum lite pendente: tunc enim reuocari debet ante omnia: c. pen. & fi. vt lite pend.

20 Fallit etiam suprsducta conclusio, quando possessorium proponitur respectu diuersæ possessionis arg. capit. cum dilectorum de ord. cognit.

21 Fallit etiam quando reus intentat possessorium recuperandæ post litem contestatam in petitorio: quia tunc proceditur super vtroque. Nam exceptio spolij debet proponi ante litem contestatam cum sit dilatoria l. fi. C. de excep. l. expositionem, C. de probat.

22. Sed communiter reprobatur per text. in clem. 1. de causa possess. & propriet.

23 Possessorium adipiscendæ propositum à reo, nō concurrit cum petitorio proposito ab actore, nisi fiat respectu diuersæ possessionis: quia dum reus proponit possessorium adipiscendæ, negat se possidere; ergo non potest conueniri petitorio l. fin. de rei vend.

24 Cum vtraque pars proponit petitorium & possessorium, nō potest procedi super vtroque, sed prius de possessorio cognoscendum l. incerti, C. de interd. l. 1. §. quoties, ff. vti possid.

25 Processus valet parte non opponente, in casibus in quibus cumulatur petitorium & possessorium contra iuris dispositionem c. cum dilectus de ord. cog. l. si mancipium, §. 1. de euict.

26 Nisi cumuletur in casibus in quibus vnius electione, alterum ipso iure tollitur, iux. l. vlt. C. de codi.

27 Nisi obstet regula contrarietatis; quia iudex potest recipere libellum ex officio continentem contraria; secundum glos. in lege prima de off. assess. cap. examinata de iud.

28 Si tantum iudex non reijciat, & actor vnum tantum ex contrarijs prosequatur, valebit processus, argum. l. s. §. quod autem, ff. quorum legatorum.

29 Coram delegato tamen processus erit nullus, si cumuletur petitorium & possessorium, cum ei mandatum

A esset, ut prius de possessorio cognosceret; quia forma mādati nō seruata, actus est nullus: l. diligenter. ff. mand. c. cum dilecta. de rescrip.

30 Acta facta in uno iudicio non probant in alio, inter easdem partes, nisi producantur l. cum antea §. vltim C. de arbitr.

31 Litis contestatio in possessorijs interdictis est necessaria c. 2. vt lite non contest.

32 Nisi agatur contra incertam personam, quia tunc nō est cum quo lis possit contestari l. fi. C. de edi. Diui Adr. tollendo.

33 Nisi periculum sit in mora arg. l. de pupillo §. si quis riuos de ope. no. nunc.

34 Nisi causa sit coram delegato ad certum tempus, ne sit in facultate rei eludere iudicium. c. consultationibus de off. deleg.

35 Nisi agatur per viam attentatorum lite pēdente glo. in clem. 2. vt lite pend.

B 36 Nisi agatur de reuocanda possessione data à iudice, iuris ordine non seruato. Nam quę de facto fiunt, debent de facto reuocari; secundum glos. in l. minor de euict. Felyn. in c. qualiter & quando in primo de accusat.

37 Nisi sit Episcopus, in cuius manibus beneficiū sit resignatum. Potest enim absque iuris ordine possessionem auferre renuncianti, vt per Innocen. in cap. 3. in fin. de restit. spol.

38 Nisi agatur de spolio notorio; quoniam in notorijs, ordo est, ordinem iuris non seruare cap. ad nostram de iureiur.

39 Potest tamen contra actorem perueniri ad definitiuam sententiam absque litis contestatione Auth. qui semel C. quomodo & quando iudex.

40 In causa tamen appellationis, altera parte contumace, valet absque litis contestatione sentētia, quia satis est quod fuerit lis contestata in prima instātia, cap. per tuas de appell. l. vlt. §. illud C. de tempo. appell. alias est necesC saria litis contestatio, etiam in causa appellationis. l. vn. C. ne liceat tertio prouo.

41 Petitorium & possessorium una sententia terminari debet, c. cum dilectus de causa possess. & propriet. c. cum dilectus de ord. cog.

42 Iure ciuili, secus: l. non ideirco de ind. glos. in c. s. de causa possess. & propriet.

43 Iure canonico, ut dictum est, simul expediēda, etiam quando tractata sunt per modum conuentionis & reconuentionis c. 1. & 2. de mutuis petition.

44 Sed in summarijs, in quibus lis non contestatur, non est locus reconuentioni: Bart. in l. sed & hæ. §. non solum de procur. Marian. Socin. in dicto cap. 2. de mutuis pet. quæst. 6.

CAPVT LXXXVII.

D *Ad tit. de in ius vocando, quadam controuersia.*

Rectè Cuiac. lib. 10. obser. cap. 10. notat olim ex lege 12. tab. permissam fuisse in ius vocationem vi adhibita: ex illis verbis: *Si in ius vocat, ni eat, manus injcito:* quam partem legis 12. tab. Festus nobis restituit in verbo *struere.* Sed non rectè (aut ego fallor) subiecit, hodie edicto locum non esse, quo prętor uetat parentes & patronos in ius vocari sine permissu prætoris; quoniam iam sublata sit & abolita potestas illa, inuitum in ius ducendi; quia hodie non ducuntur, qui in ius uocantur: personas, quę sine venia petitione & impetratione olim uocari nō poterant, vt in ius uocemus, nihil hodie, inquit, nos indigere petitione venię: quasi sublata causa, & illud, quod causæ illi consequens est, tolli necesse sit. Neque enim ea in ius uocatione, qua utimur, reuerentia, uel pietas personis sine uenia non uocandis debita lęditur; uiolenta manus iniectione cessante.

A Non recte, vt dicebam : primo, quia repugnat edictum prætoris de quo fit mentio in tit. de in ius vocan. & omnes fere leges illius tituli, quę aperte vetant personas quibus debetur reuerentia in ius vocari sine venia prætoris

Secundò, quia nulla fit mentio in toto illo titulo, de ista violenta manus iniectione priuatim exerceri solita, nec ob eam causam edictum prætoris emanauit.

Tertio, quia facile potuissent compilatores iuris, & Iustinianus separare simplicem in ius vocationem à violenta manuum iniectione; illamque permittere, hanc autem in his personis prohibere, sicut factum legimus in l. plerique cum ll. seqq. de in ius vocando.

Quarto, quia viget adhuc edictum illud, etiam in parentibus & patronis, in ius vocati vt eant, &c. vt patet ex l. 1. & 2. eodem tit. nulla tamen fit mentio iniectionis huius violentiæ. Ex quibus inferri videtur potestatem illam veteris legis 12. tab. tempore Iustiniani fuisse obliteratam : B Viguisse autem edictum de non vocandis in ius sine venia, parentibus, patronis & alijs.

At non læditur reuerentia his personis debita, sola in ius vocatione. Imò læditur, & nisi læderetur, id non esset edicto prohibitum. Si sola manus iniectio violenta tolleret istam reuerentiam, facile potuisset Imperator illam moderari, fauore personarum quibus reuerentia debetur & in ius vocationem solam permittere absque venia. Sic moderatā esse videmus fauore harum personarum, qualitatem fideiussorum in d. l. 2. ff. in ius vocati, vt eant, &c.

CAPVT LXXXVIII.

Nouerca, an possit in ius absque venia vocari.

Altera est Controuersia circa nouercam, an possit in ius vocari absque venia. C Multi enim affirmarunt vocari nō posse; quia generaliter vocari prohibentur in ius omnes personę quibus reuerentia debetur. l. generaliter. ff. de in ius vocan. nouercæ autem debetur reuerentia, quia loco matris est. §. Socrum in inst. de nup. Huc accedat tex. in l. 1. C. eod. tit. vbi reuerentia quæ debetur marito, debetur etiam vxori: Et hanc sententiam communiorem esse scribit Curt. iun. in l. 1. C. de in ius vocan. & veriorem esse scribit Osascus decisio. 30. numero 5.

Cæterum contrariam sententiam multi sunt secuti, quos refert, & sequitur, dicens magis communem esse sententiam Alciatus in d. l. 1. nu. 11. & Osascus d. decis. 30. sub num. 2. Horum fundamentum est in l. de his. C. de furtis. Vbi datur actio famosa contra nouercam. Et quia nulla est lex prohibens huiusmodi vocationem nouercæ. Huc accedat odium nouercæ & iniuria quam filiis irrogare solet & damna. l. 4. ff. de inoffic. testament. Clement. Pastoralis. D Verum, quia & ibi glos. in vers. nouerca de re iud.

Sed nullum argumentum hoc mihi magis persuadere potuit, quam illud, quod mihi dicebat iuuenis ad omnem virtutem & gloriam natus, Meliorocius Melioratus Burgensis, auditor meus, ex l. 1. §. vlt. de postul. vbi recensentur omnes personæ, quæ sunt comprehensæ in edicto prætoris de in ius vocando, & post eas adijcitur nouerca, ex quo manifeste liquet, nouercam inter eas personas non commemorari. Si enim edictum illud ad nouercam extenderetur, non erat opus, vt ab alijs personis ibidem nominatis nouerca separaretur. Fateor reuerentiam deberi nouercæ & uxori patroni, vt in l. 1. C. de in ius vocan. & in §. Socrum. instit. de nupt. Sed nego eam reuerentiam deberi, quæ personis debetur nominatis in edicto, vel Iurisconsultorum interpretatione comprehensis: Dum enim nullam de nouerca mentionem fecere, argumentum nobis præstant, eam edicto minimè contineri. Quæ enim difficultas erat, si ea fuisset eorum mens vt comprehenderetur, id exprimere ; ita mecum discurrebat iuuenis nobilissimus: & hæc sententia etiam nunc mihi maximè probatur, ex not. per glos. in d. l. generaliter. de in ius vocan.

CAPVT LXXXIX.

De vasallo, an possit in ius vocare dominum sine venia.

Vasallum non posse in ius vocare dominum sine venia, multi, nec obscuri nominis authores tradiderunt: Specul. tit. de feud. §. quoniam. numero trigesimotertio, versic. decimoseptimo quæritur. Iason post Alexandrū in l. generaliter de in ius vocan. & ibidem Zasius numero secundo, Mynsingerus §. pœnales. numero quadragesimo, institut. de actio. B Hartmanus Hartmanni libro secundo, obseru. pract. tit. de feudis §. 45. vbi refert in Camera Imperiali secundum hanc opinionem iudicatum. Fundamentum est, quia vasallus æquiparatur liberto: Euerar. in loco, à liberto ad vasallū; sed libertus in ius vocare non potest patronum sine venia l. 4. l. 8. de in ius vocan.

Sed contrariam sententiam habuerunt glos. in capit. primo, ver. salua reuerentia, de milite vasallo qui contumax est. Angel. in dicto §. pœnales numero octauo, & ibidem Feber. numero secundo Iason numero septuagesimosecundo, Platea numero 157. Zasius numero vigesimosexto, Iacobin. tract. de homagijs numero vigesimosexto, vbi hanc esse communiorem testatur. *Bursat.* consilio 99. numero vigesimo, Euerard. loco à liberto ad vasall. numero decimoquinto, Alexander in dicta l. generaliter de in ius vocan. Clarus §. feudum, q. 25. Mynsingerus Centuria 4. obser. 92. Andr. Geyll. lib. de pignorib. C obseruat. 15. num. 4. Ficard. in add. ad comm. opin. Villalobos vers. vasallus sine venia. Fundamentum est, quia nullo iure id cautum reperitur: nec iure communi, nec libris feudorum. Alciat. distinguit in l. 1. num. 13. C. de in ius vocan. veniæ petitionem esse necessariam si de feudo agatur, aliàs secus. Ego puto non esse necessariam veniæ petitionem.

Primò quia in titulo de in ius vocan. nulla fit mentio vasalli.

Secundò quia nulla etiam fit mentio in libris feudorum.

Tertiò quia in libris feudorum traditur *modus* & forma agendi, & nulla fit mentio huiusmodi *veniæ*.

Postremò quia vt mihi dicebat *Perillustris adolescens D. Christoforus Archintus Mediolanensis*, auditor meus, cuius ingenium summopere *probo*, non videtur esse bona ęquiparatio liberti & vasalli: Est enim libertus multo magis patrono obstrictus, à D quo libertatem accepit, quæ inæstimabilis est: l. libertas de reg. iur. quàm vasallus domino, à quo feudum accepit, vt ei fideliter seruiat; imò & dominus vasallo reciproca fide tenetur : capitulo primo, §. vltimo de forma fidelit. quod de liberto et patrono nullibi scriptum repetitur. Sic ille, vt mihi videtur, acutè & prudenter disserebat.

CAPVT

CAPVT XC.

Ad l. Centurio, de vulgari, & pupillari, circa verba illa, cum fructibus inuentis in hæreditate.

QVæritur quis sit sensus illorum verborum: *cum fructibus inuentis in hæreditate*: an de fructibus intelligatur, qui erant in hæreditate testatoris, tempore mortis suæ; an vero de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij.

Duę sunt contrariæ Doctorum sententię, vna esse intelligendum de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filii: Bartolus, hic in vltima oppo. Baldus, in 4. oppo. & in 6. notabili. Aretinus in prima columna, circa medium, vbi dicit esse communem sententiam. Socinus senior, numero 23. 24. Ripa, numero 38. Alciatus, numero 43. Socinus iunior, numero 146. Aquilin. numero 126.

Primo Bartolus mouetur ea ratione, quia substitutus à *milite*, debet aliquid plus consequi ex priuilegio militum, quam cęteri substituti: sed cęteri substituti per fideicommissum non capiunt fructus ante moram perceptos. lege in fideicommissaria, ff. ad Trebel. ergo substitutus iste einsmodi fructus consequi debet. Respond. Socinus iunior, argumentum retorqueri posse, quia priuilegia sunt restringenda, non autem amplianda l. quod vero, ff. de leg. cap. quæ à iure, de regulis iuris, in sexto. Ergo cum substitutus militis aliqua priuilegia contra ius commune habeat, ut in d. l. Centurio, consequens est non esse amplianda huiusmodi priuilegia, sed potius restringenda.

Secundo. Mouetur Aretinus ne verba tex. sint superflua contra l. si quando, de legatis primo, & cap. si Papa, de priuil. in sexto. Essent autem superflua, quia textus dicit, substitutum capere bona patris; sub quibus verbis comprehenduntur etiā fructus. lege. Item veniunt. §. item non solum, de petitione hęreditatis. ergo dum loquitur postea de fructibus, debet intelligi de his fructibus, qui non erant in hęreditate patris, sed in hæreditate filii. Respondet Decius in lege. In testamento, numero sexto. C. de milit. testamen. fructus huiusmodi peti sub nomine fructuum, licet sint nati cum hæreditate patris, vt in dicta lege. Item veniunt, §. fructus. Non placet Socino seniori, numero 13. in dicta lege Centurio, quia fructus sunt percepti in vita testatoris, non autem post mortem eius: quamobrem inter bona testatoris connumerantur, nec possunt peti sub nomine fructuum. Sed replicat Socinus iunior etiam fructus perceptos in vita testatoris peti sub nomine fructuum, nihil adducens; sed poterat allegare text. in lege quinta. C. de his quibus vt indignis.

Tertio pro hac communi sententia Socinus senior *adducit* hoc argumentum: Textus noster loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & dicit pertinere ad substitutum; ergo à contrario sensu fructus consumpti non pertinebunt ad substitutum; sed istud falsum est in fructibus inuentis in hæreditate testatoris, quia licet ab hærede consumpti sint, tamen tenetur eos restituere, l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebellia. ergo noster textus non potest intelligi de fructibus inuentis in hæreditate testatoris. Respondet Socinus iunior, numero centesimosexagesimonono. vers. ad tertium argumentum, a contrario sensu ita esse sumendum: fructus inuenti in hęreditate pertinent ad substitutum, ergo fructus consumpti ab ipso testatore non pertinent ad ipsum substitutum. Et licet istud sit indubitatum, tamen non est absurdum, in argumento à contrario sensu, aliquid indubitatum contineri.

Quarto. Mouetur Ias. fructus non pręsumuntur conA seruari vltra triennium gloss. in l. vni. C. si aduer. vsucap. ergo tex. iste non potest intelligi de fructibus, qui erant in hæreditate tempore mortis patris, quia præsumuntur consumpti. Respondet Socinus Iunior, numero 169. præsupponēdum esse, etiam fructus extare. Addit Ripa, numero 40. etiamsi consumpti forent, æstimationem tamen præstandum esse ab hærede, argum. l. Mulier. §. sed enim, ff. ad Trebell.

Vltimo. Mouetur Socinus, Iunior, numero 170. quia qualitas adiecta verbo debet intelligi secundum tempus verbi. lege in delictis. §. si extraneus, ff. de noxalibus, Bartolus, in lege ex facto. ff. de vulg. ergo dum text. loquitur de fructibus, intelligitur secūdum tempus verbi, quod est *capiet*; quo stante, substitutus capiet fructus inuentos tempore mortis filij; cum ante mortem filij, substitutio locum habere non possit. Responderi potest substitutum capere fructus inuentos in hæreditate tempore mortis filij, sicut concludit argumentum, sed non caB pere illos fructus, quos filius ante morte percepit & in hæreditate reliquit; nam dicimus substitutum capere fructus repertos quidem temporis mortis filij, sed illos fructus, quos patet ante mortem suam perceperat, & in sua hæreditate reliquit; & hoc probatur ex verbis textus quatenus dixit, substitutum capere bona patris dūtaxat; nam certum est hæc esse bona, quæ tempore mortis filii reperiuntur, & erat in hæreditate patris, tempore quo mortuus est, sic igitur idem de fructibus est intelligendum.

Contrariam sententiam secuti fuere. Angelus. in d. l. Centurio, colum. 2. Castr. num. 6. Alex. nu. 39. Decius, in d. l. In testamento, num. 16. & ibidem Iason, numero 13. C. de mil. test.

Fundamentum est primo, quia fructus quos hæres percipit, qui restituere grauatus est, non pertinent ad substitutum, sed ad hæredem grauatum, interim donec veniat dies restitutionis, lege ita tamen §. 1. & lege, si C postulante. §. vltimo & lege in fideicommissaria. ff. ad Trebell. respond. Ripa, numero 40. & Socinus Iunior, numero 166. deterioris esse conditionis filium grauatum, quia datus est ei substitutus directè. Hinc est, quod nec Trebellianicam detrahit, licet per fideicommissum grauatus regulariter detrahere possit. lege iubemus. C. ad Trebell. & talis hæres grauatus per fideicommissum, remanet hæres; lege prima ad Trebell. at iste desinit hæres esse.

Secundo quia, si textus intelligatur de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filii, substitutus non haberet fructus inuentos in hęreditate testatoris: quia hæreditas adita desinit esse hæreditas, & efficitur patrimonium hæredis, lege sed si pluries. §. filio, de vulg. Respond. Socinus Iunior, numero 167. hæreditatem aditam retinere nomen suum, quando alteri est reD stituenda. lege prima ad Trebell. sed hic est restituenda substituto, ergo.

Textum argumentum ex Decio, in l. ex testamento, num. 12. vbicunque verba possunt referri ad testatorem, & ad hæredem, in dubio potius referenda sunt ad testatorem, quam ad hæredem l. cum in testamento vbi Bartol. hoc notat, de aur. & argen. leg. sed verba textus possunt referri tam ad testatorem, quam ad filium hæredem; ergo, &c. Resp. Socin. Iunior, numero 168. illam regulam locum habere, quando versamur in verbis testatoris: sed in casu nostro non sunt verba testatoris, sed legis. Contra replicat Ripa, numero 40. etiam verba legis in dubio referenda esse potius ad testatorem, quam ad hæredem: adducit tex. in lege. Filius fam. §. diui de leg. primo, vbi verbum *creditoribus* positum in illa lege, refertur ad creditores: sed tamen responsio Socini videtur defendi posse; quia tex. in d. § Diui, in uer. creditoribus intelligendus fuit necessario secundum subiectam materiam, quod autem verba legis referenda sint potius ad testatorem, quam ad hæredem, nullus adest textus.

Vlti-

Vltimum argumentum colligitur ex Aretino in secunda columna, hoc esse priuilegium militum in testamentis, vt possint directo substituere hæredibus suis in bonis, quæ ex testamento hæredes sunt consecuti: ita text. in l. quinta ff. de mil. test. sed fructus, quos filius hæres percepit, & reliquit in hæreditate, non est consecutus ex testamento patris: Ergo, quod non sit consecutus, manifestum est, quia ex testamento patris consecutus est, quidem hæreditatem, at fructus iure suo percepit tanquam hæres. Respond. Soc. iun. nu. 168. satis posse dici, filium fructus percepisse ex testamento patris, saltem mediatè: sunt enim in causa patris testamentum, vt eos perciperet: Et dictio, ex aliquando significat causam mediatam, l. 1. §. ex incendio. ff. de incend. rui. nau. Bar. in l. non dubium, C. de legibus.

Ego puto hanc postremam sententiã verissimam esse. Primo ex verbis text. nostri; nam dicit substitutum capere bona patris solum, sed isti fructus inuenti in hæreditate tempore mortis patris, sunt bona patris; Ergo istos fructus capere intelligitur substitutus.

Secundo text. noster dicit, hunc substitutum non posse capere bona filii, sed patris tantum, sed fructus inuenti in hæreditate tempore mortis filii, quos ipse filius percepit, sunt bona filii, non patris: Ergo. Quod isti fructus sint bona filii, probo, quia filius in textu nostro est hæres patris: hæres aũt post aditam hęreditatem facit fructus suos: tex. in l. item ueniunt ff. fructus suos.

Tertio moueor, quia substitutus capit bona patris cũ fructibus inuentis in hęreditate ex priuilegio militum; sed militum priuilegium non debet alicui præiudicium inferre, l. Impuberi. ff. de admin. tut. Sed si textus noster intelligeretur, de fructibus, quos filius percepit, & in hæreditate reliquit, priuilegium militis inferret alteri præiudicium: ergo. Probatur, quia substitutus haberet tales fructus in præiudicium hæredum legitimorum filii.

Quarto & vltimo, quia verba legis ita sunt interpretanda, vt interpretatio nõ mereatur reprehensionem, l. Seruius Aristus, ff. de leg. præstan. sed si sic tex. intelligeretur de fructibus quos filius percepit, & in hęreditate reliquit, hæc interpretatio digna esset reprehensione. ergo, quod ista interpretatio digna sit reprehẽsione, probatur, primo quia iure permissum nõ est patri hæredem dare filio suo puberi, cũ ipse testari possit, & heredem sibi instituere: sed tamen ista interpretatione pr dederit heredem directũ, non fideicommissarium, filio suo puberi: ergo, secundo sic pater dedisset heredem filio suo puberi, hæredem solum in fructibus a filio perceptis, & filius alium hæredẽ haberet ab intestato, in cæteris suis bonis: quod uidetur absurdum. tertio & vltimò, quia si Iusticiã. voluisset loqui de fructibus inuentis in hęreditate tempore mortis filii, & quod fructus percepti pertinerent ad substitutum, non dixisset capere substitutum bona patris solum, sed adiecisset exceptionem, istam fructuum, idest, fructuum perceptorum a filio, nõ autem dixisset simpliciter, cum si nominatis inuentis in hæreditate, quia fructus inuenti in hæreditate, sunt diuersi a fructibus, quos filius hæres percepit ex rebus hęreditariis, vt alias probaui, ad ducendo tex. in l. 1. C. de his quibus, vt indignis.

CAPVT XCI.

Iudæus an possit moram purgare?

Cvm iudei viuant iure ciuili Romanorum, l. Iudęi, C. de Iudæis, & iure cõ licerat purgare moram, iuxta l. si insulam. de verb. oblig. cum aliis similibus, rectè mihi videntur docuisse, qui iudęis morę purgationẽ concedunt: Alciat. Parergon, li. 1. cap. 11. Crot. & Rip. in d. l. si insulam. Nec obstat responsio Campegii de dote parte vltima quæst. vltima, & Ferrarii in sua caut. 24. id esse intelligendum, quantum ad ordinem iudiciorum; ius

eius autem in iis quæ respiciunt decisionem causæ. Quia tex. in d. l. Iudęi loquitur generaliter, & indistinctè de omni iure; ergo standum est illi; nisi qui casus excipiuntur aliis legibus, inter quos non est iste. His accedit quod Iudęus potest pia scribere glos. in cap. porro 16. q. 3. in l. si fur §. 1. vet. vsucapere de vsuris. Ias. in rub. de iustit. & iure, col. 2. Crauet. cons. 72. nu. 27.

Crebrior tamen videtur contraria opinio doct. in d. l. si insulam, sed certe nullum habet solidum fundamentum. Nam glos. in cap. a. de Iudęis in ver. seueritate quę sola nititur, nihil aliud dicit, nisi iuris rigorem, & seueritatem seruandam esse Iudęis: ex hoc inferunt moræ purgationem eis esse denegandam; quia fundatur in æquitate. Omitto Felyni responsũ in d. cap. a. & dico gl. illam esse intelligendam secundum tex. in d. c. 2. vbi seueritas in hoc consistit, ut Iudęus nõ possit habere Christianum in mancipium; in ascriptitium autem habere potest. Sed non potest ad alium transferre locum, uel ad aliud obsequium retinere. Ipse enim sibi imputet, qui ius colonarium, & ius dominii sibi iuris seueritate damnauit. Hæc sunt verba tex. secundum quæ glos. illa est intelligenda, vti mecum ratiocinando dicebat nobilissimus iuuenis auditor meus Ioannes Ceulus Pisanus, cuius ingenii acumen, & morum probitatem sæpè admirari soleo, atque ita sentio.

CAPVT XCII.

Sententia delegati iniusta, an transeat in rem iudicatam.

Sententia contra ius litigatoris lata, habet authoritatem rei iudicatæ, si non fuerit appellatione suspensa, l. 1. ff. quę senten. sine appel. l. 2. C. quando prouoc. nõ est necesse: licet in integrum restitutio detur à Principe, l. Diui fratres. de pœn. l. 1. §. vlt. de questio. Hostien. & Abb. in cap. 5. de purg. vulg. Dec. in cap. proposuisti, nu. 14. de probat. Oldus de testib. parte secunda, quęst. 79. artic. 2. Sed quæritur an idem sit in sententia delegati? Motus, quod huiusmodi sententiam delegati iniustam, esse nullam dicebat olim D. Otto Cardinalis Portuensis in cap. vlt. de præbend. quia non est seruata forma mandati, l. diligenter, ff. mand. cap. cum dilecta. de rescript. forma enim mandati est, ut iustitiam faciat. Sic & sententia arbitri est nulla, si lata sit cõtra ius litigatoris, quãdo compromissum factum fuit in eum, ut pronunciaret secundum ius. Bart. in l. diem proferre. §. stati. de arbitr. quoniam arbitri potestas pendet ex compromisso. l. non distinguemus §. nunc de officio de arbitr. sed responderi potest idem esse in iudicibus ordinariis; nam & his mandatum est à lege, vt iustitiam faciant, §. 1. inst. de off. iud. & ad doctrinam Bar. in d. §. stati, quę communis est, teste Rip. in l. qui Romę. §. duo fratres; nu. 8. de verbor. oblig. respondere potest, in sententia arbitri rationem esse, quia standum est eius sententię, licet iniqua sit, d. §. stati. ergo dum exprimitur in compromisso, ut secundum ius pronunciet, non exprimitur id, quod tacitè inerat; sicut in iudice, cui tacitè intelligitur mandatum, ut iuste iudicet, merito illius expressio nihil operatur. l. 2. de legi. Contraria igitur sententia verior & communior est, vt per Iasonem in d. §. duo fratres in 2. not. & per Canonist. in cap. ult. de præbend. & præter ea quæ isti adducunt, hæc sententia probatur; quia à sententia iudicis delegati necesse est appellare. l. 1. ff. à quibus appel. non licet. l. 1. ff. qui & à quibus appel. si esset nulla, non esset opus appellatio; quod argumentum tollit omnem difficultatem. His accedunt Innoc. doctrina in cap. prudentiam de off. deleg. & in cap. cum ad sedem, de restit. spol. & quia rescriptum Principis delegatorium, sicut alia rescripta, recipit interpretationem ex iure communi, l. si quando, C. de inoff. test. l. rescripta, C. contra ius. Ergo intelli-

intelligitur vt delegatus debeat iustè iudicare. Cęterum si iniquè iudicauerit, nihilominus sententia vim obtinebit rei iudicatæ, si lata sit contra ius litigatoris; quia sic iure communi est constitutum, vt supra dixi.

CAPVT XCIII.

Promittens parere arbitri sententia sub pœna, si petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniustè succumbat, an teneatur soluere pœnam.

TEneri hunc pœnam soluere docet Bar. in lege, qui Romæ §. duo fratres, in 2. oppo. de verb. oblig. & ibidem Cuman. Salic. & alij quos citat Iason ibidem num. 15.

Primo ex dicto §. duo fratres. Sed leue est argumentum; quia non constat, an ibi fuerit male iudicatum, ob varias interpretationes doctorum.

Secundo ex lege. Et ex diuerso, §. primo, de rei vend. sed respond. Angelus in lege. tres fratres ad finem, de pact. loqui de sententia, quæ profertur in eadem instantia: sed hic opus est alia instantia, in qua pœna petatur. Malè, quia repugnat ibi glos. in vet. errore, & ibi etiam Bartolus. Aliter respond. Aret. in dicto §. duo fratres, videlicet text. illum, locum non habere in accessorio, quod absque culpa committi non potest, veluti est pœna. Non videtur autem in culpa esse, qui iniustè succubuit.

Tertio ex lege, deferente. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solui. Sed respon. ex mente Socini iun. in dicto §. duo fratres ibi agi de pignore, quod sine obligatione principali consistere non potest. At pęna compromisso adiecta potest consistere sine principali; nam potest arbitri sententia locum habere, licet pęna non soluatur.

Quarto, quia ista exceptio impugnat sententiam contra legem peremptorias. C. senten. rescin. non posse. Respond. Angelus, & Aretinus, non venire contra sententiam directè; quia in sententia arbitri nihil dicitur de pœna. Cum ergo agatur ad rem diuersam, sententia non nocet, l. cum quæritur, de except. rei iud.

Contrariam sententiam secutus est Aret. & Angel. in d. §. duo fratres.

Primo, quia iusta causa excusat à dolo, l. igitur, §. potest, de lib. causa. Et ab expensis, lege. Qui solidum. §. etiam, de leg. secundo, ergo & à pœna compromissi. l. de rebus cum glo. de arbit. Respon. Iason. in d. §. duo fratres, numero 19. illam iustam causam allegari non posse, quia iam de ea cognitum, & pronunciatum est ab arbitro; ergo rei iudicatæ stari oportet. lege prima C. de re iudicata.

Secundo ex lege. Quidam cum filium, de verborum obligationib. Omissa responsione Iasonis, & aliorum, placet responsio Socini iunioris, in dicto §. duo fratres, nu. 47. illum tex. non dicere, filium agentem de inofficioso testamento victum fuisse iniustè.

Tertio quia ista exceptio non impugnat sententiam, ergo admittenda, lege Nesennius. §. ult. de re iud. glos. & Bartol. in l. prima. C. de iur. & facti ignor. sed hoc negari potest.

Tertia est opinio Bartoli, in dicto. §. duo fratres quam dicit esse communem Iason. ibi, numero. 16. Aut iudex reductionis confirmauit laudum, causa expressa, quia ęquum esset: tunc si agatur ad pœnam, non obstabit exceptio, quòd sententia sit iniusta, aut confirmauit, quia iniustitia laudi non fuit probata; & tunc obstat exceptio iniustitiæ, petenti pœnam: aut nulla causa expressa est in sententia, & tunc præsumitur lata ex defectu probationis; lege Iulianus, de condict. indeb. Bartolus, in lege secunda. §. primo numero tertio, de vi bono. rapto. & ideo victus probare poterit iniustitiam sententiæ ad euitan-

A dam pœnam. Non placet; quia si in sententia exprimatur causa falsa, non valet: Bartolus in lege prima. C. de erro. calculi. Vannius de Nellis tit. de null. ex defect. process. numero 129. nec potest sententia retractari ex nouis probationib. lege sub specie. C. de re iud. nisi lata sit ex probationibus priuilegiatis, iuxta legem. Admonendi, de iureiur.

Quarta est sententia Baldi, in lege, Eos qui §. Apostolos. C. de appellat. aut fuit compromissum in arbitrum ex necessitate statuti, & tunc pœna non est commissa; aut voluntariè, & tunc commissam esse: quia succurritur facienti ex necessitate. lege si defensor. §. si necessaria. ff. qui satisd. cogan.

Mihi magis placet eorum opinio qui docent pœnam esse commissam; quia quod est semel cognitum in uno iudicio, inter easdem partes, non potest in alio iudicio retractari. lege. Quod in diem. § primo, de compensation. Sed sic est in proposito; quia fuit cognitum de iustitia, &

B iniustitia sententiæ, ut patet: non obstat si dicatur nunc cognosci posse; quia agitur ad pœnam, & sic ad diuersum finem. Nihil refert. Nam qui petit reductionem, ideo petit ne cogatur pœnam soluere: supposito iure communi quo cautum est, ex laudo non dari actionem nisi fuerit emologatum. lege prima. lege cum antea. C. de arbit.

CAPVT XCIIII.

Ius patronatus an transeat in fideicommissarium.

TRes sunt Doctorũ sententię hac de re. Prima, transire; ita Romanus, in lege. Si patroni. ff. ad Trebell. Lud. Molina de Hispaniar. primog. libr. 1. c. 24. nu. 10. primò, quia ius patronatus transit ad hæredem

C extraneum Aret. in c. significauit, numero primo, de testibus. Calcaneus consilio. 78. numer. 8. Roland. consil. 47. numero 6. & numero 36. libr. 1. quæ autem ad hæredem extraneum transeunt, etiam ad fideicommissarium transeunt, ut not. gloss. in dicta lege. Si patroni. Ripa in lege Centurio, numero. 55. de vulg. Secundo quia ius patronatus transit cum vniuersitate cap. ex literis de iure patronatus.

Altera est opinio huic contraria, non transire. Ripa; in dicta lege Centurio, numero 56. Aretin. in cap. significauit, numero 6. de testibus. Rubeus consilio 156. nu. 17. D. Decianus consilio 117. numero 5. libro 3. & alij quos adducit Peregrinus de fideicommissis art. 6. numero. 37. Tiraqu. in tract. *Le mort saisit le vif.* parte secunda declar. 51. numero. 9. Fundamentum est, quia in fideicommissariam non transeunt ea, quæ non recipiunt æstimationem pecuniariam: veluti sunt iura sepulchrorum. l. quia proinde. ff. ad Trebell.

D Tertia est opinio distinguentium. Aut prohibita est a testatore Trebellianicæ detractio; aut non. Primo casu, ius patronatus transit in fideicommissarium; secundo vero casu remanet apud hæredem grauatum. Guido Papæ decisione 507. numero 2. Adden. ad Alex. consilio 73. libr. 7. Lambertinus, de iure patronatus, libro primo parte 2. art. 35. 2. quæst. princ. num. 5. ratio est, quia quando hæres detrahit Trebellianicam, videtur defunctum repræsentare, & ideo tenetur pro rata actiones subire. l. 2. C. ad Trebell.

Mihi verior videtur negantium sententia: quia ius patronatus transit in hæredem, & hoc est certum. quod autem transeat in fideicommissarium, nullo iure proditum est; Et licet omnia iura transeant in fideicommissarium facta restitutione re vel verbo. l. 1. l. facta. ad Trebel. tamē non videtur cogendus hæres restituere ius patronatus, cum sit quid spirituale cap. 3. de iu. l. & ideo non sit eius naturæ, cuius sunt cętera iura hæreditaria, quæ recipiunt æstima-

æstimationem pecuniariam, & videtur simile iuri sepulchrorum, quod non transit in fideicommissarium.

Non obstat quod dicebatur transire ad hæredes extraneos, & transire eum vniuersitate: quia etiam ius sepulchrorum transit ad hæredes, non tamen ad fideicommissarium transit; ideo rectè dicebat Dec. in l. precibus nu. 22. C. de impub. hoc argumentum valere negatiuè, non autem affirmatiuè.

Non obstat, quod si locus sit Trebellianicæ, tunc hæres defuncti personam repræsentat, ideo ius patronatus retinet: quia id concedo: sed non rectè infertur, si non sit locus Trebellianicæ, non retinet ius patronatus: Imo retinet ob rationes dictas; & in hoc casu repræsentat defunctum, quoad iura directa, quæ sunt inseparabilia. l. 3. pro socio. l. qui sergo casus, de pecul. Ripa, in lege prima, num. 17. ad Trebell.

CAPVT XCV.

Si duo sint hæredes patroni A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus, quorum duo præsentent vnum, simul cum B. alij vero tres præsentent alium, ad ius patronatus vtrum vota sint æqualia?

SI plures sint hæredes habentis ius patronatus, vt puta A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus, quorum tres præsentet vnū, alij autem duo præsentent alium vna cum B, compatrono. Quæritur quis ex præsentatis præferatur, Et respondendum est, præferendum esse eum qui præsentatus est, a compatrono B, & dictis duobus hæredibus A, sicuti responderunt antiqui DD. relati a Lambert. de iure patronatus, libro primo, parte prima, art. 25. & 27. nam in concernentibus ius patronatum, semper fit coaceruatio respectu numeri personarum, vel respectu maioris iuris. l. maiorem. ff. de pactis Angelus consilio 213. Feder. Senen. consilio primo, colu. vlt. Quamobrem minor pars hæredum, adhærendo voto alterius patroni, præponderare videtur ratione vnionis facta, procedentis ab eodem stipite. Itaque iste sic præsentatus, in aliquo superare videtur præsentatum ab alijs tribus hæredibus.

Contrariam opinionem habuit ipse Libertinus post Cardinalem, Imolam, Abbatem & Felin. vbi supra, qui tamen in his terminis non loquuntur. Et licet ipse Lambertinus nec non Rochus de Curte in tract. de iure patr. in §. vel is, in primis quæstionibus idem sentiat etiam in his terminis, quando scilicet, minor pars adhæret alteri compatrono: mouentur tamen debili fundamento nimirum ex regula. l. quod maior. ff. de municip. & l. duo ex tribus. ff. de re iud. quæ quidem regula non habet locum in his, quæ spectant ad plures, vt singulos, sed in his quæ spectant ad plures vt vniuersos l. per fundum. ff. de seru. rust. præd. not. Bart. in d. l. quod maior. Abbas in cap. cum omnes, numero 5. de constit. Franc. decisione 2. num. 4. & 5.

CAPVT XCVI.

Conciliatur l. si vnus §. pactus. de pactis, cum l. Stichum. §. Naturalis. ff. de solution.

PApinianus: *Naturalis obligatio*, inquit, *vt pecuniæ numeratione, ita iusto pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur.*

At contra Paulus. *Pactus ne peteret, postea conuenit ut peteret; prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure,* &c.

Respond. Irnerius, Papinianum loqui cum naturalis & ciuilis simul iuncta est: Paulum vero cum naturalis sola est. Sic naturalis possessio sola difficilius tollitur, quàm si iuncta cum ciuili sit; ut declarat Castr. in d. §. pactus, colum. 3. non placet, quia imo naturalis sola pacto tollitur, ipso iure. l. vlt. ff. de iureiur. Hip. Rim. in d. § pactus, nume. 70. qui aliter respondet, numero 74. Alij dixerunt, quod dicitur naturalem tolli ipso iure, intelligendum est, id esse ope exceptionis; quod nihil aliud est, quàm exponere album pro nigro. Fortunius in d. §. pactus vult vbi naturalem, & ciuilem simul iunctā fuisse, & propterea pacto ipso iure non tolli: in §. naturalis, tolli ipso iure; quia erat sola naturalis. Sed obstat, d. l. vlt. de iureiuran. ut ipse quoque fatetur glossa, in d. §. pactus dicit obligationem naturalem non tolli ipso iure, quando tendit ad liberandum, ut in d. §. pactus, secus si ad obligandum, ut in d. §. naturalis, arg. l. Arian. de actio. & obl. non placet; quia Iurisconsultus, in dicto §. pactus, alia vtitur ratione, vt considerat etiam ibi Ruyn. nu. 93. & 94. Azo dicebat pactum primum de non petendo, naturalem tollere, & elidere ciuilem, & obligare quem naturaliter, non petere; ideo secundum pactum de non petendo, de quo in d. §. pactus, tollit naturalem, non autem tollit alios effectus pacti: sequuntur Castr. Ias. Ang. & est cōmunis: Rim. iun. ibi nu. 100. sed obstat, quod textus ponit vim in eo, quod pactis factum versatur, non autem ius, quemadmodum in stipulationibus; quæ ratio videtur habere locum etiam, in d. § naturalis. Alij aliter respondent apud Io. nologn. in d. §. pactus; nume. 29. Rimin. inn. nu. 103. Fortun. colum. 6. Mantica, nu. 63. Zas. lib. 1. respon. cap. 4. Coras. lib. 2. Miscell. cap. 16. Bellon. lib. 2. supput. cap. 1. Aliter etiam respondet ipse Rimin. numero 104.

Breuiter; inter tot tamque varias opiniones dicam quod sentio. Difficultas in hoc versatur, quia in §. pactus. posterius pactum de petendo, non tollit ipso iure præcedens pactum de non petendo; quod tamen tollere deberet si verum est, quod naturalis obligatio tollatur ipso iure, per pactum, ut in d. §. naturalis. Nam ex pacto de non petendo, nihil aliud oritur, quàm naturalis obligatio. l. prima, de pactis.

Dico igitur pro solutione esse animaduertendū, quod in §. pactus, naturalis obligatio semper est sublata per pactum iuxta tex. in d. §. naturalis. Hoc enim minimè negatur, in d. §. pactus, sed ibi pactum non operatur vt actio iam orta ex primo contractu, vel exceptio orta, & procreata ex primo pacto de non petendo, fuerit sublata ipso iure, & ideo opus est exceptione ac replicatione: quē casum non attingit textus, in d. §. naturalis, sed simpliciter ibi dicitur pacto tolli naturalem obligationem, quod non negatur in d. §. pactus. Aliud est igitur dicere, quod naturalis obligatio tollatur ipso iure per pactum, aliud vero quod tollantur effectus iam in esse producti, videlicet actio & exceptio.

His confert conclusio illa communiter recepta, quod vbi effectus est iam in esse productus, non tollitur causa cessante Bart. in l. 4. §. vlt. ff. de donatio. ergo licet naturalis obligatio sublata fuerit per pactum iuxta, d. §. naturalis, opus est tamen exceptione ac replicatione, ad tollendam actionem & exceptionem, iam procreatas. iux. §. pactus. quibus ita positis nulla est dissensio inter Paulum, & Papinianum.

CAPVT XCVII.

Contumacia procuratoris in appellando, an noceat Domino.

VAtie loquuntur Doctores nostri in hoc articulo. Dicam aliqua non contemnenda, ex quibus nonnihil elucidabitur.

Primum quidem, omnibus est obuia distinctio illa. Aut procurator est soluendo: aut non est soluendo. Primo casu, eius negligentia in appellando nocet domino:

mino;altero casu, non nocet Felin. in c. quoad consultationem, nu.3 t.de re iud.& in c.1.nu.6. vt lite non cõtest, Lancello de attent. Tit.de atten.appell. pen. lim.50. nu.80.85. Affl.decis.344. Geyll.lib. 1.obser.43.n.6.& obser.109.num 9.

Sed hæc distinctio non procedit, quando procurator fuit uere contumax, & nõ comparuit, nec defendit dominum;& tunc enim licebit domino appellare a die sciẽtiæ.Ita Bar.in l.1.§. vlt. ff. quando appell.sit las.in l. 1.§.si procurator,nu.14.ff.si quis ius dicen.non obtemp. Vrsillus ad Affl.d.decis.344.Felin in d.c.1. num.6.vt lite non contest.Lancello.vbi supra, nu.149.probatur,in d.l.1.§.vlt.vbi text.dicit domino absenti appellare licere à sententia, ex die quo scit latam fuisse,non autem ex die quo lata fuit; nisi fuerit defensus per procuratorem. Ergo si non fuerit defensus per procuratorem, quia scilicet procurator fuerit cõtumax, est perinde, ac si procuratorem non habuisset. probatur & alijs rationibus, quibus Doctores adducti vtuntur.

Rursus illa distinctio locum habet in procuratore specialiter constituto in illa causa: secus autem in procuratore generali,quia illius scientia & negligentia non nocet domino,quo minus ipse possit appellare gloss. in cle. causam in ver. Specialiter, de elect.per illum text.& ibi not. Ancharan. in 6. not. Specul. tit. de appell. §. qualiter,nu.11.versic.quid si procuratori. Idem Ancharan.in cons.372.in vlt. dub. scientia vero debet esse certa, non solum latam esse sentẽtiam,sed etiam sic latam esse.Glo. in c.concertationi versic.scinerit, de appell. in 6. grauati ad vestr.de appellat.cap.3.nu.52.Geyll.d.obser.139.n.7. Probatur in d.clem.causam. de elect. ibi, *Porrecto uidelicet sibi sub scriptura authentica, vel perlecto illius tenore.* Ex quo inoleuit vsus intimandi sententiæ tenorem, ad verbum per publicum instrumentum. Specul. tit. de appell.§.qualiter. vers. Cautus enim sit. Anchar.d. consilio 372.in vlt.dub.Natta cõsi.51. nu.1.& 162.n.33.Capyci. decis.139.n.1.Franc.in c.bonæ,nu.22.de app.Fely.in d. cap.quoad consultationem,nu.32.de re ind.Lancello.d. lim.50.nu.158.& seq. Vrsill.ad Affl.d. decis.344.nu.2.

Sed hæc cautela non est necessaria quãdo intimatio fit sententiæ,authoritate iudicis: tunc enim intimatus tenetur ei credere, licet non videat tenorem latæ sententiæ; dummodo intimatio contineat latam esse sententiam,& latam esse in eius præiudicium. Natta post Alex.Rom.& alios consi.348.nu.3.

CAPVT XCVIII.

Ad Extrauag. Ambitiosæ de rebus Ecclesiæ, non alienandis.

IN primis explodenda mihi videtur eorũ opinio, qui dixerunt hanc constitutionem non esse in vsu receptam;aut eam alleganti onus incumbere probandi, vsu esse receptã. Nam cũ in corpore iuris inclusa sit,& tot alijs SS.Pontificum constitutionibus sit confirmata, vt omnino seruanda, nec in dubium reuocanda; vti rectè docuerunt Benitendius decis 13.Borgnin.decis.43.num.71.Rodoan.de reb.eccl.non alien. q.58.sub,nu.25. contra notata per eundem Rodoan.q.36.num.20.& Bursat. consi.55. nu. 20. nisi fortè horum opinio defendi possit; quantum ad pœnam excommunicationis in ea constitutione adiectam,secundum not. per Sarmientum de reddinb.ecclesiast.par.1.cap.2.nu.20.

Secundo notandum est, circa res solitas locari, & in emphyteusim dari, vt valeat concessio in emphyteusim, & locatio, requirit vt cedat in euidentem vtilitatem ecclesiæ,& ita Rota Rom.sæpè iudicauit, vt uideri potest ex Hondedeo con.51. nu.61. lib. 1. & consi. 31. num. 19. libro secundo.

Tertiò notandum,hanc constitutionem, quatenus in

A firmat alienationes absque consensu S.Pontificis, intelligendam esse, præterquam in casibus à iure expressis,vt notat Nauar.in comm.de alienat. rer. eccl. num.2. vers. quarto quod permittitur alienatio. Itaque non habet locum in alienatione facta ex iusta causa,& seruata forma iuris canonici. Bero.consi.83.nu.23. lib.1.& 91. nu. 18. eo.lib. Alex.de Neuo cons.30.nu.2.3.4. Et hoc est,quod dixerunt domini de Rota decis.225. par.3.lib.2. in nouissimè diuers. *Paulinam occidi à iure communi*, quod erat prius.

His accedit quod post Card. & alios nouissimè tradit Camillus Borellus controuersia 91.nu.5. Paulinam constitutionem locum nõ habere in alienatione domus ecclesiæ,secundùm text.in c.sine exceptione,& in cap.non liceat Papæ.12.q.2. quia scilicet dicta antiqua iura non intelliguntur esse correcta per nouam illam constitutionem, vt ibi per eum, adducentem Rebuffum, Rodoanum & Benedictum Canosilum in rep. d. extrauag.am-

B bitiosæ fall.40.41. Alia quædam ad d.extraugan. notauit Caroccius tract. de locato tit. de bonis eccles.non alien. quem vide.

CAPVT XCIX.

An legitima filiorum includatur in legato vsusfructus omnium bonorum mortuis filijs,& hereditate deueniente ad substitutos pupillares.

LEgitimam filijs debitam non contineri, sed excipiendam esse de legato vsusfructus omnium bonorum, inter omnes constat; quia sic expresse constitutum est, in § prohibemus, in Authen.de triente & semisse. Ac proinde ita rectè docuerunt Bartol. in l.vxori meæ, de vsufruct.leg. Alexand.Corn. Dec.Ruyn. Boer. & alij à Caualcano relati, de vsufruct. mulieri relicto,

C num.95.Socin. iun.in consil.109.in 1.dub. Gozad.consil.47.num.12.Illustrissimus Mantica, de coniect.lib.9. tit.6.nu.21. Surdus de alimen. tit.2.q.15.nu.178. Peregrin.de fideicom.art.12.num.29. & num.48. Viuius decis.367 num.5. Thesaur.decis.184. num.9. Crass.§. legitima,q.38.

Cæterum non tam plana res est, quãdo filij sunt mortui, quibus substitutus est datus. Etenim & hoc in casu legitimam excipiendam esse, respondit Bart. consil.56. nu.5.lib.1.Alex.cons.29.lib.4.Ruyn.cons.52.nu.7.& 8. lib.2.Peregrinus cons.70.nu.18. Contrarium autem censuere Zanc.in rep.l.hæredes mei,§.cum ita,num.477.ad Treb.Peregr.de fideicom.ar.12. sub numero 29. & sub num.48. in fine.

Atque ego alias interrogatus,ita respondi;quia substitutus filii non potest deducere hanc legitimam: nam ex

D persona sua non habet ius deducendi, cum illi legitima non debeatur. Ex persona autem filii eam deducere nequit,quia per pupillarem substitutionẽ potuit pater substitutum grauare in ipsa legitima filii, sicut potuisset ipse filius testando eũ grauare, si testari potuisset: & ideo cessat ratio d.§. prohibemus. Et legitima filij continetur in legato vsusfructus Ruyn.cons.52.num.8.lib.2.& 118. nu.22.lib.3.Rip.in l.Centurio,num.108.de vulg. Cast. consi.416.Ista domina lib.1.& 136.lib.2.D.Cesal.consi. 294.nu.58.Parisi.cons.41.num.44.81.num.9. 10.11.lib.2. Nam fauor filiorum hoc operatur, ut licet legitima contineatur in legato omnium bonorum, tamen omnino sit deducenda:& non valeat legatum,quantum ad legitimam. sic enim declarat Imperator, in d.§.prohibemus. Cessante ergo fauore filiorũ, vsufructuarius redintegratur ad legitimam, ut dixi.

Quod legitima contineatur,in legato vsusfructus omnium bonorum,probatur, in d.§.prohibemus, dum Imper.prohibet id fieri,& mãdat filiis legitimam relinqui. Ergo legitima cõtinebatur, licet fauore filii non ualeret legatum,

legatum, reſpectu legitimæ. Et hoc eſt quod doct. dicũt, legitimam filiorum detrahi contra voluntatem teſtatoris Alex. conſ. 139. nu. 1. lib. 1. Ripa in l. in quartam, num. 124 ad l. Falcid. Crau. conſ 423. nu. 4 lib. 3. Ex quibus erroris conuincitur Ruyn. conſ. 52. nu. 8. lib. 2. dum negat legitimam contineri in legato vſusfructus. Mortuis ergo filijs, legatum intelligitur datum à ſubſtituto. Cõſequenter, non eſt locus detractioni legitimæ: D. Mantica de coniect. lib. 8. tit. 3. in princ. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſump. 72. nu. 3. peregrin. de fideic. art. 8. ſub num. 41. & art. 12. nu. 41.

Pro contraria opinione nullum apud authores commemoratos argumentum inueni, quod ad eum caſum pertineret, quo filij iam ſint mortui.

Vnum igitur hoc afferri poteſt; quod legitima filiorũ ab initio ſeparata ſit à legato vſusfructus omnium bonorum, & ideo mortuis filijs vſusfructus debeatur legatario, deducta legitima. Sed meminiſſe oportet legatum a ſubſtituto deberi poſt mortem filij, qui non poteſt legitimam deducere ex perſona ſua, cùm illi non debeatur, nec ex perſona filij, cum intelligatur eſſe grauatus, etiam in legitima, teſtatore legitimam ita volente, & ualẽte diſ-

A ponere in perſona ſua; licet in perſona filiorum, voluerit quidem, ſed non poterit, d. §. prohibemus.

CAPVT C.

Ea clauſula, omni meliori modo, an transfundat actum in aliam ſpeciem.

Clauſula, omni meliori modo trãsfundit actum in aliam ſpeciem, per quam efficaciùs ualere poteſt eſt enim perinde, ac ſi dictum eſſet, ſi non valet quo ago, valeat vt valere poteſt; iuxta not. in l. 1. §. ſi quis ita de

B verbor. oblig. atque rectè annotarunt Galiaula in rub. de verbor. oblig. nume. 60. Aerous conſ. 135. nume. 4. lib. 1. D. Cephalus conſil. 41. nu. 16. cum ſeq. & 548. n. 11. lib. 4. D. Decian. conſ. 34 num. 81. lib. 3. Simon pret. de interpret. vlt. vol. lib. 3. nu. 6. fol. 300. Hondedeus conſ. 40. nu. 39. lib. 2. & 54. nume. 48. præclarè Nonius in conſil 44. nu. 7. vbi reliqua notabilia infert.

Cauendum igitur ab ijs, qui ſcribunt clauſulam hanc operari in ſubſidium, quando actus non ualet. Gozad. conſ. 78. nu. 15. Seraſin. de priuil. iuram. priuil. 98. nu. 4. & ſi qui ſunt alij.

His finem impono huic Centuriæ: Deo Opt. Max. gratias ago, quòd eius ope ad finem eam perduxerim. Omniaq́ ſubijcio cenſuræ ac iudicio S. Matris Eccleſiæ Romanæ, Catholicæ, & Apoſtolicæ, eiusq́ Summo Sacerdoti, Christi Vicario, Pontifici Maximo, ac Beatiſſimo.

FINIS.

ANDREAE FACHINEI

Iurisconsulti Foroliuiensis,

EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS.
IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO
Iuris Cæsarei Professoris Ordinarij,

CONTROVERSIARVM IVRIS

TOMVS SECVNDVS

CONTINENS LIBROS XI. XII. XIII.

Quibus omnes ferè Quæstiones præcipuæ; vt sunt, Iudiciales, Contractuum, Vltimarum voluntatum, Feudales, Criminales, & aliæ Miscellaneæ, mira breuitate, & perspicuitate discutiuntur.

Nunc primum in lucem editi, atq; INDICE triplici, vno Capitum; Rerum & Sententiarum altero; alio Legum passim in Cod. & ff. explicatarum, locupletissimo donati.

CVM PRIVILEGIIS.



VENETIIS, MDCX.
Apud Bernardum Iuntam, Io. Baptistam Clottum, & Socios.



SERENISSIMÆ CHRISTINAE A LOTARINGIA,

SERENISS.^MI FERD.^I MEDICES MAGNI ETRVRIAE DVCIS III.

MERITISSIMÆ CONIVGI,

Principi Iustitia, Pietate, ac Religione insigni, Heroinæ incomparabili



Hilippus Fachineus in alma inclita, atque Illustrissima Ciuitatis Pisarum Academia Legalis scientiæ minimus Professor, vt supremæ obsequatur voluntati paternæ, hanc alteram Controuersiarum Iuris partem dicat; dumque à sua Celsitudine Serenissima summis augetur beneficijs, DEVM OPT. MAX. enixè precatur, vt eandem incolumem diutissimè conseruet.

Pisis prid. Kal. Septembr. 1610.

Copia.

GLi Eccellentissimi Signori Capi dell'Eccelso Conf. de X Infrascritti hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoa, per relatione à loro fatta dalli dui à questo deputati, cioè del R. Padre Inquisitore, & del Circonspetto Secretario del Senato Gio. Maraueglia, con giuramento, che nel Libro intitolato Andreæ Fachinei Controuersiarum Iuris Tomus Secundus, non si troua cosa contraria alle leggi, & è degno di stampa, concedeno licentia, che possa essere stampato in questa Città.

Datùs die 15. Decembris. 1608.

D. Lorenzo Loredan.
D. Anzolo Bragadin. } Capi dell'Eccel. Conf. de X.
D. Almorò Nani.

Illustr. Consilij X. Sec. Barth. Cominus.

1609. à 4. April. Registrato in Libro à carte 18.

Io. Baptistam Breactus Offi. Cont. Blasph.

ELENCHVS
LIBRORVM XI. XII. XIII.
CAPITVM, ET RERVM,
QVÆ IN HIS ORDINE TRACTANTVR.

Prior numerus Caput, poſterior Paginam indicat.

IN LIBRO VNDECIMO.

A Si

IN LIBRO DVODECIMO.

IN LIBRO DECIMOTERTIO.

I N D E X.

FINIS.

ELENCHVS CANONVM, CAPITVLORVM, ET LEGVM, QVAE PARTIM

IN HOC TRACTATV CONTROVERSIARVM IVRIS NOBILIS, MAGNIFICI, & Clarissimi viri, Do. Andreæ Fachinei, I. V. D. accommodatè allegantur; partim ingeniosè ponderantur.

Prior numerus Librum, alter Caput demonstrat.

EX IVRE CANONICO.

EX IVRE CIVILI.

INDEX
VERBORVM, RERVM ET SENTENTIARVM SATIS LOCVPLES EX LIBRIS XI. XII. & XIII.

PRAESENTIBVS COLLECTVS, IVXTAQVE ordinem Alphabeticum diſpoſitus.

Prior numerus Librum, alter Caput demonſtrat.



B

Bono-

D

Damni

E

F

G

H

Hære-

L

I N D E X.

M

N

O

P

purum

S

V

Verbum